DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN SU MODALIDAD DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227.1 DEL CODIGO PENAL:

1.- PAGO DE LAS CUOTAS HIPOTECARIAS.

La STS 348/2020, de 25 de junio, aborda la interpretación del artículo 227.1 del código penal en relación a si pueden o no constituir una de las prestaciones económicas que se encuadran dentro del tipo contenido en el citado artículo.

Distingue el recurrente entre prestaciones económicas y cargas del matrimonio, señalando que las primeras están dirigidas, a tenor del artículo 93 del Código Civil, a satisfacer los alimentos de los hijos o del cónyuge al que se le haya otorgado una pensión de alimentos o compensatoria acorde a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos. Por el contrario, las cargas del matrimonio se refieren a los pactos entre los cónyuges sobre la forma y el modo de amortización de las cargas que gravan el patrimonio de la sociedad de gananciales. Y a su juicio, las cuotas hipotecarias no constituyen una obligación familiar sino una carga del matrimonio. Por estas razones sostiene que el impago de la hipoteca no puede subsumirse en el delito de abandono de familia tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal ya que, a tenor de los artículos 1362 a 1374 y concordantes del Código Civil, la deuda hipotecaria es una carga de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges decidieron de común acuerdo pagar por mitad.

Para la Sala, además de partir el recurrente de premisas erróneas atendiendo a la jurisprudencia civil existente sobre la materia, el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a "*cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos*" (…) y "*con independencia de la calificación o naturaleza que merezcan las cuotas hipotecarias*", estaban comprendidas dentro de la resolución judicial como obligación a satisfacer por el recurrente. En consecuencia, "*tales prestaciones se fijaron con arreglo a la ley, con audiencia de ambos cónyuges, teniendo en cuenta el interés familiar, especialmente el superior interés de los dos hijos menores, y en atención a los ingresos de ambos progenitores. Con independencia de cuál sea la naturaleza de la cuota hipotecaria que gravaba la vivienda familiar como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales, lo que es evidente es que cubre una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fue tenida en consideración al fijarse, primero en la resolución judicial que puso fin al matrimonio y después en la sentencia de modificación de medidas, la pensión por alimentos que el acusado debía pagar a sus hijos, ya que en la misma resolución se acordó que aquel debía hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca. No debe olvidarse que la hipoteca gravaba la vivienda habitual cuyo uso fue adjudicado a los hijos, y lógicamente a su madre, pero no por derecho de uso propio sino por ser a ella a quien se adjudicó la guardia y custodia de los menores. Ese derecho de uso se integra en los alimentos que los progenitores están obligados a proveer a los hijos conforme*

a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, que considera como tales "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". Expresado en otros términos, la finalidad que cumplía la adjudicación de la vivienda familiar era la de asegurar cobijo a los hijos, como interés más necesitado de protección, integrándose de esta manera en el concepto de alimentos. En el supuesto de que los cónyuges no hubieran adquirido la vivienda en propiedad como medio de atender la necesidad de habitación de sus hijos, lógicamente la resolución debería haber previsto una solución habitacional alternativa en relación a los menores a la que necesariamente el acusado tendría la obligación de contribuir".

Por las razones expuestas concluye la sentencia "*estimando que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y, en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto*".

2.- DELIMITACION DE LAS MENSUALIDADES QUE DEBEN CONFORMAR EL OBJETO DEL PROCESO Y SER OBJETO DE RESARCIMIENTO DE ACUERDO CON EL APARTADO TERCERO DEL CITADO PRECEPTO.

La STS 346/2020, de 25 de junio, aborda como cuestión controvertida "*la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento, en concreto qué mensualidades deben conformar el objeto del proceso, sólo las inicialmente denunciadas o además las posteriores adeudadas, y en este caso, hasta qué momento procesal serían incluidas (declaración del investigado, auto de incoación de procedimiento abreviado, escrito de acusación - pública y/o privada-, apertura del juicio oral, celebración del acto del juicio oral, la sentencia o la ejecución de ésta)*".

Sobre este extremo ya se había pronunciado la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/2007, citada por la propia sentencia, argumentando "*a favor del enjuiciamiento de los impagos producidos hasta el momento del juicio, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva. La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico. Esta especial naturaleza del delito tipificado en el art. 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral... garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado en relación con cada uno de los indicados períodos*".

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del delito analizado la Sala concluye diciendo que "*pueden ser objeto del proceso no sólo las mensualidades inicialmente denunciadas sino también las posteriores adeudadas*", sin que esta circunstancia produzca menoscabo alguno al derecho de defensa ya que conforme a la configuración de este tipo penal la acreditación de la falta de posibilidades para el abono compete al imputado y puede solicitar -ex art 788.4 de la L.E. Criminal- la suspensión ante la modificación de la calificación. A mayor abundamiento añade la Sala que "*de ello deriva un obvio beneficio para la denunciante, al no tener el primero que iniciar sucesivas denuncias frente al incumplimiento, evitando la posible situación de desamparo de los verdaderos perjudicados que son los hijos menores, y en cuanto a la aquí acusada, a diferencia de lo apuntado por la misma, sin duda ello le ha producido un obvio beneficio penológico*"

A estos efectos debe tenerse en cuenta la conclusión 6ª de la Consulta 1/2007 de la Fiscalía General del Estado antes citada en cuanto imparte pautas de actuación al Ministerio Fiscal: "*En los supuestos en que en el acto del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos generados hasta esa fecha, posteriores a los incluidos en el escrito de acusación, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan manifiestamente de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el art. 788.4 LECRIM, los Sres. Fiscales deberán modificar sus conclusiones provisionales presentado otro escrito con las definitivas, incluyendo los incumplimientos acreditados hasta la fecha del juicio oral, con sus correspondientes consecuencias en relación con la petición punitiva (art. 66 CP) y con la responsabilidad civil*".

3.- REQUISITO DE PERSEGUIBILIDAD: LEGIMACION DEL PROGENITOR CUSTODIO CUANDO LOS HIJOS SON MAYORES DE EDAD.

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aborda en la sentencia 557/2020, de 29 de octubre, el alcance del artículo 228 del código penal en relación con la legitimación parar denunciar del progenitor que convive con los hijos mayores de edad, es decir, si, a estos efectos, tiene la consideración de "*persona agraviada*" en los términos del citado artículo. Además de este primer punto sobre el que la jurisprudencia menor mantenía posturas contrarias, afronta también la sentencia la posibilidad de subsanación posterior del requisito de perseguibilidad mediante la ratificación por el hijo mayor de edad de la denuncia en sede judicial.

La sentencia refleja las posturas contrarias de las Audiencia Provinciales en la interpretación del término "agraviado". Una primera posición la representan las Audiencias que parten de un concepto restringido del término y niegan legitimación al progenitor al no ser éste el acreedor de la prestación. Frente a este criterio, otras Audiencias realizan una interpretación teleológica y sistemática con el articulo 93 del código civil, y, en consecuencia, incluyen tanto a los titulares de la prestación como al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no satisfechos por la pensión impagada.

El Pleno de la Sala Segunda realiza también una interpretación teleológica y amplia del término "persona agraviada" y, en consonancia con el artículo 93 del

código civil y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, unifica doctrina incluyendo en aquel concepto "*tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada*", ambos tienen un interés legítimo digno de protección. Y, a mayor abundamiento, "*no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal*".

En el segundo de los motivos por infracción de ley el recurrente niega que se pueda convalidar mediante la denuncia posterior un procedimiento que, a su juicio, no debió ser iniciado. La Sala Segunda ratifica la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre el requisito de perseguibilidad en los delitos semipúblicos, y reitera que basta la presencia en la causa del agraviado o su representante legal para entender satisfecho el óbice procesal que precisan estos delitos para ser perseguidos.

Finalmente, como conclusión, la sentencia de la Sala resume la argumentación precedente en los siguientes puntos:

"*1º La denuncia previa a la que se refiere el art. 228 CP es un requisito de procedibilidad.*
2º La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad que puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento.
3º Es valida de la denuncia formulada por el padre o madre receptor de la prestación cuando se refiere a cantidades no abonadas durante la minoría de edad del hijo o hija, así como cuando se trate de personas con discapacidad necesita de especial protección, aunque estos hayan adquirido la mayoría de edad cuando se formula la denuncia.
4º Es valida de la denuncia formulada por el progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, en este caso gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por los alimentistas mayores de edad como por los progenitores con los que convive".

4.- SOBRE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS CUANDO SU IMPAGO HA DADO LUGAR A UNA CONDENA POR EL DELITO DEL ART. 227 CP.

La STS 364/2021, de 29 de abril, aborda el problema enunciado al resolver el recurso de casación interpuesto por infracción de ley invocando la aplicación incorrecta de la responsabilidad civil con fundamento en el artículo 115 del código penal. El Juzgado de lo Penal en primera instancia había condenado al recurrente como autor de un delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones a la pena de un año de prisión, y al pago de las pensiones adeudadas tres años antes de la interposición de la denuncia, acto que

interrumpía el plazo de prescripción que el código civil catalán establece en tres años.

Frente a esta sentencia la acusación particular y el condenado interpusieron recurso de apelación que fueron estimados parcialmente por la Audiencia, ampliando a cinco años la responsabilidad civil de las pensiones adeudadas durante ese tiempo conforme a las pretensiones de la acusación particular, y declarando extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito respecto de las pensiones anteriores a dicho período, e imponiendo la pena de diez meses de multa en lugar de la pena de prisión.

En el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia se exponen de entrada varias de las cuestiones jurídicas que van a fundamentar posteriormente la decisión de la Sala. La importancia de la sentencia radica no solo en la solución que ofrece al supuesto de hecho examinado, sino también en las consideraciones que realiza sobre la acción civil que trascienden y son extrapolables a otros delitos distintos del que fue sometido a casación.

El primero de ellos, fundamental para casar el fallo de la Audiencia, se centra en "*desentrañar*" si en el artículo 227 nos encontramos ante una responsabilidad civil nacida del delito o se trata de una obligación de naturaleza distinta, aunque pueda ser ejercitada también en el proceso penal. La sentencia de la Audiencia Provincial parece partir del primer planteamiento al considerar extinguidas las pensiones anteriores a los cinco años de prescripción del delito, pero, como analiza la Sala Segunda, esta solución pasa por obviar la naturaleza del propio delito de impago de pensiones, y, como explica a continuación, implicaría unificar los plazos de prescripción de la acción civil con los del delito.

Este último extremo es rechazado rotundamente por el Tribunal Supremo en la sentencia analizada afirmando que "*prescripción civil y prescripción penal son instituciones distintas y disciplinadas por regímenes diferenciados*". Para que fuera así debería tener un fundamento legal que no existe en nuestro ordenamiento a diferencia de la previsión específica que contemplan el código civil portugués, el italiano, o el código procesal penal francés. Partiendo de este planteamiento "*la responsabilidad civil dimanante de delito (fuese cual fuese el delito y su plazo prescriptivo) prescribía a los quince años hasta la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que modificó el art. 1964 CCiv reduciendo a cinco años ese plazo*". Esta diferencia explica situaciones en las que la acción penal haya prescrito y subsista la civil, y, al contrario, que la acción civil haya prescrito y subsista la acción penal. "*Que la acción penal haya prescrito no impide que subsista la civil, aunque deberá ejercitarse en un proceso civil. Esa circunstancia (acción penal extinguida por prescripción y acción civil viva), puede producirse no solo en virtud del distinto plazo prescriptivo, sino también por cuanto el régimen del dies a quo, así como de las causas de interrupción de la prescripción están diferenciados. También es posible la situación inversa: acción civil prescrita, y, sin embargo, subsistencia de la acción penal (puede aparecer esa hipótesis prima facie en los delitos cuyo plazo de prescripción no empieza a contar hasta que la víctima alcanza la mayoría de edad: art. 132 CP, sin entrar ahora en detalle en ese tema en el que aparecen implicadas también normas derecho Civil Foral: vid art.*

121.16 Código Civil Catalán: suspensión de la prescripción; o, por imaginar otra situación, en casos de rebeldía en el proceso penal)".

Los fundamentos jurídicos cuarto y quinto analizan el primero de los puntos avanzados, es decir, si la acción civil que se ejercita en delito de impago de pensiones es una "acción civil ex delicto", o se trata de una "obligación ex lege" que por expreso reconocimiento legal puede ejercitarse en el proceso penal. El punto de partida se recoge al principio del cuarto de los fundamentos jurídicos. "*Ni toda la responsabilidad civil nacida de un delito se ejercita en el proceso penal (responsabilidad contable, supuestos de rebeldía o de reserva por el perjudicado, denegación de un suplicatorio, o fallecimiento del acusado); ni -y esto es lo relevante en este caso- todas las acciones civiles que pueden ejercitarse en el proceso penal constituyen responsabilidad civil ex delicto (art. 1093 CCiv). El dato del marco procesal en que se ejercitan unas y otras no varía ni su naturaleza ni su régimen sustantivo, aunque pueda incidir indirectamente en algunas cuestiones. La responsabilidad civil nacida de delito, aunque se ejercite en un proceso civil (v. gr., porque el perjudicado se la reservó), no pierde su específico régimen, lo que significa, entre otras cosas, que su plazo de prescripción no será de un año, sino de cinco (según la reforma de 2015). En principio, las acciones son lo que son, con independencia del escenario procesal en el que se hagan valer*".

Ahora bien, como precisa la sentencia "*solo son susceptibles de resolverse en el proceso penal aquellos efectos civiles que son consecuencia directa del delito*" y que puedan integrarse en los contenidos que contempla el artículo 110 del código penal, quedando extramuros del proceso penal otros efectos civiles que, aún vinculados a la infracción penal, no traen causa de ella, o como sucede en el delito de alzamiento de bienes o en el antiguo delito de cheque en descubierto, "*la deuda era el presupuesto del delito y no su consecuencia*".

Para que otras consecuencias civiles o de naturaleza distinta no nacidas directamente del delito puedan plantearse en el proceso penal, es necesario que exista una declaración legal expresa o una interpretación jurisprudencial que lo permita.

Ejemplos de éstos últimos cita la sentencia el resarcimiento de daños no típicos pero derivados de un delito de riesgo (STS Pleno 390/2017, de 30 de mayo). Y, dentro de los primeros recoge, si ánimo de exhaustividad, la deuda tributaria (artículo 305 del código penal), o el 193 que incluye los pronunciamientos relativos a la filiación y a la fijación de alimentos en los delitos contra la libertad sexual.

Dentro de estos supuestos han de incluirse las pensiones alimenticias no satisfechas del artículo 227 del código penal. Para acabar con la incertidumbre y la controversia generada con este delito tras su introducción en la reforma de 1989, el código penal de 1995 zanjó la polémica disponiendo el apartado tercero del artículo 227 que "*la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*".

En consecuencia, "*esa obligación civil -pago pensiones- impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia,*

aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal". Por esta razón concluye la sentencia afirmando que "*no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva a un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán*" (artículos 121-21 a) del código civil catalán y 1966.1 del código civil).