

LOS IMPAGOS ASOCIADOS A LAS CRISIS DE PAREJA: ESTUDIO JURÍDICO-PENAL Y REFLEXION POLÍTICO-CRIMINAL

LUZ MUÑOZ GONZÁLEZ

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO DE LA U.P.V./E.H.U.

SAN SEBASTIÁN-DONOSTIA, 2011

ISBN: 978-84-694-9617-6

INTRODUCCIÓN GENERAL 16

PARTE I

**Los precedentes del delito de inasistencia económica
derivada de las crisis matrimoniales como parte del
proceso histórico de criminalización de la inasistencia
familiar-matrimonial**

Introducción 22

Capítulo I.- El origen de la criminalización de la inasistencia familiar 25

Introducción 25

I.- 1. El origen de las infracciones de inasistencia familiar en los Códigos Penales del Siglo XIX y la regulación del matrimonio en el Código civil de 1889 28

a. En el Código Penal de 1822 28

b. En el Código Penal de 1848 y en la Reforma de 1850 32

c. En el Código Penal de 1870 37

d. La regulación del matrimonio en el Código civil de 1889 41

I.- 2. Las infracciones de inasistencia familiar en el Código Penal de 1928 47

Capítulo II.- La inasistencia familiar en el Código penal de 1932 y la criminalización de la inasistencia económica postmatrimonial en la Ley de divorcio de 11 de marzo 1932: el precedente remoto del vigente delito de impagos 50

Introducción 50

- II.- 1.** Las infracciones de inasistencia familiar en el Código Penal de 1932 51
- II.- 2.** La familia, el matrimonio y el divorcio en la Constitución de 9 de diciembre de 1931 54
- II.- 3.** La Ley de divorcio de 11 de marzo de 1932 y la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 59
- II.- 4.** La criminalización de la inasistencia postmatrimonial: regulación y primer debate doctrinal 66
 - a.** La regulación del precedente remoto del vigente delito de impagos 66
 - b.** El primer debate doctrinal sobre el delito71

Capítulo III.- La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en los Códigos de 1944 y 1973 ... 74

Introducción 74

- III.- 1.** La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en la Ley de 12 de marzo de 1942 75

III.- 2.	La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en el Código Penal de 1944 y la reforma del Texto Revisado de Código Penal de 1963	84
a.	La inasistencia familiar-matrimonial en el Código Penal de 1944	84
b.	La reforma del Texto Revisado de Código Penal de 1963	96
III.- 3.	La inasistencia familiar-matrimonial en el Texto Refundido de 1973	102
Capítulo IV.-	<u>La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial de la etapa constitucional: el precedente inmediato del vigente delito de impagos introducido por la L.O. 3/1989, de 21 de junio</u>	107
Introducción	107
IV.- 1.	La asistencia familiar y el matrimonio en la Constitución de 27 de diciembre de 1978	108
IV.- 2.	La inasistencia familiar-matrimonial en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en su Anteproyecto de 1978	111
a.	La inasistencia familiar-matrimonial en el Anteproyecto de 1978.....	111
b.	La inasistencia familiar-matrimonial en el Proyecto de 1980	114
IV.- 3.	La asistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial en las Leyes de 1981 sobre filiación, patria potestad, matrimonio y sobre el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio	117

a. Aspectos generales	117
b. La regulación de la asistencia parental y matrimonial	122
c. La regulación de la asistencia postmatrimonial	125
IV.- 4. La inasistencia familiar-matrimonial en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983	141
IV.- 5. La reforma en materia de perdón de la L.O. 3/1983, de 25 de junio	145
IV.- 6. La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial en la reforma de la L.O. 3/1989, de 21 de junio: el precedente inmediato del vigente delito de impagos	147
a. La reforma de la inasistencia familiar-matrimonial en la L.O. de 21 de junio de 1989	147
b. La nueva criminalización de la inasistencia económica postmatrimonial	150
1) Los elementos del proceso de criminalización	150
a) Los incumplimientos masivos	151
b) El malestar de la Magistratura	153
c) Las demandas del sector social feminista ..	156
d) La insuficiencia de la regulación penal, civil y procesal-civil	160
d) 1. La insuficiencia de la regulación penal	160

d) 2. La regulación civil en la práctica	166
d) 3. La insuficiencia de la regulación procesal-civil	169
e) La propuesta de creación de un Fondo de Garantía de Pensiones y Alimentos	172
2) El artículo 487 bis como precedente inmediato del vigente artículo 227	175

RECAPITULACION Y CONCLUSIONES DE LA PARTE I	183
--	------------

PARTE II

El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales en el Código Penal de 1995

Introducción	188
---------------------------	------------

Capítulo I.- <u>El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales en los últimos Proyectos de Código, en el procedimiento parlamentario y en el Código de 1995</u>	189
--	------------

Introducción	189
---------------------------	------------

I.- 1. El delito en el Proyecto de Código Penal de 1992	190
---	------------

I.- 2. El delito en el Proyecto de Código Penal de 1994 ..	196
---	------------

I.- 3. Las modificaciones del delito en el procedimiento parlamentario	199
I.- 4. La regulación del delito en el Código de 1995 dentro del marco de las infracciones contra las relaciones familiares: la reforma 15/2003, de 25 de noviembre	204
a. La regulación originaria de 1995	204
b. La reforma introducida en las penas por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre	209
I.- 5. Similitudes y diferencias entre el viejo artículo 487 bis y el artículo 227	211
I.- 6. Referencia a las últimas reformas y al reciente Derecho penal proyectado	215
Capítulo II.- <u>El bien jurídico-penal protegido en el artículo 227</u>	218
Introducción	218
II.- 1. Posiciones sobre el bien jurídico protegido en el artículo 227 (y en el 487 bis)	218
II.- 1. a. Posiciones sobre la innecesariedad e inconstitucionalidad del precepto	220
1) Innecesariedad del precepto	221
2) Inconstitucionalidad como supuesto de “prisión por deudas”	222
II.- 1. b. Como delito de desobediencia	226

- 1) La Administración de justicia, la eficacia de la función jurisdiccional o el orden público como único bien jurídico protegido 226
 - 2) El orden público como bien jurídico inmediato y la seguridad relacionada con los derechos de asistencia familiar como bien mediato 230
- II.- 1. c.** Como delito de inasistencia familiar 232
- 1) La seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares como bien jurídico principal y el orden público como bien jurídico secundario 233
 - a) Necesidad del precepto y exclusión como supuesto de “prisión por deudas” 233
 - b) Delito de inasistencia familiar y sus bienes jurídicos protegidos 236
 - c) Exclusión como delito de desobediencia 239
 - 2) La seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares como único bien jurídico protegido 240
 - 3) El buen funcionamiento de los deberes de asistencia en el marco de la familia y la salud, la dignidad y la libertad como bienes jurídicos protegidos 243
 - 4) La integridad personal en sentido amplio (la vida, la salud física y psíquica y el conjunto de condiciones materiales para una vida digna) como bien jurídico protegido 248
 - a) Delito de peligro protector de la vida y la integridad personal en el ámbito familiar 248
 - b) Exclusión como supuesto de “prisión por deudas” 252

II.- 2.	Opinión personal	254
2. a.	Concepto e importancia del bien jurídico protegido en el artículo 227(y en el viejo artículo 487 bis)	254
2. b.	El carácter pluriofensivo del artículo 227: la seguridad económico-asistencial matrimonial y postmatrimonial como bien principal y el buen funcionamiento de los poderes públicos como bien secundario	259
1)	La seguridad económico-asistencial matrimonial y postmatrimonial como bien jurídico principal	259
a)	La principalidad del bien jurídico familiar	259
b)	La seguridad económico-asistencial <i>versus</i> la vida, la salud y la integridad personal	261
c)	Nuestra propuesta evolutiva de interpretación restrictiva	263
d)	Bien jurídico “merecedor” de protección penal	267
e)	Bien jurídico “necesitado” de protección penal	271
f)	Bien jurídico “susceptible” de protección penal	278
2)	Especial referencia a la “prisión por deudas” ..	279
3)	El buen funcionamiento de los poderes públicos como bien jurídico secundario	282
Capítulo III.-	<u>Caracterización general y elementos del delito</u> ...	285
III.-1.	Caracterización general del delito	286
a.	Delito pluriofensivo	286

b. Delito autónomo	286
c. Delito especial propio	287
d. Delito de omisión pura o propia	288
e. Delito permanente	288
III.- 2. El tipo del injusto	289
a. Tipo objetivo	290
1) Sujetos activos y pasivos	290
2) Conducta típica	293
a) La situación típica: los deberes de pago y obediencia en los supuestos de necesidad ...	294
a)1. El deber de pago de las prestaciones económico-asistenciales derivadas de las crisis matrimoniales	294
a)2. El deber de obediencia a las resoluciones judiciales en los procedimientos matrimoniales	298
b) La capacidad de pago.....	302
c) La no realización de la acción esperada: los diferentes impagos	307
c)1. Los impagos de tracto sucesivo mensual	308
c)2. Los impagos de cantidades únicas y de tracto sucesivo no mensual	311
c)3. Los impagos parciales	312
c)4. Los pagos retrasados o fuera de plazo .	315
3) Objetos materiales	315

1) Las prestaciones económicas derivadas de los procedimientos matrimoniales	316
a) Las pensiones de alimentos en las separaciones	321
b) Las prestaciones compensatorias en las separaciones y en los divorcios.....	327
c) Las indemnizaciones por nulidad matrimonial	341
2) Los convenios judicialmente aprobados y las resoluciones judiciales	345
a) Los convenios judicialmente aprobados	350
b) Las resoluciones judiciales	353
b. Tipo subjetivo: dolo y error de tipo	356
c. Consumación sin tentativa	359
d. Tipos de autoría y de participación	360
III.- 3. Antijuricidad y causas de justificación	361
a. La antijuricidad de la conducta	361
b. las causas de justificación	363
III.- 4. Culpabilidad y causas de exclusión: error de prohibición	367
III.- 5. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	370
III.- 6. Problemática concursal	372
a. Concursos de normas	373

1)	Con el delito de abandono de familia del artículo 226 y la falta del artículo 618,2	373
2)	Con la falta de desobediencia del artículo 637	376
b.	Concursos de delitos	376
1)	Concurso ideal con el delito de desobediencia grave del artículo 556	377
2)	Concurso ideal/medial con los delitos de alzamiento de bienes de los artículos 257 y 258	378
c.	Especial referencia a los impagos de tracto sucesivo superiores a los plazos legales	379
III.- 7.	Condiciones objetivas de procedibilidad	383
III.- 8.	Las penas y su necesidad	386
a.	Penas principales	386
b.	Penas accesorias	391
c.	Suspensión y sustitución	392
III.- 9.	La responsabilidad civil	395
III.- 10.	Causas de extinción de la responsabilidad penal	399
a.	La prescripción	399
b.	La ineficacia del perdón	400

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PARTE II	401
---	-----

PARTE III

Consideraciones político-criminales en torno a la criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

Introducción 408

Capítulo I.- La importancia de las uniones estables de pareja en el contexto actual de las relaciones familiares 410

Introducción

I.- 1. El contexto actual de las relaciones familiares 410

a. Del modelo único a la pluralidad de modelos familiares y de pareja 411

b. Los procesos de independencia económica de las mujeres y de igualdad entre mujeres y hombres 417

c. Las ayudas asistenciales públicas y otras medidas relacionadas con la conflictividad familiar y de pareja 421

I.- 2. La importancia actual de las uniones estables de pareja 423

a. Opción terminológica 423

b. Origen y evolución 424

c. Características más sobresalientes 429

d. Algunos datos sociológicos 433

Capítulo II.- <u>El reconocimiento de derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja como manifestación de su proceso de “juridificación”</u>	435
Introducción	435
II.- 1. El proceso de “juridificación” de las uniones estables de pareja	436
a. Referencias legales	436
b. La base constitucional	443
c. El acercamiento del matrimonio y las uniones estables de pareja a través de sus procesos de “desformalización” y “juridificación” respectivos	447
II.- 2. El reconocimiento de derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja	449
a. En la jurisprudencia	449
b. En las Propositiones de Ley de reforma del Código civil	456
c. En la legislación autonómica	465
1) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón	471
2) La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio de Navarra	472
3) La Ley 1/2001, de 6 de abril de Valencia	474
4) La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Madrid	475
5) La Ley 18/2001, de 19 de diciembre de las Islas Baleares	477
6) La Ley 4/2002, de 23 de mayo del Principado De Asturias	479

- 7) La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía 480
- 8) La Ley 5/2003, de 6 de marzo, de las Islas Canarias 481
- 9) La Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura 482
- 10) La Ley 2/2003, de 7 de marzo, del País Vasco 483
- 11) La Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Cantabria 485
- 12) La Ley 2/2006, de 4 de junio, de Galicia 486
- 13) La Ley 25/2010, de 29 de junio, que regula el Libro II del Código civil de Cataluña 487
- d. La intervención judicial en el reconocimiento de derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja: su regulación procesal 489

Capítulo III.- Reflexión en torno a la hipotética criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja 493

Introducción 493

- III.- 1. Razones para una hipotética criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja 493
 - a. De la irrelevancia a la relevancia social 496
 - b. Otras equiparaciones penales 497
 - c. El reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja 498

estables de pareja	498
d. Similitud material de las problemáticas subyacentes	504
e. La factible inclusión en el artículo 227 de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja	505
III.- 2. Razones contra la criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja	507
a. La insuficiente antijuricidad material	507
b. La insuficiente necesidad de pena	509
RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PARTE III	513
CONCLUSIONES GENERALES EN TORNO A LOS IMPAGOS ASOCIADOS A LAS CRISIS DE PAREJA (MATRIMONIO Y UNIÓN ESTABLE)	521
BIBLIOGRAFÍA	529

INTRODUCCION GENERAL

El objeto de la presente investigación es el delito de impagos del artículo 227 del vigente Código penal, acotado en lo que a las parejas matrimoniales se refiere.

El estudio está dedicado, por tanto, a los impagos a cónyuges y ex-cónyuges derivados de las separaciones legales, los divorcios y los supuestos de nulidad, que siempre conllevan intervención judicial, dejando a un lado, como mera opción, los impagos relativos a los/las hijos/as derivados de procedimientos judiciales previstos en el mismo precepto. Pensamos que la delimitación realizada es factible, en la medida en que los incumplimientos parentales y los de pareja son independientes (aunque en la realidad sucedan conjuntamente de modo frecuente). Se trata, además, de una elección motivada e incentivada por el carácter altamente polémico de la criminalización de los impagos relativos a cónyuges y ex cónyuges, frente a la menor discusión planteada en torno a los concernientes a los hijos e hijas, especialmente, si son menores.

Nuestra investigación, de Derecho español, es de carácter jurídico-penal, pero también pretende ser una reflexión político-criminal en la medida en que, junto al análisis dogmático de la infracción y sus consecuencias jurídicas, nos preguntamos sobre la necesidad actual del tratamiento penal de los impagos relacionados con las crisis matrimoniales (sólo respecto de cónyuges y ex cónyuges). Desde la perspectiva contraria, también cuestionamos la

no incriminación de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de hecho, por lo que, en definitiva, nuestra reflexión pretender serlo sobre el tratamiento jurídico que deben tener hoy día los impagos asociados a las crisis de pareja.

El mantenimiento de la criminalización de los impagos respecto a los miembros de la pareja matrimonial (entendiendo el artículo 227 como la continuación del viejo artículo 487 bis) puede ser cuestionado en la actualidad, tras más de veinte años de una vigencia controvertida, a la luz de algunos cambios importantes acontecidos en los últimos años en el ámbito de las relaciones familiares y de pareja, como los operados por la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la L.O. 15/2005, de 8 de julio, sobre el matrimonio y las prestaciones derivadas de sus crisis, que refleja los cambios o avances en la independencia económica de las mujeres (en la sociedad, la familia y el matrimonio) sobre la base del importante proceso en materia de igualdad (también familiar) entre mujeres y hombres. Cambios que también han sido llevados a cabo mediante la reforma procesal de los procedimientos matrimoniales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de L.O. 1/2000, de 7 de enero.

La reflexión sobre el tratamiento jurídico actual que deben tener los impagos asociados a las crisis de pareja está indisolublemente ligada al nuevo escenario de pluralidad de modelos familiares, en el que otras parejas, las uniones estables, han venido consolidando algunos derechos, como los económicos derivados de su extinción, manteniendo su protección, al menos hasta ahora, al margen del ámbito penal.

Para desarrollar nuestro trabajo hemos dividido la investigación en tres partes: la primera, relativa al pasado del delito de impagos, a sus precedentes; la segunda, destinada al presente, al análisis de la regulación y aplicación de la vigente figura delictiva y de sus consecuencias; y la tercera, que está dedicada a las uniones estables de pareja, es fundamentalmente una reflexión sobre la criminalización de los impagos asociados a su extinción, hasta hoy fuera del ámbito de aplicación del artículo 227 del Código penal.

I. La Primera Parte lleva como título “Los precedentes del delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales como parte del proceso histórico de criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial”, pues entendemos que el delito es una infracción más de inasistencia relacionada con la familia (o derivada de ella) y que, por ello, su origen y desarrollo pueden integrarse dentro del proceso evolutivo de la criminalización de la inasistencia del modelo familiar-matrimonial, esencialmente nuclear, hegemónico o prácticamente único durante largos años.

Esta Primera Parte la hemos dividido, a su vez, en cuatro Capítulos:

El Capítulo Iº, que abarca desde el comienzo de la codificación hasta el Código penal de 1928, es el relativo al período histórico de “publicitación” del Derecho de familia, en el que entendemos deben insertarse las primeras faltas de inasistencia familiar relativas sólo a los incumplimientos educativos respecto de los hijos, a los que se fueron añadiendo los relativos a los pupilos. También corresponde a este momento histórico, y así lo resaltamos en nuestra exposición, la primera regulación jurídico-civil del matrimonio, caracterizado desde un principio, y entre otros aspectos,

por su indisolubilidad y por una estructura jerárquica y desigual entre los cónyuges.

Al Capítulo II° corresponde el desarrollo de la regulación del primer precedente del vigente delito de inasistencia económica postmatrimonial recogido en la Ley de divorcio republicana de 11 de marzo de 1932, sólo en relación a los derechos alimenticios derivados de divorcio, sobre una base constitucional y civil de igualdad de los cónyuges.

El Capítulo III° tiene como objetivo exponer el mapa de regulación de las infracciones de inasistencia del modelo familiar-matrimonial nuclear durante el periodo franquista, caracterizado por el retorno a la desigualdad jurídica de los cónyuges y a la indisolubilidad matrimonial, teniendo en cuenta tanto la regulación de la Ley de 12 de marzo de 1942, como la del Código de 1944 y la del Texto Refundido de Código penal de 1973.

El Capítulo IV°, relativo a la etapa jurídico-constitucional, está dedicado fundamentalmente al análisis del proceso de criminalización del precedente inmediato del vigente delito de impagos, que fue introducido por la L.O. de 21 de junio de 1989 para los supuestos de divorcio, separación (y nulidad), sobre una nueva base constitucional y civil de igualdad jurídica de los cónyuges, por lo que incluye una amplia referencia a la Constitución y a la Ley de 7 de julio de 1981 sobre el matrimonio y los procedimientos a seguir en las crisis matrimoniales; también al Derecho penal proyectado, en referencia a los intentos de reforma de las infracciones de inasistencia familiar-matrimonial (Proyecto de 1980 y su Anteproyecto de 1978 y Propuesta de Anteproyecto de 1983).

II. La Parte Segunda lleva por título “El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales en el Código penal de 1995” y está dividida en tres Capítulos.

En el Capítulo Iº exponemos las modificaciones que se fueron produciendo en el Derecho proyectado previo a la aprobación del Código y durante el procedimiento parlamentario, hasta su aprobación definitiva y relatamos las diferencias entre la regulación de la figura delictiva en el viejo Código y en el de 1995, incluyendo las modificaciones operadas en el artículo 227 del vigente Código por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

El Capítulo IIº es el dedicado a la problemática más sobresaliente de la figura delictiva: el bien jurídico penalmente protegido. Avanzamos en este sentido nuestro posicionamiento restrictivo, dada la amplitud con la que el precepto está redactado, por exigencias del principio penal de intervención mínima y de proporcionalidad, para tratar de evitar su posible consideración como supuesto de “prisión por deudas”, una de sus mayores sombras y en coherencia con la protección económico-asistencial del matrimonio, prevista en el artículo 226 del Código penal.

En el Capítulo IIIº, siguiendo el esquema de análisis dogmático del delito, primero desarrollamos las problemáticas que suscitan los diferentes elementos de la infracción penal, para finalizar con el tratamiento de sus consecuencias jurídicas y con una reflexión sobre la necesidad actual de pena para esta figura.

III. La Parte Tercera lleva por título “Consideraciones político-criminales en torno a la criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja” y está dividida, a su vez, en otros tres Capítulos.

En el Capítulo I° presentamos el fenómeno sociológico de las uniones estables o parejas de hecho que, con aportación de algunos datos estadísticos, insertamos en el contexto actual de pluralidad de modelos familiares y de pareja. La especial relevancia que otorgamos a las uniones estables en nuestra investigación hace que los impagos asociados a sus crisis constituyan, de hecho, una ampliación de nuestro objeto de estudio originario, relativo a los impagos derivados de las crisis matrimoniales previstos en el artículo 227 del Código penal.

En el Capítulo II° desarrollamos la regulación jurídica actual de las parejas de hecho, sus bases constitucionales y su desarrollo autonómico, haciendo especial incidencia en los derechos y deberes económicos (¿asistenciales?) asociados a su extinción, todo ello como manifestación de su proceso de “juridificación”.

En el Capítulo III° aportamos nuestra reflexión sobre una hipotética criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja para, en su caso, incluirlos, junto a los derivados de las crisis matrimoniales, en el artículo 227 del Código penal. Pensamos que cabía explorar su no incriminación, haciendo una revisión en paralelo a la que también hacemos de los impagos asociados a las crisis matrimoniales.

Finalizamos la investigación con unas conclusiones personales sobre el tratamiento jurídico que, en nuestra opinión, deben tener hoy los impagos asociados a las crisis de pareja, matrimonial y de unión estable.

PARTE I

Los precedentes del delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales como parte del proceso histórico de criminalización de la inasistencia relativa al modelo familiar-matrimonial

Introducción

El objeto de esta Parte I es exponer el origen histórico del delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales, lo que, lógicamente, ha de ser una tarea previa a la exposición y análisis de su regulación vigente en la Parte II de esta investigación.

Para comprender en profundidad el sentido de la incriminación de la inasistencia derivada de las crisis matrimoniales pensamos que era preciso indagar en su historia, en los precedentes directos de la figura delictiva prevista en el vigente artículo 227 del Código penal (como el antecedente remoto regulado en el artículo 34 de la ley de divorcio de 1932 y el inmediato, previsto en el artículo 487 bis del Código penal de 1944/1973, procedente de la Reforma de L.O. 3/1989, de 21 de junio) pero también en el origen y evolución de las figuras penales de inasistencia o abandono familiar, puesto que, compartiendo lo que hoy ya es un hecho mayoritariamente admitido, pensamos que la inasistencia económica post-matrimonial puede y debe ser entendida como una más de las infracciones penales contra los derechos asistenciales derivados de las relaciones familiares correspondientes al modelo hegemónico familiar-matrimonial,

esencialmente nuclear.

El estudio está planteado desde la Codificación, dado el escaso interés de la legislación penal anterior en la defensa de los derechos y derechos familiares, en correspondencia con el comienzo del proceso histórico de “publicitación” del Derecho privado familiar.

La estructura expositiva de esta primera parte es cronológica (pues sigue el orden temporal de los Códigos penales españoles¹) y está dividida en cuatro grandes bloques, que constituyen sus correspondientes Capítulos:

1. El primero, que abarca desde los inicios de la Codificación hasta el Ordenamiento jurídico de la Segunda República, es el relativo a la regulación penal primigenia de la inasistencia familiar que aún no era conyugal, pues se ceñía a la incriminación como faltas de los incumplimientos educativos de los padres respecto de sus hijos primero, a los que se añadieron posteriormente los de los tutores en relación a sus pupilos. En él insertamos las figuras mencionadas junto a otras relativas a las relaciones familiar-conyugales, como muestra del proceso de “publicitación” señalado y destacamos la explícita discriminación respecto de las mujeres que contenían algunas de ellas, en concordancia con la estructura jerárquica y la relación de dependencia (también económica) que para las mujeres establecía la regulación civil originaria del matrimonio, el cual se caracterizaba

¹ Con base en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y Concordancias*, Akal, Madrid, 1987. También en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, reimpresión de la 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, pp.109 y ss; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Universitarias, Madrid, 1996, pp.115 y ss; MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.13 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Thomson-Civitas, 4ª edic., Madrid, 2006, pp.84 y ss.

también, entre otros aspectos, por su indisolubilidad.

2. El Capítulo segundo es el dedicado al precedente remoto del vigente artículo 227, que fue previsto en el artículo 34 de la Ley republicana de divorcio de 11 de marzo de 1932. En él subrayamos el reflejo que la entonces nueva regulación constitucional y civil de la igualdad de los cónyuges tuvo en diferentes figuras penales relacionadas con el matrimonio y cómo la regulación de su disolubilidad dio pie a la primera incriminación de la inasistencia económica post-conyugal y de los hijos.

3. En el Capítulo tercero exponemos la primera incriminación del delito de inasistencia familiar-matrimonial que, junto a otras infracciones de inasistencia consideradas como faltas, fue introducida por la Ley de 12 de marzo de 1942, pasó posteriormente al Código de 1944 con algunos cambios y fue recogida y reiterada su regulación en el Texto Refundido de Código penal de 1973. Como características de esta etapa franquista destacamos, sin olvidar los cambios más importantes que en esta materia fueron aconteciendo, la vuelta a la indisolubilidad matrimonial y a una regulación jurídica jerárquica de la familia y del matrimonio y de dependencia (también económica) de las mujeres, lo que, como señalamos, tuvo también su reflejo en otras figuras penales.

4. El Capítulo cuarto, es el relativo a la etapa jurídico-constitucional en la que insertamos el precedente inmediato del vigente delito de inasistencia económica post-matrimonial introducido por la L.O. de 21 de junio de 1989, junto al de inasistencia familiar-conyugal tradicional. En él profundizamos en el proceso de criminalización del viejo artículo 487 bis, partiendo de la entonces nueva regulación civil del matrimonio y de sus crisis (derechos y deberes de los cónyuges jurídicamente iguales, incluidos

los de asistencia postconyugal) operada, con base en la Constitución de 1978, por la Ley de 7 de julio de 1981 de reforma del Código civil. También dedicamos una parte del Capítulo al Derecho penal proyectado de las infracciones relacionadas con la inasistencia familiar.

Capítulo I. El origen de la criminalización de la inasistencia familiar

Introducción

A diferencia del Derecho penal contemporáneo, durante el Antiguo Régimen, ni en nuestro país ni en los demás de nuestro entorno, existió protección penal para la familia. Las infracciones de los deberes familiares tenían un carácter exclusivamente civil y, consecuentemente, las correspondientes sanciones eran civiles y estaban relacionadas con los hijos, por lo que solían consistir en la mera suspensión o la privación de los derechos de patria potestad.

Puede decirse que sólo a partir del siglo XIX comenzaron a regularse las figuras penales relacionadas con las relaciones familiares, entre las que fueron apareciendo paulatinamente las infracciones de inasistencia familiar, primero como faltas por incumplimientos educativos respecto a hijos y pupilos y luego, ya en pleno siglo XX, primero como delitos de inasistencia parental y postconyugal y luego familiar-matrimonial. Este proceso histórico ha sido denominado de “publicitación” del Derecho privado y se caracterizó por ir “apareciendo en la esfera penal conductas reservadas tradicionalmente a la sanción

privada, particular o familiar”².

Por ello, tal y como ya hemos avanzado, nuestro estudio parte de la Codificación.

La exposición de este Capítulo comprende dos bloques diferenciados dentro del orden cronológico de los Códigos Penales del Siglo XIX:

1. El primero, relativo a la aparición de las primeras faltas de inasistencia familiar, sólo respecto de los hijos y, posteriormente, también respecto a los pupilos.

2. Y el segundo, referido a las figuras en el Código Penal de 1928.

Desde un principio cabe destacar que en ninguno de los Códigos se tipificó la inasistencia conyugal ni pudo en ellos tipificarse la inasistencia derivada de las crisis matrimoniales, entendidas en los términos actuales, especialmente de divorcio, como consecuencia de la indisolubilidad matrimonial que rigió desde la Real Cédula de 1564, fruto del Concilio de Trento, pasando por la ley de matrimonio civil de 1870 y el Código Civil de 1889, hasta la Segunda República.

Pese a ello, hemos querido, resaltar en nuestra exposición:

² Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J., "Aspectos civil y penal del abandono de familia", *Revista de Derecho privado*, T. XXXV, enero 1955, pp. 28-29; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. R., *Los delitos contra la familia*, Edit Montecorvo, Madrid, 1974, pp.52 y 12 y 28 y BELLO LANDROVE, F., *La familia y el Código Penal español*, Madrid, 1977, p.379. Dicho proceso estuvo precedido por una gran controversia sobre la adecuación de los instrumentos jurídico-penales y sobre los límites de la intervención penal, como aún continua sucediendo con las infracciones penales relativas a las relaciones familiares.

1. La gestación y el paulatino asentamiento de otras infracciones penales, consideradas hoy contra las relaciones familiares, como muestra del mencionado proceso de “publicitación” del Derecho de familia.

2. El proceso de instauración de un nuevo modelo matrimonial jurídico-civil (aún con fuerte influencia religiosa) caracterizado por su indisolubilidad y también por una estructura jerárquica y de dependencia (incluida la económica) para las mujeres respecto de sus maridos³, hasta el punto, por un lado, de la discriminación explícita (como también puede observarse en algunas figuras penales) y, por otro lado, de la obvia necesidad de protección (por ejemplo, alimenticia).

³ Sobre la concepción histórica de la mujer como “madre”, “esposa” o “hija” (no como ciudadana) por parte del legislador penal *vid.* GIMBERNAT, ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal español” en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edic. pp.78 y ss. En igual sentido, más recientemente, *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Edit. Reus, 2006, pp.21 y ss y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en *Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat*, T. I., Edisofer, Madrid, 2008, pp.187 y ss, para quien los intereses masculinos y la posición inferior de la mujer permitieron la discriminación penal de la mujer en un sentido claramente represivo (p.191). *Vid.* también DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en *Estudios de Victimología*. Actas del I Congreso español de Victimología, J.Mª Tamarit SUMalia Coord., Tirant lo Blanch, 2005, pp.203-204 y ss, para quien resultan claros y evidentes los reflejos de la desigualdad de sexos en el viejo Código penal; en sentido similar, *vid.* A.A.V.V., *Análisis del Código penal desde la perspectiva del género*, Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998.

I.- 1. El origen de las infracciones de inasistencia familiar en los Códigos Penales del siglo XIX y la regulación del matrimonio en el Código civil de 1889

I.- 1. a. En el Código Penal de 1822

El primer Código Penal de la Historia española⁴ fue fruto del nuevo periodo liberal iniciado en 1820, en el que se restableció la Constitución de Cádiz de 1812. De clara influencia ilustrada⁵, se aprobó en febrero de 1822, fue promulgado el 9 de julio de 1822 y su entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de enero de 1823. Su vigencia, también polémica en su final, fue tan corta y problemática que se dice que no llegó a ser aplicado por los Tribunales⁶.

Con una sistemática diferenciada, al menos formalmente, de la de los Códigos posteriores, con excepción del Código de 1928, compuesta por un "Título Preliminar", de disposiciones generales equivalente a una Parte General actual, una primera Parte en la que se regulaban "Los delitos contra sociedad" y una segunda relativa a "Los delitos contra particulares", contenía 816 artículos que sancionaban exclusivamente delitos.

⁴ Primera legislación unitaria y sistemática de Derecho Penal según ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código Penal de 1822", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fasc. II*, 1965, pp. 263-278, aunque ya antes había sido elaborado el *Plan de Código Criminal de 1787* que, sin embargo, nunca llegó a tener vigencia, *vid.* CEREZO MIR, J., *Curso...cit.* pp. 109 y ss y CASABÓ RUIZ, J.R., "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, pp.320 y ss.

⁵ Con fuentes como el *Fuero Juzgo* y *Las Partidas*, así como la de los Códigos Penales franceses de 1791 y 1810. Con una doble inspiración liberal y respetuosa las tradiciones "fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración", ANTÓN ONECA, J., *op.cit.*, p.263

⁶ Tras ella y hasta el Código penal de 1948 volvieron a aplicarse la *Novísima Recopilación*, los *Fueros* y, sobre todo, *Las Partidas*.

Entre las infracciones previstas aún no aparecían reguladas las de inasistencia familiar. A nivel de Derecho comparado, sin embargo, el abandono de familia comenzaría a ser regulado en 1824 por el "*Act for the punishment of the idle and disorderly persons and roguers and vagabonds*" inglesa con el texto siguiente:

“El que pudiendo proveer, por completo o parcialmente, mediante su trabajo o por otro medio cualquiera, a sus necesidades o a las de su familia, y voluntariamente se negare o descuidare hacerlo, será reputado holgazán y de mala conducta en el sentido de la presente ley y condenado a un mes de trabajos forzados, si por esta negativa o por esta negligencia aquellos a quienes está obligado a mantener cayeren a cargo de una parroquia o de una villa. IV. El que se marchare abandonando a la mujer o a sus hijos, o a los hijos de su mujer, dejándolos a cargo de una parroquia, de una ciudad o de una villa será reputado vagabundo en el sentido de la presente ley y castigado con tres meses de trabajos forzados”⁷.

El Código regulaba, en cambio, algunos delitos contra las relaciones familiares en figuras similares a las previstas en los actuales delitos contra la filiación, entremezclados con los abandonos de menores descendientes⁸, y también en las relativas al matrimonio,

⁷ Vid. CUELLO CALÓN, E., *El delito de abandono de familia (artículo 487 del Código Penal). Doctrina científica, Comentario del texto legal, Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2ª edic., 1948, pp.79-80 y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a.R., *op.cit.*, pp.326-327.

⁸ El *pater familias* romano había tenido el derecho de no aceptar al recién nacido al cual exponía (*ius exponendi*) sobre la “columna lactaria” en el *Forum olitorium*, quedando a discreción del que lo recogía la posibilidad de concederle capacidad o libertad o de hacerlo esclavo/a suyo. Fue siendo limitado, sancionado y finalmente criminalizado como delito de abandono de menores, no obstante la creación de hospicios y casas de beneficencia ya en la Edad moderna, que facilitaban el desprenderse de los hijos sin peligro para sus vidas, *vid.* MONTANOS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ ARCILLA, J., *Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Edit. Dykinson, Madrid, 1990, pp.15 y ss y 131 ss.

como la bigamia (artículos 543 y ss) y los matrimonios ilegales, “clandestinos o faltos de las previas solemnidades debidas” (artículos 552 y ss⁹) y como el adulterio y el amancebamiento (artículos 683 a 685), en protección, respectivamente, de la unidad (monogamia) y de la solemnidad matrimonial, así como del deber conyugal de fidelidad, en este último caso, mediante una regulación directamente discriminatoria para las mujeres respecto de sus maridos.

Así, el delito de adulterio correspondía sólo a las mujeres casadas y el de amancebamiento a los maridos respecto de sus esposas, siendo privada la perseguibilidad para cada uno de los cónyuges, aunque si el marido consentía el adulterio de su mujer (si había provocado su separación arbitraria o la había abandonado en contra de su voluntad, o si mantenía manceba dentro del domicilio conyugal), aun siendo el único legitimado para acusarla, no podía hacerlo. La pena para el adulterio era, además de la pérdida de todos los derechos de la sociedad conyugal, la reclusión, que estaba fijada “por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de 10 años”¹⁰, mientras que los maridos podían ser sancionados con la pena de infamia, en caso de haber consentido el adulterio, o con la de arresto de 2 a 8 meses en los demás casos¹¹.

⁹ El artículo 552 establecía como matrimonios clandestinos aquéllos que se contrayesen sin las formalidades establecidas por la Iglesia y reconocidas como esenciales y necesarias por las leyes del reino, mientras que el artículo 543 añadía la pena del estuprador cuando por este medio “se abusare deshonestamente de mujer honrada, engañándola con la apariencia de matrimonio”.

¹⁰ Manifestación del histórico *ius corrigendi* que ejercía el marido sobre la mujer, que posteriormente quedaría explícitamente regulado en los artículos 57 y 58 del Código civil, *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *op.cit.*, pp. 22 y 45 y ss.

¹¹ Como dice VAELO ESQUERDO E., *Los delitos de adulterio y amancebamiento*, Bosch, Barcelona, 1976, p.29 “la importancia que se le da al sentido del honor en el hombre queda reflejada en el hecho de que el marido podía sufrir la pena de infamia por el hecho de haber consentido el adulterio de su mujer”.

La discriminación era máxima cuando el marido mataba a su mujer (uxoricidio) por razón de adulterio (y/o al hombre en acto carnal con ella), pues el Código le daba el tratamiento privilegiado de poder sólo ser sancionado con arresto (de seis meses a dos años) y destierro del lugar en que se ejecutase el delito y veinte leguas en contorno (de dos a seis años), frente a la pena de muerte prevista para la mujer que matase a su marido por las mismas razones¹².

El Código también regulaba de modo discriminatorio para esposas y maridos, en los artículos 569 a 572, las que denominaba “desavenencias y escándalos en los matrimonios”, pues cometían la infracción las mujeres que faltasen a la autoridad de sus maridos y los hombres por su conducta relajada o por sus malos “tratamientos” (*sic*) a su mujer y, mientras que en el primer caso la sanción se imponía a la mujer entre el alcalde y el marido, pudiendo éste enviar a su mujer a la casa de corrección que él eligiese y por el tiempo que quisiera, con el límite de un año, en el segundo caso sólo el alcalde reprendía al marido, pudiendo arrestarle, si reincidía, en casa de corrección, por tiempo proporcionado que no podía exceder del año, siempre, eso sí, previa queja expresa de la mujer¹³.

Por lo demás, había que tener en cuenta que en nuestro país regía, desde 1564, la indisolubilidad del único matrimonio entonces posible, el canónico, cuya regulación (proveniente del siglo XIII) fue fruto de la gran influencia de la Iglesia Católica en nuestra cultura y en

¹² También estaba previsto para los homicidios cometidos contra las hijas y nietas o descendientes en línea recta sorprendidas en acto carnal o deshonesto con otro hombre. *Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., El homicidio en la pareja, tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ACALE SÁNCHEZ, M., *op.cit.* pp.34 y ss y VAELLO ESQUERDO, E., *op.cit.* pp. 28.

¹³ Se sancionaban los escándalos mutuos, siendo ambos, mujer y marido, reprendidos e internados en casa de corrección hasta, sin superar el año.

nuestras leyes¹⁴. En otros países europeos, desde la Reforma, se había admitido el divorcio y se había suprimido la indisolubilidad matrimonial¹⁵, lo que continuó la Revolución francesa al secularizar el matrimonio en el artículo 7º de la Constitución de 1791 y en la Ley de 20 de septiembre de 1792, pese a los cambios y oscilaciones posteriores.

I.- 1. b. En el Código Penal de 1848 y en la Reforma de 1850

El segundo Código Penal de la Historia codificadora española, tuvo lugar tras la Constitución de 1845, fue promulgado el 19 de marzo de 1848 y comenzó su vigencia el 1 de julio de aquel mismo año¹⁶. Como en la propia ley de promulgación se disponía que el Gobierno podía proponer a las Cortes las reformas que estimase

¹⁴El Proyecto de Código civil de 1821 establecía como deberes matrimoniales la “cohabitación perpetua” y la “comunidad de intereses”, mantenía “la muerte” como única causa de “disolución matrimonial” (artículo 331) y la propia ley (art. 332) prohibía la “separación indefinida o temporal” por mutuo acuerdo, pero permitía la separación indefinida, autorizada por la autoridad competente, con justa causa (como el adulterio, la crueldad de trato o las desavenencias capitales nacidas de causas permanentes, artículo 335). De la separación se derivaba, siempre para el marido, *la obligación civil de dar alimentos a su mujer*, puesto que como decía el artículo 346: “verificada la separación del matrimonio, si el marido resulta culpable, debe dar alimentos a su mujer, aunque la sufragan para ello la dote y el demás haber de la misma. (...) Si la mujer resulta culpable, el marido continúa administrando, los bienes de ella y percibe el usufructo, con la obligación de darle alimentos”, *vid.* CABALLERO GEA, J.A., *La ley del divorcio*, 1981, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, pp.48 y ss.

¹⁵ En el antiguo mundo hebreo, el romano, o el antiguo mundo germánico cabía el divorcio, en general, como repudio de la mujer por parte del marido, y normalmente, por razón de adulterio, *vid.* DELGADO IRIBARREN, *El divorcio. La ley de 2 de marzo de 1932*, Madrid, 1932, pp.1 y ss. y DOMINGO AZNAR, A., *Evolución histórica de la separación de hecho con especial referencia al Derecho español*, Dykinson, 1996, pp.21 y ss y 137 y ss., ZANON MASDEU, L., *El divorcio en España. Ley de 7 de julio de 1981*, Ediciones Acervo, Barcelona, 1981 pp.11 y ss.

¹⁶ Con anterioridad se habían producido varios intentos codificadores, como el Proyecto de 1830 de Sáenz de Andino, el de 1831 y el de 1834, así como otro de 1836, *vid.* ANTÓN ONECA, J., "El Código Penal de 1848 y Joaquín Francisco Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, pp.473 y ss, y CEREZO MIR, J., *op.cit.*, p.115.

oportunas, en el plazo máximo de tres años, se introdujeron una serie de reformas mediante decretos, de las cuales, la de 1850, resultó la más importante (de ahí que también sea también nombrado como Código penal de 1848-1850).

De inspiración política liberal-conservadora y con influencia de la Escuela Clásica, del Código penal francés de 1810, del brasileño de 1830, del napolitano de 1819 y del Código español de 1822, su mayor atractivo fue iniciar una estructura sistemática que ha llegado hasta nuestros días, consistente en un Libro I de "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas", un Libro II relativo a los "Delitos y sus penas", y un Libro III "De las faltas", con 506 artículos.

Como parte del proceso de "publicitación" del Derecho de familia hay que señalar que, aunque ni el Código ni su Reforma previeron delitos de inasistencia familiar o derivada de la misma, por primera vez, el artículo 483, 3º de la Reforma comenzó a sancionar, como falta, a "los padres de familia que abandonen á sus hijos no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades". Puede decirse que éste es el origen primigenio de las infracciones penales contra la asistencia familiar en nuestro país, que comienza con esta mínima protección de la asistencia educativa (o moral) a los hijos¹⁷.

Código y Reforma comenzaron también a regular en título autónomo (el XII del Libro II) los delitos contra "el estado civil de las

¹⁷ Paralelamente comenzaron a suavizarse los incumplimientos del deber de obediencia de los hijos, pues desapareció el delito de "desacato" de los hijos contra sus padres en ambos cuerpos legales, pero en la Reforma empezó a ser regulada como falta la conducta de "los hijos de familia que falten al respeto y sumisión debida á sus padres", sancionable con la pena de arresto de uno a diez días, multa y reprensión.

personas” en referencia a la filiación (suposición de partos y usurpación del estado civil)¹⁸ y al matrimonio; en este último caso a través de las infracciones de bigamia y matrimonios ilegales (artículos 385 y ss del Código y 395 y ss de la Reforma)¹⁹ y de los delitos de adulterio y amancebamiento, en los que se continuaba manteniendo el trato discriminatorio a las mujeres.

El Código y la Reforma mantuvieron la duplicidad de las figuras de adulterio y amancebamiento para esposas y maridos, respectivamente (artículos 349 y ss y 358 y ss), con una ubicación sistemática desafortunada entre los delitos “contra la honestidad” (junto a la violación, el estupro, el rapto o la corrupción de menores), que se consolidaría como definitiva hasta su práctica desaparición como delito en los años 70 del siglo XX²⁰.

La configuración penal del adulterio sufrió en el Código una importante reforma, que quedó reflejada en la redacción que, con muy ligeras modificaciones, persistió hasta la práctica supresión del delito. De este modo, se introdujo la definición de adulterio consistente en yacer con varón que no fuera el marido o yacer con

¹⁸ Frente al casuismo del Código de 1822, el Código de 1948 y su Reforma de 1850 iniciaron una nueva etapa en la regulación de los delitos de “abandono de niños” como infracciones contra la libertad y la seguridad (artículos 401-402 y 411-412) en la que los abandonos comenzaron a ser construidos a través de figuras básicas y cualificadas según el peligro para la vida o la producción del resultado de muerte, *vid.* MONTANÓS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ ARCILLA, J., *op.cit.*, pp. 141-142.

¹⁹ Incluyendo la sanción (arresto mayor y multa de 20 a 200 duros) de la viuda y de la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo que se casase antes de los 301 días después de la muerte de su marido o de la separación legal o antes del alumbramiento si hubiese quedado en cinta, figuras que se mantendrían en los Códigos de 1970, 1928, 1932 y 1944, *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *op.cit.*, p.33. Por otro lado, tanto el Código como la Reforma introdujeron la obligación para el contrayente doloso condenado de dotar “a la mujer”, según sus posibilidades, lo que también se mantendría en los Códigos posteriores.

²⁰ VAELLO ESQUERDO, E., *op.cit.* pp.29-30.

mujer casada conociendo que lo es, incluso aunque luego se declarase nulo el matrimonio. También se introdujo una nueva configuración del amancebamiento, previsto como verdadero delito -y no sólo como una excepción a la facultad acusatoria del marido (pese a la denuncia que también podía realizar la esposa)- cuando la manceba estuviese en la casa conyugal o fuera de ella con escándalo²¹.

Tanto en el Código como en la Reforma persistió la discriminación en las sanciones para la mujer (y su amante), a quienes correspondía prisión menor de 4 a 6 años y prisión correccional para el marido, de 7 a 36 meses (para la manceba el destierro). Hay que resaltar, no obstante, la reducción de las facultades de disposición del marido, quien pese a seguir teniendo la facultad para perseguir el delito cometido por su mujer, carecía de potestad para fijar la pena que sólo sería determinada por el juez, conservando, eso sí, la facultad para remitir la pena a su consorte volviendo a reunirse con ella.

Código y Reforma mantuvieron el trato privilegiado en caso de uxoricidio por el marido engañado por su mujer adúltera, sin un tratamiento correlativo para la esposa. Así, en el artículo 339 del Código y en el artículo 348 de la Reforma, se establecía como disposición general de los delitos contra las personas que el marido que sorprendiera a su mujer en adulterio y la matara en el acto o le causara lesiones graves, sólo fuera castigado con la pena de destierro, o

²¹ Otra novedad era la prevista en el artículo 352 del Código y 361 de la Reforma relativa a la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio, que sólo surtía sus efectos plenamente en lo penal cuando fuese absolutoria, pues de lo contrario, devenía necesario un nuevo juicio para la imposición de penas, VAELLO ESQUERDO, E., *Ibid.* p.30 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D., “Política criminal del adulterio”, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp.131 y ss.

quedara exento de pena si las lesiones no fueran graves, mientras que a la mujer que hiciera lo mismo se la consideraba como una parricida y podía ser castigada con la pena de muerte o cadena perpetua (artículos 323 y 332 de la Reforma)²². En los mismos artículos se eximía de pena a los maridos que causasen lesiones por las mismas razones²³.

El Código (como falta menos grave, en su artículo 487) y la Reforma (como falta en su artículo 483, 1º y 2º) continuaron regulando de manera discriminatoria las desavenencias y los escándalos en los matrimonios, aunque ya no en las sanciones, sí en las figuras delictivas que eran distintas para maridos y mujeres, pues se aplicaban a los maridos que maltratasen a sus mujeres, sin lesionarlas, y a las mujeres desobedientes de sus maridos que les provocasen o injuriasen, con sanción en todo caso de arresto de uno a cuatro días o multa y reprensión.

La única forma de matrimonio entonces posible seguía siendo la canónica o sacramental, que entendía el vínculo como indisoluble. Cabe resaltar la existencia de un Proyecto de Código Civil de 1836 en el que el matrimonio fue regulado como único e indisoluble y cuyo artículo 145 disponía que la “intención” del matrimonio era prestarse mutuo auxilio, procrear y educar a la prole; también regulaba la nulidad, que era competencia de la Iglesia, como el divorcio no vincular (artículos 230 y ss.) que consistía en la

²² Igualmente aplicable a los padres respecto de las hijas menores de 23 años, mientras vivieran en la casa paterna.

²³ También podía eximirse de pena a los maridos que descubriesen los secretos guardados por sus esposas, apoderándose de sus papeles y cartas y divulgándolos (artículos 412 y siguientes del Código y 422 y siguientes de la Reforma), al igual que los padres y los tutores respecto de los secretos de sus hijos o menores bajo su dependencia.

separación física de los cónyuges, en el cese de su cohabitación, decretado por un juez, y, entre cuyas causas, las más destacables, eran el adulterio o la excesiva crueldad de trato.

I.- 1. c. En el Código Penal de 1870

El tercer Código Penal de la Historia española obedece fundamentalmente a la necesidad de acomodar el orden penal a los principios básicos de la Constitución de 1869²⁴. Como dice ANTÓN ONECA, los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870 fueron proteger la Constitución (la organización del poder político y el reconocimiento de los derechos individuales), humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, de influencia ilustrada, y realizar algunas reformas puntuales corrigiendo algunos preceptos técnicamente defectuosos²⁵.

Aprobada en las Cortes la autorización, se promulgó la Ley de 17 de junio de 1870, conforme al cual fue publicado el Código con fecha de 30 de agosto, aunque posteriormente fuera modificado de modo importante por Decreto del Ministro de Gracia y Justicia, de 1 de enero de 1871. Promulgado con carácter provisional, estuvo, sin embargo, vigente durante más de medio siglo, de lo que se derivó la necesidad de sus sucesivas reformas²⁶.

El Código penal de 1870, con 626 artículos, mantuvo la estructura sistemática del Código de 1848/1850, con un Libro I para

²⁴ NÚÑEZ BARBERO, R., *La Reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca 1969.

²⁵ ANTÓN ONECA, J., "El Código Penal de 1870", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970.

²⁶ Entre otras razones, para adaptar el Código a la nueva Constitución de 1876. Vid. ANTÓN ONECA, J., "Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pp.249 y ss.

las "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas", un Libro II para los "Delitos y sus penas", y un Libro III "De las faltas".

En la línea ya señalada de "publicitación" del Derecho familiar y al igual que los anteriores, tampoco reguló delito alguno de inasistencia familiar, pero como la la Reforma de 1850, continuó con la tipificación como falta contra las personas, en el artículo 603, 5º, del abandono por parte de los padres de familia de sus hijos "no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades". La sanción era la pena de arresto de 5 a 15 días (no de 3 a 15, como en la Reforma de 1850) y, en todo caso, la de reprensión²⁷.

También reguló en título autónomo, el XIº, entre los delitos contra "el estado civil de las personas", los relativos a la filiación (suposición de partos y usurpación del estado civil)²⁸ y al matrimonio; en este caso, a través de las infracciones de bigamia y matrimonios ilegales (artículos 486 y ss)²⁹, adulterio y amancebamiento (artículos 448 y ss).

Los numerosos cambios y oscilaciones que tuvieron lugar en aquella época en materia matrimonial, en cuanto a las formas (eclesiástica o civil) y en cuanto a libertad u obligatoriedad de las

²⁷ A nivel de Derecho comparado el abandono de familia, que había sido ya regulado en la ley inglesa de 1824, comenzó a serlo también por el Código Penal holandés de 1881 (artículo 225) y por el brasileño de 1890 (artículo 240), *vid.* CUELLO CALÓN E., *Derecho penal español. Parte Especial*, Barcelona, 1957 y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. R., *op.cit.* p. 326.

²⁸El Código continuó con la tipificación de las figuras de "abandono de menores" como delitos contra la libertad y la seguridad, en los artículos 501 y ss.

²⁹ Estableciéndose la obligación, para el contrayente doloso condenado, de dotar, según su posibilidad, a "la mujer" que hubiere contraído matrimonio de buena fe.

mismas (únicas, principales o subsidiarias) provocaron una situación compleja y un tanto caótica con la lógica repercusión en los delitos de matrimonios ilegales. La Ley de Matrimonio Civil 1870 intentó dar un carácter laico al matrimonio, pero la fuerte influencia católica lo impidió. Su artículo 2º establecía la no producción de efectos civiles del matrimonio no celebrado con arreglo a las disposiciones de la Ley, que únicamente era el civil, aunque el matrimonio religioso, relegado a la esfera de la conciencia y subsistiendo solo como sacramento, pudiera celebrarse antes, a la vez, o después del civil (artículo 34). La Ley suscitó numerosas reacciones contrarias, incluso de desobediencia, y de este modo comenzaron las oscilaciones en las formas del matrimonio, sus efectos y las jurisdicciones con competencia sobre la materia. Por su parte, el Decreto de 9 de febrero de 1875 restableció el matrimonio canónico como principal y dejó el civil como subsidiario, pero además reconoció efectos civiles a los matrimonios canónicos celebrados a partir de 1870 y a la jurisdicción eclesiástica como la competente para el conocimiento de las causas de nulidad o de divorcio en matrimonios canónicos. No obstante, el Decreto suscitó, a su vez, viva oposición hasta el punto de tener que ser confirmada su efectividad por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1879³⁰.

³⁰ LEZCANO, R., *Divorcio en la Segunda República*, Akal, Madrid, 1979, pp. 28 y ss. y ZANÓN MASDEU, L., *op.cit.* p.70 y ss. Posteriormente el Código civil consagró el sistema indicado y remitiría (artículo 80) a los Tribunales eclesiásticos en lo concerniente a la nulidad y divorcio no vincular de los matrimonios canónicos. Por su lado, la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 estableció la insuficiencia de la manifestación del deseo de contraer matrimonio para la celebración del matrimonio civil, siendo imprescindible la declaración ante la autoridad civil competente de no profesar la religión católica. La Real Orden de 27 de Agosto de 1906 determinó que los católicos podían adoptar libremente una u otra forma de matrimonio, sin necesidad de hacer declaración especial en el caso de elegir la vía civil. La Real Orden de 28 de febrero de 1907 cambió de sentido, pues hizo necesaria la declaración ante el funcionario competente, reafirmando la Orden de 1900. Por último, la Real Orden de 28 de junio de 1913 estableció la suficiencia de la declaración de los contrayentes, o de tan sólo de uno de ellos, de no profesar la religión católica, sin que se pudiese exigir otra prueba, para la celebración del matrimonio civil.

Además de las oscilaciones referidas, hay que resaltar la fuerte reacción contraria -popular y eclesiástica- a la Ley de Matrimonio Civil de 1870, que, dada la fuerte influencia de la cultura católica en el Estado español, “se transformó en una forma de lucha política, tanto a nivel particular como oficial. Los conflictos entre la Iglesia y el Gobierno eran constantes. Algunos párrocos suspendían la misa si entraban en la Iglesia parejas casadas por lo civil, e incluso llegaron a denegar los últimos auxilios espirituales a los que, casados civilmente, no se retractaban de su matrimonio, actitud que fue condenada como oposición a la observancia de la Ley por el Tribunal Supremo (sentencia de 5 de enero de 1874)”³¹. La situación debió ser tan grave que el artículo 455 del Código Penal, sistematizado entre los delitos de “escándalo público”, llegaba a rezar así: “El que hallándose unido en matrimonio religioso indisoluble, abandonare á su consorte y contrajere nuevo matrimonio según la ley civil con otra persona, ó vice-versa, aunque el matrimonio religioso que nuevamente contrajere no fuere indisoluble, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y reprensión pública”.

El Código continuó regulando los delitos de adulterio y amancebamiento incluyéndolos entre los delitos “contra la honestidad” y, reproduciendo la definición de la Reforma de 1850, siguió también en la línea de explícita discriminación de las esposas en cuanto a las sanciones, aunque con menor entidad, pues se aumentó el máximo para el marido y se rebajó el mínimo para la esposa (y su amante). Podía imponerse prisión correccional (de seis meses y un día a seis años) en sus grados medio y máximo a la mujer (y a su amante), es decir, entre 2 años, cuatro meses y un día a seis

³¹ LEZCANO, R., *op.cit.* p.29; la ley “provocó un aluvión de matrimonios secretos y una desobediencia masiva a la ley”, DOMINGO AZNAR, A., *op.cit.*, p.147.

años, y prisión correccional en sus grados mínimo y medio para el marido: entre 6 meses y un día y 4 años y dos meses³².

El trato privilegiado del *uxoricidio* del marido respecto de su mujer adúltera continuaba regulado, como disposición general para los delitos contra las personas (artículo 438), con las mismas consecuencias (destierro en caso de muerte o lesiones graves y exención de la pena en caso de causación de otras lesiones), frente a la pena de cadena perpetua a muerte por parricidio cuando era la esposa quien mataba al marido, mediara o no amancebamiento del mismo³³.

La falta del artículo 603, 2º, 3º y 4º “contra las personas” seguía sancionando a los maridos que maltratasen a sus mujeres sin lesionarlas y a las mujeres desobedientes de sus maridos que les maltratasen de palabra o de obra, con la pena común de arresto de cinco a quince días y reprensión.

I.- 1. d. La regulación del matrimonio en el Código civil de 1889

Según los Proyectos de Código civil, la Ley de Matrimonio Civil de 18 de julio de 1870 y el Código Civil de 1889, el matrimonio seguía siendo indisoluble.

³² El marido mantenía la facultad de persecución del delito y la de remitir la pena a su consorte y en el artículo 451 se repetía que la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio sólo surtiría efectos en lo penal cuando fuese absolutoria, porque siendo condenatoria devenía necesario nuevo juicio para la imposición de penas.

³³ Continuaba siendo aplicable a los padres respecto de las hijas menores de 23 años, mientras vivieran en la casa paterna y respecto de sus corruptores. También continuaban exentos de pena los maridos que descubrían los secretos guardados por sus esposas, apoderándose de sus papeles y cartas y divulgándolos (artículo 512).

El Proyecto de 1851 “mantenía en materia de celebración, impedimentos y disolución la legislación tradicional existente desde la Real Cédula y declaraba en él que el matrimonio era indisoluble y el divorcio sólo suspendía la vida en común de los cónyuges”³⁴. Su artículo 75 se separaba de la línea anterior al atribuir a los Tribunales civiles el conocimiento de las causas de disolución, entre las que cabe destacar, a tenor del artículo 76, el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido con escándalo público, menosprecio de la esposa, o malos tratos de obra o injurias graves.

El Proyecto de 1869 consagraba también la indisolubilidad matrimonial en su artículo 50, aunque, por primera vez en la historia legislativa, establecía una normativa del matrimonio civil a ser celebrado ante el Oficial del Registro Civil. Reconocía el divorcio no vincular (art. 101) y regulaba como causas legítimas del mismo, entre otras, el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido con escándalo público, menosprecio de la mujer o con concubina tenida y mantenida en casa y establecía como único efecto la suspensión de la vida en común de los casados (artículo 101).

Entre ambos Proyectos cabe añadir el Concordato que en 1851 el Estado español firmó con la Santa Sede, en el que se establecía como única religión permitida la católica, en la línea de la Constitución de 1845, que mantenía la confesionalidad católica del Estado.

Frente al único matrimonio posible hasta entonces (obligatorio), el canónico, la Ley de 18 de julio de 1870 (fruto de la revolución de 1868 que proclamó la libertad de cultos y de la

³⁴ DOMINGO AZNAR, A., *op.cit.* p.146.

Constitución liberal de 1869 que admitió el matrimonio civil) dio un vuelco al establecer el matrimonio civil como único al que el Estado reconocía efectos civiles, pero no llegó a admitir el divorcio, pese a considerar su regulación, por entenderlo como un peligro para la estabilidad familiar. En su Preámbulo el legislador aducía que “en la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa como sobre base necesaria la moralidad del hogar doméstico (...) destruidas aquéllas se dificultará la realización de los fines racionales del matrimonio (...) y si la posibilidad de una separación definitiva y la esperanza, por débil o lejana que sea de nueva unión, se apodera del corazón de los cónyuges, no se busque en el hogar doméstico esa unidad santa de la familia, esta comunidad de sentimiento que liga entre sí con lazos sagrados a todos los individuos que la componen y que descansa sobre la base de la perpetua unión de sus destinos. También altas razones de convivencia (...) aconsejan que se procure evitar la posibilidad de los conflictos, siempre graves, que serían de funesto resultado del violento choque de dos legislaciones antitéticas”³⁵. Consecuentemente, la Ley instituía en su artículo 1º la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio (estableciendo como única causa de disolución la muerte de uno de los cónyuges), pese a lo cual regulaba en el artículo 83 el divorcio no vincular, consistente en la separación de lecho, mesa y habitación, suspendiendo la vida en común de los cónyuges sin disolución del vínculo, siempre por mandato judicial (y nunca por mutuo acuerdo, art. 84) y justificado en causas como el adulterio de ambos, pero para el marido con escándalo público, o el completo abandono de la mujer por su marido.

El Decreto de 9 de febrero de 1875 restableció el

³⁵ DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, pp.147-148.

matrimonio canónico como principal y reconoció efectos civiles a los celebrados a partir de 1870, dejando el matrimonio civil únicamente como matrimonio subsidiario para quienes no profesaban la religión católica. Y en la misma línea el Convenio entre España y la Santa Sede, celebrado el 11 de marzo de 1888, reconoció plenos efectos civiles al matrimonio canónico y el matrimonio civil fue establecido como subsidiario. A consecuencia de dicho Convenio, se redactó la Base 3ª de la Ley 11 de mayo de 1888 del Código Civil en la que se decía que “se establecen en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la Religión Católica, y el civil que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado”. Dicha base fue el origen del primitivo artículo 42 del CC en el que se reconocían dos formas de matrimonio: “el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determine este Código”. En el artículo 80 se reconocía la competencia de los Tribunales eclesiásticos para los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos, y en los artículos 103 y 107 la de los Tribunales civiles para las mismas causas respecto de los matrimonios civiles.

El Código establecería la indisolubilidad matrimonial en su artículo 52, al afirmar que el matrimonio sólo podía disolverse por muerte de uno de los cónyuges, al igual que los requisitos y efectos de la nulidad y del divorcio no vincular, diferenciando siempre el matrimonio civil y el eclesiástico y sus jurisdicciones respectivas. Cabe destacar entre las causas del divorcio no vincular, reguladas en el artículo 105, el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resultase escándalo público, menosprecio a la mujer, malos tratos de obra o injurias graves, o la violencia del marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión o para prostituirla. El efecto fundamental de la nulidad y el divorcio era la suspensión de la vida en

común, es decir, la separación física (artículos 68,1º, y 73,1º y 104); además cabía el señalamiento de alimentos “a la mujer” y a los hijos que no queden en poder del padre (artículo 68,4º).

A partir de entonces quedaron reguladas por el Código civil las relaciones conyugales del modelo familiar entonces existente, del que cabe destacar su estructura jerárquica en la que el marido representaba la autoridad y la mujer la servidumbre y la dependencia, también económica³⁶.

El vínculo matrimonial implicaba deberes y derechos como los de convivencia, fidelidad o mutuo socorro, previstos en el artículo 56 del Código civil. Este último, expresión del deber de asistencia entre cónyuges, conllevaba la obligación de alimentos que el Código comenzó a regular profusamente en sus artículos 142 y siguientes, destacando como primeros obligados a los cónyuges, aunque también, entre otros, a los padres respecto de sus hijos, fruto de la patria potestad que ejercía el padre y subsidiariamente la madre (artículos 154 y ss. del Código civil). Pero el originario artículo 57 establecía como principio rector de las relaciones matrimoniales la autoridad/obediencia entre marido y mujer. Textualmente decía: “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”, por lo

³⁶ Como decía CORTEZO en 1975, la legislación civil sobre la materia “regula la autoridad marital, no como un mero derecho subjetivo, sino como una potestad familiar exigida por la institución jurídico-moral que es la familia misma, siendo fuente de derechos y obligaciones inalterables por la autonomía privada al ser materia que no admite pacto en contrario según los artículo 4 y 12 del Código civil, llamando más la atención que éste la hace extensiva a las regiones aforadas. Es decir, que ha de quedar claro el imperio doméstico del hombre español sobre su mujer; tesis masculinista que no admite interpretación. Por eso no es extraño que la doctrina que mantiene el legislador sea del siguiente tenor: “El poder marital supone un conjunto de *derechos propios del marido*, a los cuales comprende una posición *subordinada* la mujer”, CORTEZO, J., *Situación jurídica de la mujer casada*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1975, p.139.

que se trataba de una especie de “obedece que yo te protejo”³⁷ que los demás artículos relativos a los derechos y obligaciones entre marido y mujer no hacían sino desarrollar. El artículo 58 añadía que “la mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia” y el 60,1º que “el marido es el representante de su mujer”, por lo que ésta no podía, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de procurador.

Como dice MORENO QUESADA, “basten estos ejemplos para comprobar hasta qué punto quedaba personalmente sometida la mujer a su marido tras el matrimonio. Pero dicho sometimiento de la esposa a la potestad marital no se limitaba a la esfera estrictamente personal, pues abarcaba también a la patrimonial, en la que el marido era, por disposición legal y salvo estipulación en contrario, administrador de los bienes de la sociedad conyugal (párrafo primero del antiguo art. 59). Y no sólo eso, sino que la mujer casada precisaba incluso, salvo en unos casos muy especiales taxativamente establecidos por la ley, licencia o poder de su marido para adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes u obligarse (antiguo art. 61); de manera que no sólo por lo que a los bienes comunes importaba, sino que también para poder disponer de los suyos propios, necesitaba contar con el consenso de su marido, condenando en general de nulidad los actos ejecutados contra lo dispuesto en esos artículos, según predicaba a su vez el antiguo art. 62 en su primera parte”³⁸.

³⁷Institución en que el fuerte protege al débil a cambio de su servidumbre, similar en términos históricos al feudalismo, *vid.* CORTEZO, J., *op.cit.*, p.140. Recordemos que incluía el *ius corrigendi* del marido que duraría hasta la reforma civil de 2 de mayo de 1975, *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *op.cit.*, pp.23 y 44 y ss.

³⁸ MORENO QUESADA, B., en *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, AAUU, Coord., F.J. SÁNCHEZ CALERO, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª edic., 2004, p.93.

El conjunto de la regulación mencionada, incluida la no implantación del divorcio vincular, puede enlazarse con la paulatina gestación histórica de la consideración del divorcio como una reivindicación liberadora (y compleja, sin duda) de especial importancia para las mujeres casadas³⁹.

I.- 2. Las infracciones de inasistencia familiar en el Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928 fue el fruto de la dictadura militar de Primo de Rivera, que asumió el poder mediante golpe de Estado en septiembre de 1923 y dejó en suspenso la Constitución de 1876.

Con la Real Orden de 12 de marzo de 1926 se pretendió una nueva edición del Código de 1870, pero en 1927 quedó realizado un nuevo Proyecto de Código, que el Gobierno sometió a diversas reformas y promulgó en setiembre de 1928. Entró en vigor el 1 de febrero de 1929 y fue derogado el 15 de abril de 1931.

De inspiración política autoritaria y de política criminal orientada a la prevención general y a la defensa social, el Código introdujo las medidas de seguridad por vez primera, así como la peligrosidad social en la medición de la pena. Con 858 artículos, salía de la tradición de los Códigos anteriores en cuanto a su estructura al

³⁹Como dice ALBERDI I., *Historia y sociología del divorcio en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979, pp. 84-85 casi todas las causas del divorcio no vincular “señalan al hombre como culpable, lo que unido a que solo podía solicitar el divorcio el cónyuge inocente (artículo 106) presupone en el legislador una imagen de la mujer como víctima del matrimonio, lo que viene a reforzar la idea tan extendida, y tan real en la España del siglo XIX, de que el divorcio sería una posibilidad de liberación para la mujer casada”.

añadir un Título Preliminar (“De la ley penal y su esfera de aplicación”) al Libro I (“De la infracción criminal y su represión”), Libro II “De los delitos y sus penas”) y al Libro III (“De las faltas y sus penas”).

A nivel de Derecho comparado habían ido proliferando las regulaciones penales del abandono de familia, como la del Código Penal canadiense de 1906, la del Código Penal belga de 1912 o la del Código Penal francés de 1924. Pero el Código penal de 1928 no reguló ninguna infracción de inasistencia familiar, ni relativa al matrimonio ni menos aún al divorcio, pues el matrimonio seguía siendo indisoluble. Hizo, sin embargo, desaparecer la falta prevista en el Código anterior y en la Reforma de 1850 relativa a los padres que abandonaban a sus hijos no procurándoles la educación posible en concordancia a sus medios. En cambio, en el artículo 536 se sancionaba (con pena de reclusión de seis meses a dos años) como delito contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas, el abandono de personas desvalidas o incapacitadas a causa de su edad o estado, por parte de las personas obligadas legalmente a custodiarlas, alimentarlas, o sostenerlas, teniendo los medios suficientes para ello⁴⁰.

El Código continuó con la regulación, en título autónomo, de los delitos contra “el estado civil de las personas”, incluyendo los relativos a la filiación (suposición de partos y usurpación del estado civil)⁴¹ y también al matrimonio, a través de las infracciones de

⁴⁰Para BELLO LANDROVE este tipo constituyó el antecedente en nuestro Derecho penal del posterior delito de abandono de familia, BELLO LANDROVE, F., *op.cit.*, p.381. En el Proyecto de Código penal de 1884 ya había estado prevista la figura junto al abandono de menores, *vid.* ANTÓN ONECA, J., “Los Proyectos decimonónicos...” *cit.*

⁴¹ Frente a la regulación del Código anterior, introdujo como novedad todo un Título, el XV (artículos 760 y ss) dedicado a “los delitos contra los menores”.

matrimonios ilegales (la bigamia entre ellos, en una muy prolija relación de artículos, del 649 al 663)⁴², y del adulterio y amancebamiento.

En relación a estos últimos fue este Código el primero en contemplar en un mismo artículo (el artículo 620), la duplicidad discriminatoria del delito para esposas y maridos, pero siguió con la definición del Código anterior y con su desafortunada sistematización como delitos “contra la honestidad” (Título X del Libro II). En principio fue también el primer Código que no discriminaba en la sanción prevista para cada uno de los cónyuges (prisión de uno a tres años)⁴³.

El Código siguió manteniendo el trato privilegiado para el marido que mataba o hería a su mujer por razón de adulterio, pese a establecer el artículo 523 que “el cónyuge” (no separado legalmente ni de hecho y que no hubiese consentido el adulterio) era sancionable con pena inferior, al prudente arbitrio del Tribunal, que debía decidir también si se inscribía o no la condena en el Registro de antecedentes penales; todo ello teniendo en cuenta que, por ejemplo, la pena del parricidio era de veinticinco años de reclusión a muerte, según el artículo 521. El Código no especificaba si se trataba o no del marido,

⁴² El artículo 650, en referencia a la doble forma matrimonial, decía “El que en una de las dos formas aceptadas por el código civil y con escándalo, contrajere matrimonio (...)”. Por su parte, el artículo 85 reguló por vez primera, en concepto de responsabilidad civil, la obligación para el contrayente doloso, de dotar, según sus medios, “a la mujer” que hubiese contraído matrimonio de buena fe y éste hubiese sido declarado nulo.

⁴³ Que resultaban igualmente aplicables a la manceba y al hombre que yacía con mujer sabiéndola casada. La persecución de cualquiera de los dos delitos sólo podía realizarse mediante querrela del cónyuge agraviado, pudiendo extenderla contra los cómplices, lo que provocó duras y justificadas críticas, según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D., *op.cit.*, p.145. La facultad de remitir la pena correspondía a ambos cónyuges e incluía la de todos los intervinientes. El artículo 623 establecía que la sentencia firme en causa de divorcio por adulterio sólo surtiría efectos en lo penal cuando fuese absolutoria, porque siendo condenatoria era necesaria la formación de causa criminal para la imposición de pena.

como sujeto activo, puesto que sólo hacía referencia al “cónyuge”, pero lo cierto es que la norma aludía al adulterio, que en términos estrictos únicamente podían cometer las esposas⁴⁴.

Capítulo II.- La inasistencia familiar en el Código Penal de 1932 y la criminalización de la inasistencia económica postmatrimonial en la Ley de divorcio de de 11 de marzo de 1932: el precedente remoto del vigente delito de impagos

Introducción

La criminalización durante la Segunda República del delito de impagos, previsto en la Ley de divorcio de 11 de marzo de 1932 una vez establecida la disolubilidad matrimonial, es considerada hoy día de forma unánime por la doctrina penal como el precedente histórico del anterior artículo 487 bis, así como del artículo 227 del vigente Código Penal. También hay quien lo ha considerado como el precedente histórico del viejo 487 relativo al delito de abandono de familia⁴⁵.

Lo cierto es que, como veremos, la entonces nueva figura delictiva, pese a estar sólo prevista para los supuestos de divorcio,

⁴⁴ La falta del artículo 821,2º relativa a los escándalos de los cónyuges dejó de tener una regulación discriminatoria en las conductas, conllevando la pena de arresto de 1 a 15 días o multa. Pero el artículo 683,3º reproducía la excusa absolutoria prevista en los Códigos anteriores para los maridos que descubrían los secretos guardados por sus esposas, apoderándose de sus papeles y cartas y divulgándolos.

⁴⁵ Así CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, p.15 (Nota 2); BELLO LANDROVE, F., *op.cit. y* POLAINO NAVARRETE, M., *El abandono de familia en el Derecho Penal español*, Sevilla, 1979, pp.18 y ss. Tras la reforma del divorcio de 1981 y antes de la reforma penal de 1989, *vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., "Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 31, 1987, pp.85 y ss; más recientemente, BERNAL DEL CASTILLO, J., *El delito de impago de pensiones*, Bosch, Barcelona, 1997, p.14.

fue considerada en todo momento como un delito de abandono de familia.

Según POLAINO NAVARRETE “representa un indudable precedente de interés, por cuanto comporta la consignación legislativa de la relevancia punitiva del incumplimiento de determinadas prestaciones familiares, de contenido económico asistencial, estimadas positivamente en la esfera regulativa propia del Orden punitivo, conminándose con una sanción penal la inoservancia de las exigencias inherentes al reconocimiento de tal deber jurídico”⁴⁶.

Se trató de una criminalización aislada dentro del conjunto de la inasistencia familiar y postconyugal, ya que sólo fueron incriminados como delitos los impagos derivados de divorcio, sin incriminación previa ni paralela, ni tampoco inmediatamente posterior, de la inasistencia familiar-conyugal, con la excepción de las faltas previstas en los párrafos 5º y 6º del artículo 578 del Código Penal de 1932 respecto de hijos menores y pupilos.

II.- 1. Las infracciones de inasistencia familiar en el Código Penal de 1932

Proclamada la República el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional derogó al día siguiente el Código Penal de 1928, así como la legislación especial de la dictadura, y restableció la vigencia del Código de 1870. Resultaba, sin embargo, preciso adaptar el Código a la nueva Constitución de 1931, por lo que se elaboró un Anteproyecto de

⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, M., *Ibid.* p.21.

reforma del Código de 1870. El Anteproyecto fue reducido a unas Bases en la Comisión de Justicia de las Cortes Constituyentes, que introdujo algunas modificaciones, y el 6 de septiembre de 1932 se aprobó por las Cortes el Proyecto de la Ley de Bases. El día 5 de noviembre se publicó en la *Gaceta* el texto completo del Código, que entró en vigor el 1 de diciembre, manteniéndose su vigencia hasta el Código Penal franquista de 1944⁴⁷.

Con 600 artículos, el Código estaba dividido en tres Libros: el Libro I, de “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; el Libro II de los “Delitos y sus penas”; y el Libro III de las “Faltas y sus penas”. Entre otras cosas, se caracterizó por abolir la pena de muerte y por dejar fuera de su ámbito las medidas de seguridad, que quedaron reguladas en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.

Este Código tampoco reguló como delito la inasistencia familiar aunque en este periodo histórico otra Ley, la de divorcio de 11 de marzo del mismo año, incriminó por vez primera en nuestra historia el delito el impago de pensiones alimenticias derivadas divorcio, como veremos con detalle. Ahora bien, siguiendo la línea iniciada por la Reforma de 1850, continuada por el Código de 1870 e interrumpida por el de 1928, volvió a sancionar como falta “contra las personas”, con la pena de 1 a 15 días de arresto o reprensión, el abandono de los padres a sus hijos al no procurarles “la educación que sus facultades permitan” (artículo 578,5º); junto a ella, y con la misma pena, el Código introdujo en el párrafo 6º del mismo artículo una nueva falta relativa a “los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción

⁴⁷ CEREZO MIR, J., op.cit., p.125.

primaria obligatoria, o abandonaren el cuidado de su persona”.

Continuó con la regulación en un título autónomo (el XII del Libro II) de los delitos contra “el estado civil de las personas”, los relativos a “la filiación” (suposición de partos y usurpación del estado civil) y los referentes al “matrimonio” (matrimonios ilegales y bigamia) estableciendo en el artículo 473 la condena adicional para el contrayente doloso, de dotar, según su posibilidad, a la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe.

Junto al vigente Código, el de 1932 fue el único que no contempló en ningún momento entre sus figuras delictivas ni el adulterio ni el amancebamiento, dejado por el primero sólo como una de las causas de divorcio (artículo 3,1º de la Ley de divorcio) aplicable por igual a ambos cónyuges⁴⁸. Consecuentemente, quedó suprimido el tratamiento privilegiado a los maridos en el uxoricidio y las lesiones a la esposa, por motivo de adulterio⁴⁹.

⁴⁸ Aunque en el Anteproyecto presentado el 19 de noviembre del mismo año estaban previstos el adulterio y el amancebamiento (artículos 430 a 434), con rebaja de las penas a arresto mayor y aunque en el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia del Parlamento el 16 de junio se establecía (Base 25) que tendrían idéntica sanción, en el debate del Dictamen ante las Cortes, la Comisión elevó una propuesta de abolir las figuras que fue aprobada por la Cámara, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D., *op.cit.* p.146 y JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Edit. Reus, Madrid, 1934, pp. 630.

⁴⁹ Como también la excusa absolutoria del descubrimiento y divulgación de secretos por parte del marido de los secretos de su mujer. La Exposición de motivos del Código lo expresaba así: “Ese mismo art. 25 de la ley política establece la igualdad de sexos. Ello trae como indeclinable consecuencia, la abolición del famoso art. 438, en que se reconocía a favor del marido, en caso de uxoricidio o lesiones por causa de adulterio, una excusa absolutoria o una atenuación especialísima. Esta razón de igualdad de sexo nos ha llevado a radiar la llamada excusa absolutoria a favor del marido que descubre los secretos de su mujer, establecida en el viejo art. 512, párrafo 3º, y que ya no figura en el nuevo art. 490”. En las faltas contra las personas (artículo 578,2º,3º) continuaba diferenciado el maltrato aún sin lesión a las mujeres por parte de sus maridos y el maltrato de palabra o de obra a sus maridos por parte de las esposas, pero sin discriminación en la sanción (arresto de 5 a 15 días y reprensión).

II.- 2. La familia, el matrimonio y el divorcio en la Constitución de 9 de diciembre 1931

Como decía DELGADO IRIBARREN, el régimen matrimonial previsto en el Código civil “habría de modificarse por consecuencia del cambio de la forma de Gobierno sobrevenida el 14 de abril del año anterior, ya que, por natural influencia de las doctrinas que propugnaban los partidos políticos que alcanzaron el Poder público en esa fecha, era natural y lógico que trataran de llevarlas a la esfera de las relaciones familiares y principalmente, por tratarse de un punto fundamental y de bandera, a la cuestión del divorcio: sin embargo, la Comisión jurídica asesora que formuló el Anteproyecto de Constitución no abordó el problema, por entender, sin duda, que era más acertado plantearlo y resolverlo al reformarse las leyes civiles”⁵⁰.

La Comisión parlamentaria que redactó el Proyecto de Constitución recogiendo los postulados de los partidos políticos que hicieron triunfar la República formuló un primer Dictamen en el que admitía el divorcio vincular con dos modalidades: por la simple voluntad de la mujer o por justa causa alegable por el marido, propuesta que suscitó un rico y acalorado debate entre los partidarios y los detractores del divorcio y del hecho de su mención en la propia Constitución⁵¹.

⁵⁰ DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.* pp. 149-150.

⁵¹ Destacamos por sensatas, en nuestra opinión, las palabras de CLARA CAMPOAMOR quien mantenía que la legislación de la República debía asentarse en dos principios “en el principio de la libertad, porque si ésta es la base de nuestras leyes, es imposible admitir ninguna clase de contrato ni ninguna clase de hecho que ligue perpetuamente a dos seres; y en el principio del laicismo que, declarado en la ley exige que la jurisdicción civil conozca las causas de divorcio. El matrimonio, agrega, es el concierto de dos voluntades; en cuanto este concierto quiebra, en cuanto el matrimonio que, naturalmente, tiene como base el amor y la afinidad espiritual no realiza esta finalidad, no es para los cónyuges más que una tortura, un sufrimiento y una degradación del individuo para la misma actividad social; no se pretende disolver el vínculo canónico: si los católicos, entendiendo el sacramento como lo entienden, no creen nunca, como podrán creerlo, que el divorcio pueda ser obligatorio, que dejen a los que entienden que debe disolverse el

El Dictamen fue modificado y la Constitución de 9 de diciembre de 1931 se aprobó regulando el matrimonio civil, reconociendo su disolubilidad mediante divorcio y estableciendo la competencia de la jurisdicción civil y la igualdad de los cónyuges, también en el divorcio, sobre la base de la igualdad jurídica de mujeres y hombres (artículos 43 y 25, que establecía que el sexo “no podrá ser fundamento de privilegio jurídico”, y artículo 2º, en el que se reconocía la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley). En particular cabe resaltar el artículo 43 de la Constitución aprobada que rezaba como sigue:

”La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”.

Y añadía:

“Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución”⁵².

El artículo 43 de la Constitución declaraba, por tanto, a la familia bajo la salvaguarda especial del Estado, al matrimonio en igualdad de derechos para ambos sexos y a los padres en la obligación

matrimonio ir con todo derecho a esa finalidad”, en DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.* pp. 151-152 En definitiva, para la diputada lo malo no era el divorcio – como decían sus adversarios políticos – sino la rotura del matrimonio y la diferencia entre una separación eclesiástica (perpetua, decía) y un divorcio civil era que éste último permitía “al individuo efectuar una nueva unión, sin torturas sin adulterios, sin cometer delitos y sin vergüenzas”, en LEZCANO, R., *op.cit.*, p. 87.

⁵²El artículo 43,3 reconocía expresamente la igualdad de los hijos legítimos y naturales al equiparar en derechos y deberes a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, velando el Estado por el cumplimiento de estos deberes y obligándose subsidiariamente a su ejecución.

Ante la lógica necesidad de una Ley civil que desarrollara el precepto constitucional, se optó por crearla, aparcando una sin duda más compleja reforma del Código civil. Aunque, como decía DELGADO IRIBARREN, “para la necesaria e inmediata realización del precepto constitucional el Ministro de Justicia, Sr. De los Ríos, presentó a la Cámara en 4 de diciembre de 1931 un Proyecto de ley sobre el divorcio exclusivamente, cuando hubiera sido más lógico y conveniente incluir también la reforma del matrimonio civil de acuerdo con el principio secularizador del Estado que inspira la nueva Constitución”⁵³. De este modo el Proyecto puso en marcha la reforma.

Como todo cambio social de trascendencia en una democracia, el relativo al divorcio tuvo en la IIª República un contexto de sensibilización y de debate social, constituyente y parlamentario, que conviene resaltar, antes de pasar a exponer el contenido de la Ley de divorcio.

Coincidiendo con el debate en las Cortes del Proyecto constitucional, se desarrolló una polémica sobre el divorcio y en las revistas *Crónica* y *Estampa*, entre otras, se editaron algunos artículos y sondeos en los que predominaba la posición favorable al divorcio, pese a haber gran división de opiniones⁵⁴.

El debate constituyente y el posterior debate parlamentario de la ley fueron muy polémicos en lo que a la admisión o no del

⁵³ DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, p.154.

⁵⁴ *Vid.* LEZCANO, R., *op.cit.* pp.41 y ss y ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.88-89.

divorcio se refiere, pasando prácticamente sin pena ni gloria lo relativo a la obligación del pago de alimentos y a la figura delictiva del impago de los mismos.

Los debates de los grupos políticos en pugna parlamentaria y dialéctica, representando concepciones diferentes sobre el matrimonio y el divorcio, la familia y la sociedad, giraron básicamente en torno a la tradicional indisolubilidad del matrimonio y al peligro para el matrimonio, la familia y la estabilidad social, por un lado,⁵⁵ y, por otro, en torno al encauzamiento razonable de las crisis matrimoniales, incluyendo la posibilidad de volver a casarse o de reanudar una nueva vida y en torno al ejemplo del Derecho comparado. En este sentido, cabe resaltar las numerosas referencias realizadas a la legislación extranjera reconocedora del divorcio a lo largo de los debates constitucional y parlamentario de la Ley de divorcio, especialmente a la francesa de 11 de julio de 1884. Asimismo lo tenía reconocido Bélgica, en la que se aplicaba la legislación civil francesa, Portugal desde 1910, Alemania desde 1875 (aunque el Código Civil vigente era de 1896 y había entrado en vigor el 1 de enero de 1900), Inglaterra, que con peculiares características, lo tenía previsto desde el siglo XVIII y posteriormente por la *Divorce Act* de 28 de agosto de 1857, Dinamarca desde 1922, Suecia desde 1920 y Noruega desde 1909 (y 1918)⁵⁶.

A diferencia de lo acaecido en el proceso de criminalización de 1989, en el que las asociaciones de mujeres jugaron, como veremos, un importante papel en la reforma penal, las mujeres de la República (y sus organizaciones) no estuvieron apenas implicadas en aquel proceso,

⁵⁵ Hasta argumentar, como posición contraria al divorcio, la prevención de la criminalidad, especialmente de los menores, fruto del abandono de los hijos, *vid.* así LEIZAOLA, citado por LEZCANO, R., *op.cit.* p.113.

⁵⁶ DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.* pp.100 y ss.

lo que ciertamente creemos relacionado con la falta de desarrollo social, cultural y político del conjunto femenino de la época, pues, entre otras cosas fundamentales, fue la Segunda República la primera en permitir el voto a las mujeres (1931/1933)⁵⁷, pese a la muy previa Declaración del Sufragio Universal de la revolución francesa y la Declaración de Derechos “del Hombre” de 1789. La Asociación Nacional de Mujeres (primera organización importante de mujeres, creada en 1918), por ejemplo, no incluía el divorcio entre sus reivindicaciones, aunque pretendía una reforma del Código Civil para suprimir del mismo las discriminaciones legales de la mujer casada⁵⁸, pero hasta la Primera Cámara llegaron peticiones a favor del establecimiento del divorcio por parte de la Liga Internacional, de la Cruzada de Mujeres Españolas y de algún otro grupo⁵⁹.

Según ALBERDI, mientras que los defensores del divorcio resaltaban las ventajas para la mujer, las mujeres, mayoritariamente, se oponían al mismo, pues les daba miedo “perder el sostén económico de sus maridos (...). Si el matrimonio es el fin fundamental de la vida de una mujer, conseguir marido y conservarlo es el objetivo de todas las mujeres (hay que tener en cuenta que a las mujeres se les negaba la instrucción y los empleos). El divorcio se presentaba para muchas mujeres como un peligro que les iba a quitar a su marido y con él su medio de vida”⁶⁰. Cabría añadir, por tanto, que los condicionantes culturales y religiosos contrarios al divorcio pesaban con especial

⁵⁷ Reconocido por la Constitución de 1931 y destacando el importante papel de CLARA CAMPOAMOR en su implantación, fue ejercitado por vez primera en el plebiscito electoral de 5 de noviembre de 1933 (Estatuto Vasco de Autonomía). Cabe también destacar el impulso republicano a favor de un nuevo modelo de mujer: moderna, igualitaria y libre.

⁵⁸ ALBERDI, I., *op.cit.*, p.90.

⁵⁹ RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., *Los grupos de presión en la segunda República española*, Edit. Tecnos, Madrid, 1969, p.258.

⁶⁰ ALBERDI, I., *op.cit.*, p.90.

incidencia sobre las mujeres por su tradicional papel de dependencia en la estructura familiar⁶¹.

II.- 3. La Ley de divorcio de 11 de marzo de 1932 y la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932

La Comisión de Justicia de la Cámara Constituyente emitió Dictamen, sin apenas modificaciones, el 19 de enero de 1932 y el 3 de febrero se inició la discusión parlamentaria, hasta el día 24, en que la Ley fue aprobada por 260 votos a favor y 23 en contra. Promulgada y sancionada el 2 de marzo, fue publicada el 11 de marzo de 1932 en la Gaceta (y en la del 12 de marzo con rectificaciones de errores materiales).

Poco después fue también promulgada la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932, que nuevamente implantó el matrimonio civil como único y obligatorio ⁶², haciéndolo extensible a los matrimonios canónicos celebrados antes de entrar en vigor la ley (artículo 4º) y que estableció la jurisdicción civil como la única competente⁶³. Para la regulación del matrimonio remitía al Código Civil, con las modificaciones previstas en la propia ley (artículo 1º), por lo que

⁶¹ De hecho, en la iniciativa de presentación de las demandas la diferencia entre mujeres y hombres fue corta en los divorcios, pero marcada en las separaciones, de modo que las demandas de divorcio de los hombres fueron del 43,92% y del 46,08% en el caso de las mujeres, mientras que las de separación estaban representadas en un 18,62 por los hombres y en un 81,38 por las mujeres, *vid.* ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.94 y ss y LEZCANO, R., *op.cit.*, pp.261 y ss.

⁶² La Orden Ministerial de 10 de febrero de 1932, que derogó la Real Orden de 18 de diciembre de 1900, en cumplimiento de lo previsto en la nueva Constitución sobre la reserva del Estado en materia matrimonial, había ya establecido el matrimonio civil facultativo, no subsidiario, y había suprimido la declaración de no creencia religiosa para los que se casaban civilmente.

⁶³ Camino iniciado por el Decreto de 3 de noviembre de 1931, suspendido por el Decreto de 10 de diciembre de 1931 hasta la entrada en vigor de la ley de divorcio.

debía contraerse conforme al Código civil y a la Ley. Según el apartado 6º de su artículo 1º “el matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil, omitiendo la lectura del artículo 57 de dicho cuerpo legal” (el relativo a la autoridad marital como principio rector de la relación matrimonial). El Código Civil, que no llegó a ser modificado en esta materia, continuó vigente en lo relativo a los deberes conyugales de convivencia, fidelidad y mutuo socorro (artículo 56), como en materia de alimentos entre cónyuges, ascendientes y descendientes (artículos 142 y ss.).

La Ley de divorcio contenía 69 artículos sistematizados en cinco Capítulos, reglas transitorias y disposición final. El Capítulo I estaba destinado a regular el divorcio y sus causas, el II al ejercicio de la acción de divorcio; el III, a los efectos del divorcio, y se dividía, a su vez, en cuatro secciones: para los cónyuges; para los hijos; bienes del matrimonio; y alimentos; el Capítulo IV estaba dedicado a la separación de bienes y personas, y el V al procedimiento⁶⁴.

Declaró posible el divorcio cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración del matrimonio (artículo 1), por lo que cerró el paso al intento por parte católica de que la Ley sólo se aplicase a las personas casadas civilmente tras su entrada en vigor⁶⁵.

Desde entonces, novedosamente en nuestro país, quedó reconocida la disolubilidad matrimonial, ya que el artículo 1º establecía

⁶⁴ Diferenciando los procesos de separación y de divorcio “por causa justa” y con “mutuo disenso”.

⁶⁵ La Ley fue retroactiva respecto a las sentencias civiles firmes de separación dictadas antes de promulgarse la ley, a las que confería plena validez para la petición de divorcio; también lo fue respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto de 3 de noviembre de 1931, con una serie de condiciones (reglas transitorias 3ª y 4ª).

que el divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disolvía el matrimonio, además del fallecimiento, previsto en el Código Civil. También se regulaba la separación legal y en ambos casos se normativizaban las causas y sus efectos.

La Ley implantó el denominado divorcio-sanción, por culpabilidad o con justa causa, como regla general, con excepciones como la enajenación mental o el divorcio por mutuo consentimiento, y el divorcio-remedio, sin distinción ni discriminación entre los cónyuges⁶⁶. En este sentido el artículo 2º decía:

“Habrá lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos, por alguna de las causas determinadas en esta ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone”.

Y según el artículo 9º

“La sentencia declarará culpable cuando proceda al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio, o a los dos, en su caso”.

Por su parte, el artículo 3º regulaba como causas legítimas de divorcio, entre otras, las siguientes:

1. El “adulterio” no consentido ni facilitado, destacando la igualdad de trato para ambos cónyuges (apartado 1º) y la “bigamia”, sin perjuicio de la acción de nulidad (apartado 2º).

2. El “desamparo de la familia” sin justificación (apartado 4º)

⁶⁶ El Ministro de Justicia, dirigiéndose a las Cortes Constituyentes, recalca expresamente como “a la mujer divorciada se le reconocen posiciones rotundas de plena capacidad, que también se le aplican en el caso de mera separación judicial sin disolución del vínculo”, Capítulo Preliminar del Proyecto de la Ley de divorcio, en DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, pp.158-159.

y el “abandono culpable del cónyuge” durante un año (apartado 5°).

3. Y la ausencia del cónyuge, una vez transcurridos dos años desde la fecha de su declaración judicial (apartado 6°), así como la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años (apartado 12°).

Entre las diferentes causas mencionadas quisiéramos destacar la de “desamparo de la familia” y la de “abandono del cónyuge”, por constituir el germen del abandono de familia ⁶⁷ y por ser las más frecuentes en las demandas de divorcio y separación durante la aplicación de la ley: el abandono el 15,78%, el desamparo el 15,04% y la ausencia el 0,88%, lo que sumadas constituían el 31,7% de los casos⁶⁸. También cabe subrayar la de “adulterio” por implicar una importante transformación (descriminalización) de un delito en mera causa civil de divorcio y por ser además igualitaria, sin distinción entre mujeres y hombres.

Por lo que se refiere a los efectos del divorcio, además de la extinción del matrimonio y de la libertad para contraerlo de nuevo, quisiéramos destacar como uno de los más importantes la obligación de alimentos, que fue regulada en los artículos 30 a 35 de la Sección 4ª del Capítulo III, teniendo en ello una especial consideración la situación social y económica (desigual y dependiente) de las mujeres

⁶⁷ Ninguna planteó gran debate, *vid.* LEZCANO, R., *op.cit.*, pp.132 y 133.

⁶⁸ Puede añadirse que la causa más invocada fue la separación de hecho superior a los tres años (20, 72%) seguida de la violación de deberes y conducta inmoral (15,79%) malos tratos (12,93%) adulterio (10,23%) y bigamia (0,40%). Las más aceptadas por los jueces fueron las del “abandono” por más de un año y la de “separación” superior a los tres años. Se concedieron el 90% de los divorcios solicitados, y las demandas por mutuo acuerdo fueron muy reducidas (sólo el 2,10% de las presentadas, lo que hace suponer el nivel de conflicto), *vid.* ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.94 y ss; LEZCANO, R., *op.cit.*, pp. 261 y ss.

respecto de sus maridos⁶⁹.

Según el artículo 30, el cónyuge necesitado por carecer de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia y además inocente podía exigir al otro cónyuge pensión alimenticia o podían exigírsela recíprocamente cuando el divorcio se decretase sin culpabilidad de ninguno de los cónyuges. Textualmente decía el precepto:

"El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado. Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso".

Según el artículo 31, se trataba de un derecho que cesaba por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato, se transmitía a los herederos y podía modificarse, reducirse o aumentarse en función de las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado. En lo no previsto regía el Código Civil, artículos 142 y siguientes.

Por su parte, el artículo 36 estaba destinado a regular la separación sin rotura del vínculo, por consentimiento mutuo, por las mismas causas del divorcio y "cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos", en cuyo caso podía solicitar la separación cualquiera de los cónyuges.

⁶⁹ ALBERDI, I., *op.cit.*, pp. 87 y ss.

En los artículos 63 y siguientes también fueron regulados el divorcio y la separación por mutuo acuerdo, opción que en otros países europeos sólo tuvo lugar a partir de los años 70 del siglo XX, por lo que ha sido considerada como una norma moderna y progresista para su época⁷⁰.

El alcance que tuvo la Ley en la práctica fue importante, pero escaso, más cualitativo que cuantitativo, puesto que, frente a las previsiones alarmistas de los oponentes a la ley de divorcio, el número de demandas y concesiones fue reducido, sirviendo el divorcio, en la mayoría de los casos, para legalizar situaciones de ruptura preexistentes y las separaciones para preservar el matrimonio cuando había hijos comunes⁷¹.

La Ley del divorcio estuvo en vigor hasta la suspensión de los pleitos de divorcio y separación por el Decreto de 2 de marzo de

⁷⁰ También se la critica, entre otras cosas, el no haber sido precedida de una ley sobre matrimonio civil o una cierta indeterminación para fijar las pensiones alimenticias, LEZCANO, R., *op.cit.*, pp.33 y ss. (esp. p.36); *vid.* también ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.91 y ss. y CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.* pp.82 y ss.

⁷¹ La incidencia real del divorcio fue menor que la de otros países de nuestro entorno (0,09 frente al 0,75 de Francia). Las demandas presentadas fueron 7891 (7059 de divorcio y 832 de separación), teniendo en cuenta que al principio se acumularon las causas de parejas que tenían pendiente de su conflicto desde hacía años, cuando no era posible el divorcio vincular. Se dictaron 4.096 sentencias de divorcio y 521 de separación y fueron concedidos 3.546 divorcios y 447 separaciones. La mayoría estaban ya separados (el 88,6% de los matrimonios que pidieron el divorcio y el 67,18% de los que solicitaron la separación judicial estaban ya separados de hecho. En las demandas de separación predominaban los matrimonios con hijos (el 62,19% tenían hijos y el 37,81% no los tenían) y en las de divorcio los que no tenían hijos (el 48,39% de los que solicitaron divorcio tenían hijos y el 51,61% no los tenían). En cuanto a la posición económica, teniendo en cuenta como único indicador la profesión del marido, los obreros y los empleados solicitaron más el divorcio mientras que las clases sociales más acomodadas (profesiones liberales, propietarios, o rentistas), solicitaban tanto la separación como el divorcio y siempre más en el medio urbano que en el rural (fuentes del Ministerio de Justicia publicadas en 1936 relativas al periodo de marzo de 1932 a diciembre de 1933), *vid.* ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.94 y ss; LEZCANO, R., *op.cit.*, pp.261 y ss y RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., *op.cit.* pp.259 y ss.

1938, que fue complementado por la Orden de 9 de noviembre de 1938 que disponía que las sentencias dictadas en pleitos de separación y de divorcio tramitados al amparo de la Ley de 2 de marzo de 1932, cuyo pronunciamiento fuera denegatorio, y se encontrasen pendientes de revisión ante el Tribunal Supremo, se considerarían firmes a todos los efectos. Lo complementaba la Orden de 22 de marzo de 1938, que restableció, para la celebración del matrimonio civil, la obligación de declaración expresa de no profesar la religión católica para uno o para los dos contrayentes.

La Ley republicana de matrimonio civil fue derogada por Ley de 12 de marzo de 1938 y la de divorcio por Ley de 23 de septiembre de 1939, remitiendo la regulación del matrimonio a las disposiciones del Código Civil ⁷². Mientras que en la zona rebelde se comenzó a desmontar la legalidad republicana, la Ley siguió siendo aplicada, incluso durante la guerra, en las zonas republicanas, en las que se simplificaron y agilizaron los trámites, como consecuencia de un contexto tan particular como es el bélico.

Con efecto retroactivo se declararon nulas las sentencias firmes de divorcio vincular respecto de los matrimonios canónicos con posterior matrimonio civil o sin él y fueron declarados nulos los matrimonios civiles celebrados tras divorcio de matrimonio canónico, con la subsiguiente declaración de validez de los matrimonios canónicos previos. Se facilitó el procedimiento, que era a instancia de cualquiera de las partes que tuviese el deseo de hacerlo para “reconstituir su legítimo hogar” o “tranquilizar su conciencia de creyentes”⁷³.

⁷² Con disposiciones transitorias que durante años fueron foco de continua problemática jurídica y humana, CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, p.86.

⁷³ *Vid.* ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.106 y ss.; CABALLERO GEA, *op.cit.*, pp.85 y ss. y

A través de la Orden de 10 de marzo de 1941 se restableció el matrimonio canónico-religioso como obligatorio y el civil como subsidiario o supletorio⁷⁴, mediante prueba documental que acreditase no ser católico ninguno de los cónyuges, o declaración jurada de no haber sido bautizados, lo que permitía la validez de dichos matrimonios. Consecuentemente, volvió a implantarse la indisolubilidad matrimonial, a la par de la vieja regulación jurídica desigualitaria de la mujer en el matrimonio, incluida la vuelta a la regulación discriminatoria del adulterio de la mujer frente al amancebamiento del marido.

II.- 4. La criminalización de la inasistencia postmatrimonial: regulación y primer debate doctrinal

II.- 4. a. La regulación del precedente remoto del vigente delito de impagos

Pese al intenso debate social, constituyente y parlamentario suscitado por el divorcio, como ya hemos avanzado, la incriminación republicana de los impagos de pensiones alimenticias derivadas del mismo, al igual que la regulación entera de los alimentos, no fue objeto de polémica alguna⁷⁵.

El Código penal no fue reformado para introducir en su

DOMINGO AZNAR, *op.cit.* p.148. Parece que se admitieron los matrimonios civiles y los divorcios en los que no se presentaban reclamaciones, *vid.* también LEZCANO, R., *op.cit.*, p.382.

⁷⁴ *Vid.* ZANON MASDEU, L., *op.cit.*, p.88.

⁷⁵ *Vid.* LEZCANO, R., *op.cit.* pp.210, 215 y 220. Decía entonces DELGADO IRIBARREN “establece la ley en esta sección las normas precisas para regular la obligación de alimentos entre los cónyuges, y lo hace con preceptos tan claros y sencillos que no merecieron comentario alguno en la discusión parlamentaria”, DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, p.293.

articulado la infracción de impago de pensiones⁷⁶. Fue una Ley civil, la nueva de divorcio de 2 de marzo de 1932, la que en su artículo 34 reguló el primer delito de impagos al establecer que:

"El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión".

De este modo la incriminación de los impagos quedó reducida a los supuestos de divorcio, aunque la Ley reconociese a los jueces la posibilidad de fijar alimentos también en las separaciones legales (artículo 38) y como medida cautelar, una vez admitida la demanda de separación o de divorcio y hasta dictar sentencia firme (artículo 44,4 y 5)⁷⁷.

Por otro lado, y a diferencia también de la regulación de 1989 (en la que quedaron incluidos junto a los supuestos de divorcio, los de separación legal o judicial y los de nulidad), objeto material del delito sólo lo fueron las pensiones alimenticias, en concordancia con la regulación civil y como clara expresión del carácter estrictamente

⁷⁶ Tampoco lo fueron las infracciones de desobediencia a la autoridad, que estaban respectivamente reguladas, entre las infracciones contra el orden público, como delito (la grave) en el artículo 260 y como falta (la leve) en el 565,5; ni el delito de alzamiento de bienes ni las insolvencias punibles reguladas en los artículos 511 y siguientes, entre los delitos contra la propiedad.

⁷⁷ En estos últimos casos, ante la patente situación de vulnerabilidad de las mujeres dada su tradicional y general dependencia económica en el matrimonio, la Ley regulaba expresamente su especial protección, permitiendo señalar "alimentos a la mujer cuando proceda", así como "las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere, o en la de los bienes de la sociedad conyugal".

asistencial del bien jurídico (mientras que los objetos materiales del viejo 487 bis fueron las pensiones alimenticias y las compensatorias, a las que, tras la entrada en vigor del Código de 1995, se añadirían las prestaciones económicas únicas, compensatorias y por nulidad.

Los sujetos pasivos eran los ex cónyuges y los hijos y la penalidad fue regulada de forma alternativa, pues era o prisión o multa, con una especial regulación de la reincidencia, que conllevaba el castigo de pena única de prisión.

Aunque el delito fue configurado (como lo serían después el precedente de 1989 y el vigente delito de impagos) como una figura mixta, protectora también del buen funcionamiento de los poderes públicos, puesto que la pensión debía estar siempre fijada en convenio aprobado judicialmente o en resolución judicial, en todo momento fue considerado como una infracción de abandono familiar, de inasistencia económico-familiar, con base en el precedente francés⁷⁸.

Según queda recogido en el Capítulo Preliminar del Proyecto de la Ley, el Ministro de Justicia decía que ésta “con el propósito de fortalecer los resortes de protección a los hijos y al cónyuge inocente, no ha dudado en coger bajo sus prescripciones, y en aplicación concreta a la situación de divorcio, la figura delictiva de abandono de familia que otras legislaciones contemporáneas tienen ya incorporadas a su inventario penal. Quien culpablemente desatiende

⁷⁸ Así DELGADO IRIBARREN F., *op.cit.*, p. 297, aunque para JIMÉNEZ DE ASUA el delito aparecía regulado por vez primera en España siguiendo, entre otros modelos, el francés, el belga y “el del artículo 570 del Código penal fascista que había entrado en vigor en 1931”, en referencia al italiano, al que consideraba un delito de “abandono de familia” y a pesar de que, como decía el autor, el nombre resultase “un tanto incongruente con el contenido, pues el ex consorte al que se le debe la pensión alimenticia y cuyo desamparo constituye uno de los aspectos del delito, no es ya familia del obligado una vez disuelto el matrimonio”, JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op.cit.*, pp.294.

y se despreocupa del más fundamental de sus deberes familiares, consistente en atender a las necesidades de su prole y de su cónyuge, es merecedor de una sanción punitiva tanto si la falta se comete en constante matrimonio cuanto si la produce en situación de divorcio. Aún es más frecuente en este caso, según conocidas experiencias de otros países, en cuyo derecho matrimonial se establece el divorcio: en su virtud nuestro precepto ha optado como primer ensayo por aplicar un sistema de acciones penales al cónyuge divorciado que deja culpablemente de proveer con los elementos debidos al cónyuge inocente y a los descendientes, castigando la reincidencia con mayor severidad y sin que sirva a excusarle de su falta de abandono la circunstancia de haber constituido garantías de su solvencia económica, pues este hecho responde a un orden diferente, que no debe confundirse con el riguroso imperativo moral a que se refiere la disposición penal formulada en esta ley⁷⁹.

Aunque anteriormente el abandono de familia había ido siendo objeto de incriminación en algunos países europeos, como Inglaterra (1824) y Holanda (1881), puede decirse que se trata de un delito que sólo a partir de 1924 quedó incorporado en casi todos los Códigos penales de los países de nuestro entorno⁸⁰. Bélgica lo reguló primero en 1912 y luego a partir de 1928); Italia lo haría a partir de 1930; de 1931 Portugal y Austria desde 1925. Pero fue, sin duda, la Ley francesa de 7 de febrero de 1924 (modificada por Ley de 3 de abril de 1928) el precedente de Derecho comparado más influyente en la

⁷⁹ DELGADO IRIBARREN, F., *Ibid.* p.158, citando el Proyecto Ministerial de 4 de diciembre de 1931.

⁸⁰ REYES, A., *Delitos contra la asistencia familiar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, pp.157 y ss y URE, E., *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, o abandono de familia*, en Jornadas de Derecho Penal, Abaledo-Perrot Monografías 5, 2ª edic., Buenos Aires, 1960, pp. 72 y ss; *vid. también* CUELLO CALÓN, E., *op.cit.* p.13 (Nota 1) y 47 y ss y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. R., *op.cit.* pp. 326 y ss.

reforma española. Por ello reproducimos aquí su artículo 1º, que decía así:

“Será culpable de abandono de familia y castigado con prisión de tres meses a un año o con multa de 100 a 2000 francos el que dejando de cumplir una decisión pronunciada contra él en virtud del art. 7º de la ley de 13 de julio de 1907, o de una ordenanza o de un juicio que le hubiere condenado al pago de una pensión alimenticia a su cónyuge, a sus descendientes o a sus ascendientes, hubiese voluntariamente dejado pasar más de tres meses sin suministrar los subsidios determinados por el juez, o sin pagar las cantidades de la pensión. En caso de reincidencia se impondrá siempre pena de prisión. Toda persona condenada por abandono de familia podrá ser privada de sus derechos cívicos. Los padres y madres podrán además ser privados de la patria potestad”⁸¹.

Lo que llama la atención de aquel proceso de criminalización no fue tanto que se realizase a través de una Ley civil⁸², sino que se incriminasen antes los impagos asociados al divorcio que los relativos al matrimonio mismo, es decir, que la criminalización de la inasistencia post conyugal fuese previa a la relativa al matrimonio.

La explicación quizá tenga que ver con la prioridad que la República dio al divorcio, por lo que buscó una protección rápida de los más débiles en la disolución de los matrimonios. En este sentido, cabe resaltar la opción de reforzar la protección de los derechos

⁸¹ En la primera criminalización francesa del abandono de familia tuvo un papel activo a su favor, en 1923, *L'Union fraternelle des femmes*, vid. DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. R., *op.cit.* p.328.

⁸² Decía DELGADO IRIBARREN “no es de extrañar que una ley de carácter civil contenga sanciones de naturaleza penal, pues no faltan ejemplos de ello en nuestro Derecho, y así se observa que las leyes de propiedad intelectual de 1879, la de propiedad industrial y otras contienen prescripciones de carácter penal que se aplican por la jurisdicción ordinaria con arreglo a la ley de Enjuiciamiento Criminal”, DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, pp.297-298.

alimenticios de mujeres (e hijos), teniendo en consideración su vulnerable situación de dependencia económica tras los divorcios, dado su papel subordinado en las relaciones familiares.

II.- 4. b. El primer debate doctrinal sobre el delito

El primer debate doctrinal sobre los impagos está representado, en el ámbito español, por dos posiciones contrarias sobre la criminalización del abandono de familia y de los impagos derivados de divorcio, conjuntamente tratados: la contraria de LÓPEZ-REY Y ARROJO⁸³ y la de JIMÉNEZ DE ASUA, a favor de la misma⁸⁴.

LÓPEZ-REY Y ARROJO creía que la incriminación era innecesaria por la ineficacia de la ley penal en estos supuestos, por su falta de eficacia preventivo-intimidatoria (ponía como ejemplo de fracaso el de la legislación francesa). Señalaba, además, que la regulación del abandono como causa-sanción de divorcio hacía innecesaria la pena y lo argumentaba con la descriminalización del adulterio, al decir que “si el adulterio se tiende a excluir de los Códigos penales, no hay razón alguna para que su lugar lo ocupe el abandono de familia”⁸⁵.

⁸³ LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., "El abandono de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo, 1932, pp. 281-288.

⁸⁴JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op.cit.*, pp.292-297, de quien consta su posicionamiento

público a favor del divorcio en el debate parlamentario, *vid. LEZCANO, R., op.cit. p.99.*

⁸⁵ LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *op.cit.*, p.288. Nos parece interesante su distinción del abandono con o sin desamparo (a propósito de las causas de divorcio previstas en los apartados 4^a y 5^a del artículo 3^o de la Ley) ya que, en su opinión, “es evidente que puede dejarse a una persona abandonada, pero con medios suficientes para no estimarla desamparada. En el abandono puede verse sólo lo moral y en el desamparo lo material-carencia de medios”, LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Ibid.*, p.283 (Nota 1).

Sugería como alternativas a la incriminación la ejecución civil, una política social adecuada o la mera aplicación de las normas penales vigentes, en especial, las relativas al delito de alzamiento de bienes.

Por lo demás, LÓPEZ-REY Y ARROJO consideraba el abandono de familia como un fenómeno urbano importante (“hasta el punto de preocupar al legislador que ha construido sobre tal hecho una causa de divorcio”), fruto de la emigración y fundamentalmente conectado a la clase media-baja y obrera. Decía: “el abandono- casi siempre del marido, que es el que más lucha-dejando a la mujer y a los hijos en el desamparo, para buscar, muy humanamente, una menor preocupación y una mayor libertad. ¿Es el culpable? La mayor parte de las legislaciones lo afirman y conceden en tales casos el divorcio y consecuentemente la obligación de prestar alimentos por el responsable, prestación que casi nunca puede hacerse efectiva, porque el obrero y aun el empleado modesto, salvo si lo es de una oficina pública no trabaja constantemente, y aun trabajando no lo hace siempre en el mismo lugar, y además hay mil medios para eludir tal obligación, cuando el obligado carece de un patrimonio estable y determinado”⁸⁶. En la misma dirección añadía que “la deuda alimenticia rara vez, mientras los Códigos respondan a una concepción individualista del Derecho, se hace efectiva. Si tenemos presente que la mayor parte de los individuos apenas ganan lo que necesitan para vivir, ¿de qué modo, viviendo separados, tendrán medios para vivir los dos o más, si hay familia? Los alimentos son sólo factibles con una situación económica estable. Su regulación actual viene a conformar una vez más la conocida frase de que los Códigos civiles son para los ricos y los punitivos son para los pobres” (...). “El abandono de familia,

⁸⁶ LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Ibid.* p.282.

salvo raros casos, se produce por la desastrosa situación económica de las clases trabajadoras, únicas en la realidad a las que afectan directamente los preceptos de la ley citada. En las demás clases pudientes. El problema rara vez se plantea, pues aunque haya abandono personal, no le suele seguir el material y todo queda zanjado con un arreglo más o menos ventajoso; pero el empleado y obrero no pueden proceder así y se limitan a dejar más o menos desamparados a los suyos”⁸⁷.

Para JIMÉNEZ DE ASUA, el delito “harto más grave que el adulterio” tenía “tanta razón de ser como el estupro” y, añadía, “mientras no se organicen de otro modo los Estados, el padre habrá de subvenir a la crianza de la prole”⁸⁸. Por ello era partidario de la criminalización del abandono de familia y del delito de impago de pensiones, dado, en su opinión, su claro contenido de injusto merecedor de sanción penal, pues como decía “el delito de abandono de familia puede y debe ser construido como figura delictiva, porque el hecho es antijurídico, ya que la norma de cultura reprueba vivamente a los que abandonen a sus familiares; es culpable cuando el alimentista dolosa o culposamente se niega a cumplir lo convenido; y tiene una objetividad jurídica evidente, ya que, a diferencia del adulterio, no es objeto jurídico del delito el deber moral de fidelidad, sino la obligación de auxilio, amparo y alimento de los suyos, que es de índole netamente jurídica”⁸⁹. En este sentido se posicionaba expresamente frente a LÓPEZ-REY Y ARROJO, afirmando su creencia en la eficacia preventiva de la ley penal, añadida a la regulación meramente civil prevista en la misma ley como causa de divorcio, y

⁸⁷ LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Ibid.*, pp.283-282, Nota 2. y p. 286.

⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op.cit.*, p. 206.

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Ibid.*, p. 297.

sugería ampliar en el Código penal la figura a otros tipos de abandono familiar.

También hubo quien ya entonces alertaba sobre la “prisión por deudas” que la sanción del artículo 34 podría suponer. DELGADO IRIBARREN lo expresaba diciendo que “en el aspecto especulativo, no puede desconocerse, que por muy elevado que sea el propósito del legislador, se ha introducido una sanción penal por incumplimiento de obligaciones meramente civiles, con olvido y desconocimiento del postulado admitido en el Derecho moderno que proscribe la prisión por deudas en ninguna ocasión y por ningún motivo”⁹⁰.

Capítulo III.- La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en los Códigos de 1944 y de 1973

Introducción

La exposición de este Capítulo está también realizada siguiendo el criterio cronológico de la legislación penal, pues partimos de la Ley de 12 de marzo de 1942, de la que procede la primera regulación de la inasistencia familiar-conyugal, continuamos con su incorporación al Código penal de 1944 y su reforma de 1963, hasta llegar a la regulación predemocrática del Texto Refundido de 1973. Igualmente introducimos en ella las que consideramos necesarias referencias a la legislación civil sobre la asistencia familiar-conyugal y la evolución de la situación jurídica de la mujer casada.

⁹⁰ DELGADO IRIBARREN, F., *op.cit.*, p.298.

III.- 1. La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en Ley de 12 de marzo de 1942

El Bando de 28 de julio de 1936 (Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional N° 3 de fecha de 30 de julio) declaratorio del estado de guerra, estableció que casi todos los delitos recogidos en el Código penal, de los que hacía una enumeración amplísima, quedaban “sometidos a la jurisdicción de Guerra” y “sancionados por procedimiento sumarísimo”. En cualquier caso, como apuntan LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ “hasta la promulgación de un nuevo Código Penal, siguió “vigente” el Código Penal de 1932, pero el Gobierno del general Franco fue dictando una serie de leyes penales especiales para trasladar sus concepciones al ordenamiento jurídico”⁹¹.

Derogada la Ley de divorcio republicana por la Ley de 23 de septiembre de 1939⁹² y desaparecido, por lo tanto, el delito de impago de pensiones alimenticias derivadas de divorcio, el 12 de marzo de 1942 fue aprobada la Ley “por la que se sanciona el delito de abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, que posteriormente sería incorporada al Código franquista de 1944, con algún cambio que señalaremos. Puede decirse, por tanto, que la criminalización de la inasistencia familiar-conyugal, que no llegó a realizar la República, fue llevada a cabo por vez primera, como delito, por la Ley penal especial de 12 de marzo de 1942, del modo en que vemos a continuación⁹³.

⁹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., *op.cit.*, p.1173.

⁹²Cuyo encabezamiento señalaba que el nuevo Estado Español ya había anunciado “...la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras Leyes el sentido tradicional, que es el católico”.

⁹³También fueron aprobadas como leyes penales especiales en materia familiar, entre otras, la de 11 de mayo de 1942, sobre la “re-incriminación” del adulterio y del amancebamiento, y la de 27 de septiembre de 1942, que amplió el artículo 578 del Código Penal con varias figuras ordenadas a la protección de los menores.

El fundamento de la nueva incriminación, según palabras del legislador en el Preámbulo de la Ley, era:

"El especial interés que al nuevo Estado merece institución tan fundamental como la familia, base insustituible del orden social, no puede permanecer indiferente ante el hecho de su criminal abandono, que si lesiona los vínculos conyugales por la Religión elevados a la categoría de Sacramento, hiere igualmente aquellos otros deberes que la paternidad o la filiación reclaman en el orden mismo del derecho natural como la más sagrada de las obligaciones.

Una sociedad cristiana y un Estado católico no pueden permitir, sin grave quebranto de sus primordiales intereses, esa agresión escandalosa a sus principios básicos, en la que con la desaparición del legítimo hogar concurren muchas veces otras formas graves de la delincuencia dañosas al orden, a la justicia y a la misma economía de la Nación.

Por ello, la mayor parte de las legislaciones penales, singularmente las más recientemente promulgadas, sancionan con severas penas el incumplimiento de estos deberes de asistencia familiar, rectificando saludablemente el criterio de indiferencia que rigió como lógica secuela de sus prejuicios en los regímenes liberales.

No era posible que España, restauradora decidida de los principios religiosos que inspiraron su legislación tradicional, siguiera formando apáticamente entre los Estados aún insensibles a males de tamaña gravedad y a subsanarlo viene esta disposición que, inspirada en las características esenciales de nuestro régimen, sirve radicalmente a los postulados más imperiosos de la moral cristiana"⁹⁴.

⁹⁴ En sentido similar BARREDO DE VALENZUELA A. "El delito de abandono de familia. Glosas a la ley de 1942", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo III, 171 de la Colección, Madrid, 1942, p.378 decía que "en el Derecho natural, y en la moral católica, hemos de fundar filosófica y jurídicamente el nuevo delito creado por esta ley, puesto que, constituido el matrimonio, tanto como contrato cuanto

Como hemos visto, el legislador señalaba asimismo en el Preámbulo de la Ley como ejemplo a seguir el Derecho comparado cuyas legislaciones de entonces mayoritariamente sancionaban con severas penas el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. En este caso la Ley se basó principalmente en el artículo 570 del Código Penal italiano de 1930, cuyo texto decía así:

“Quienquiera que abandonando el domicilio doméstico, o teniendo una conducta contraria al orden o a la moral de la familia, se sustrajere a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legítima, o a la cualidad de cónyuge, será castigado con reclusión hasta un año o con multa de 1000 a 10,000 liras./.../Estas penas se aplicarán conjuntamente al que: 1º. Malversare o dilapidare los bienes del hijo menor, del pupilo o del cónyuge; 2º. Privare de medios de subsistencia a sus descendientes menores, o incapacitados para el trabajo, a los descendientes o al cónyuge del no se halle legalmente separado por culpa de éste./.../ Las disposiciones de este artículo no serán aplicadas cuando el hecho se hallare previsto como delito más grave por otra disposición legal”⁹⁵.

También se basó en el artículo 454 del Código penal

sacramento, como acto voluntario y libre, que crea derechos y obligaciones, no pueden ser éstas omitidas hasta el extremo de abandonarlas, olvidando no ya el respeto mutuo que los cónyuges deben tenerse, sino el amor filial y aquellos deberes que la paternidad reclama como más sagrados”. Para PUIG PEÑA, F., “El delito de abandono de familia” en *Comentarios a las últimas disposiciones penales (Las principales reformas habidas en el Código)*, Edit. J. Schmöll, San Sebastián, 1943, pp.118-119 los fundamentos de la nueva criminalización eran: 1º) la lesión de vínculos que por la religión son elevados a la categoría de Sacramento, “infringiendo uno de los principales preceptos de la moral católica”; 2º) la infracción de deberes del Derecho natural, como la paternidad o la filiación cuyo asiento son los sentimientos más profundos del alma humana; y 3º) el ataque al Estado y la sociedad en sus principios más básicos”.

⁹⁵ *Vid.* CUELLO CALÓN, E., *op.cit.* p.80. En Italia no fue regulado el delito de impago de pensiones derivadas de divorcio por considerar indisoluble el matrimonio.

rumano ⁹⁶ y en los criterios adoptados por la V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal, celebrada en Madrid, en 1933, en la que se impuso la línea de abandono moral o ético, además de económico, que iniciara la legislación italiana, y que posteriormente seguirían legislaciones como la francesa o la alemana, entre otras, que anteriormente se habían decantado por mantener una regulación exclusivamente económica de los abandonos familiares⁹⁷.

La Ley era muy breve: sólo contenía dos artículos en los que se introducía el delito de abandono familiar (artículo 1º) y se reformaban las faltas previstas en el Código Penal de 1932 (artículo 2º).

El artículo 1º decía textualmente:

“El que abandonando maliciosamente el domicilio familiar o a causa de su conducta desordenada dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes de asistencia, inherentes a la patria potestad, a la tutela o a su estado matrimonial preceptuados por las leyes, será castigado con prisión menor en su grado mínimo⁹⁸ y multa de mil a diez mil pesetas.

Estas penas se impondrán en su grado máximo⁹⁹

⁹⁶ En el que se establecía que “el que con intención se ausentare del domicilio familiar, abandonando a todos aquellos respecto de los que tenga un deber de asistencia moral o material proveniente de la patria potestad, de la autoridad, o de la tutela legal, o de la cualidad de esposo, exponiéndoles de este modo a la miseria física y moral, comete el delito de abandono de familia”, *vid.* CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, p.82.

⁹⁷ CUELLO CALÓN, E., *Ibid.* p.32; DIEGO DÍAZ SANTOS, M^a.R. *op.cit.*, p.328 señalaba el influjo doctrinal de GARÇON quien ya en 1914 (en *Revue Penale et de Droit Penitenciaire*, 1914, pp. 46 y ss) mantenía una concepción amplia del delito de abandono de familia al proponer la sanción al esposo que sin motivo legítimo abandonase a su cónyuge o al padre o madre que abandonasen a sus hijos legítimos o naturales menores de 18.

⁹⁸ Prisión de seis meses y un día a dos años y cuatro meses, y multa en toda la extensión, determinable en base a los criterios del artículo 69 del Código de 1932 (circunstancias modificativas y, principalmente, el caudal o facultades del culpable).

⁹⁹ Prisión de un año, ocho meses y veintiún días, a dos años y cuatro meses y multa de 7.001 a 10.000 pesetas, determinable en base a los criterios del

cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para su sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, ascendientes o cónyuges necesitados, a no ser que en éste último caso se hallaren separados por culpa del referido cónyuge.

En todos los casos previstos anteriormente, además de la sanción señalada, podrá imponerse la privación del derecho a la patria potestad, tutela o autoridad marital”.

El artículo 2º de la Ley reformó los números 5º y 6º del artículo 578 del Código Penal de 1932, manteniendo las penas (arresto de 1 a 15 días o reprensión), así como su sistematización como faltas contra las personas, y desde entonces sancionó al “padre de familia que sin descuidar los deberes de asistencia impuestos por la ley respecto de sus hijos no les procure la educación que sus facultades permitan” (apartado 5º) y a “los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria” (apartado 6º). Como decía BARREDO DE VALENZUELA: “no bastaba el que en la legislación vigente a la sazón viniera siendo considerado el abandono como una falta en el Libro III del Código penal, art. 578, núm. 5º y 6º, puesto que aquellas infracciones van en aumento insano, antijurídico y antipatriótico y ha sido preciso elevar el hecho a la categoría que le corresponde y la pena al grado coactivo adecuado, sabiendo a la vez mantener aquellas otras faltas que, sin constituir el hecho penado, suponen también incumplimiento de funciones tutelares...”¹⁰⁰.

A partir de esta Ley penal especial de 1942, muestra importante del proceso de “publicitación” que venimos exponiendo,

mencionado artículo 69: circunstancias modificativas y, principalmente, el caudal o facultades del culpable.

¹⁰⁰ BARREDO DE VALENZUELA, A., *op.cit.*, p.379.

quedó regulada la protección penal de la asistencia familiar-conyugal, fundamentalmente nuclear, a través de un doble delito y de dos faltas.

Entre los distintos referentes de entonces en el Derecho comparado, el legislador optó por un modelo de amplio contenido, según CUELLO CALON “la más amplia de las fórmulas adoptadas para la configuración de esta infracción y de mayor eficacia protectora”¹⁰¹, mientras que para PUIG PEÑA el legislador español optó por un modelo “idealista” frente al “realista”; el primero “de tonos amplios comprensivo así mismo de la violación de los deberes morales y que se recoge en el Derecho italiano y rumano y en la modernísima e importante ley española”, y el segundo “de base pecuniaria característico del Derecho franco-belga, y según el cual el abandono de familia consiste en la violación de las obligaciones económicas que la legislación impone”¹⁰².

La nueva regulación, como es lógico, dio coherencia al conjunto y de este modo quedó establecido el mapa de las infracciones de inasistencia familiar-conyugal que duraría hasta la reforma de 1989, con algunas modificaciones.

El doble delito fue regulado a través de dos conductas menos graves y a través de otra conducta de carácter más grave. Tal como estaba redactado el texto legal dio pie, desde un principio, a dos interpretaciones distintas: la que entendía que en los párrafos 1º y 4º se regulaban dos tipos autónomos y la que distinguía entre el tipo básico del párrafo 1º y el agravado del párrafo 4º, lo que, según esta segunda interpretación, implicaba la concurrencia añadida de los requisitos del tipo básico junto a los suyos propios. En el primer caso el delito podía cometerse a través del abandono malicioso (la salida

¹⁰¹ CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, p.32.

¹⁰² PUIG PEÑA, F., *op.cit.*, p.118 (Nota 4).

prolongada y voluntaria) del domicilio familiar que fuese causa del incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, como los de alimentos y educación respecto a hijos y pupilos o el de mutua asistencia conyugal (artículo 56 del Código civil), además del deber de convivencia para padres y madres respecto de los hijos y entre los cónyuges, aunque no así para los tutores en relación a sus pupilos¹⁰³. El incumplimiento de los deberes señalados también podía ser el efecto de una conducta desordenada, sin abandono físico del hogar familiar¹⁰⁴. La conducta delictiva más grave consistía en dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a los descendientes menores o incapaces para el trabajo, a los ascendientes (a los que se introdujo *ex novo* en la protección penal) o a los cónyuges (cuando no se hallasen separados por su culpa), siempre que estuviesen necesitados. En cualquier caso, el sujeto activo, la persona obligada, debía poder cumplir con sus obligaciones.

Como falta se reguló la conducta del “padre de familia” que no procurase a sus hijos la educación que sus facultades le permitían, sin descuido de los deberes legales de asistencia, por lo que a partir de entonces quedaron delimitadas las infracciones, correspondiendo al delito los incumplimientos asistenciales o el abandono y a la falta el no procurar la educación posible (a diferencia de la regulación anterior en la que se identificaban abandono y no procurar la educación posible)¹⁰⁵. También quedaba regulada como falta la conducta de los

¹⁰³ BARREDO DE VALENZUELA, A., *op.cit.*, p.383.

¹⁰⁴ Como ejemplos de “conducta desordenada” se señalaban la holgazanería, la embriaguez, el juego, la chulería, los manejos ocultos o delictivos, la convivencia inmoral, el adulterio más o menos consentido, la explotación de la mujer e hijos, “y en fin, cuantas inmoralidades pueda señalar una conducta que la ley con amplitud llama desordenada, aún sin abandono del domicilio familiar”, BARREDO DE VALENZUELA, A., *Ibid.*, p. 383.

¹⁰⁵ Según BARREDO DE VALENZUELA cometía la falta “no ya el culpable de

tutores o encargados de los menores de dieciséis años que desobedecían los preceptos sobre instrucción la primaria obligatoria, haciendo desaparecer de la falta la antigua redacción de “que abandonen el cuidado de su persona”, que a partir de entonces constituía delito.

A efectos penológicos cabe destacar la severidad de las penas correspondientes al delito, en especial la de prisión, hasta el punto de que, como veremos, el Código Penal de 1944 la rebajaría; las penas de las faltas eran las previstas en el Código Penal de 1932: de 5 a 15 días de arresto o reprensión.

Hoy llama la atención la sanción potestativa y complementaria de “privación de la autoridad marital”, ya que, aunque coherente con el entonces vigente artículo 57 del Código civil, por el que el marido ostentaba el derecho de la autoridad marital y la mujer tenía el deber de obediencia, lógicamente si el marido no prestaba a su mujer la asistencia debida el Código penal permitía a los jueces eximir a la víctima de tener que obedecer al sujeto activo del delito.

En materia de perseguibilidad las figuras fueron reguladas como infracciones públicas, perseguibles de oficio, lo que pasaría al Código penal de 1944, siguiendo la lógica extendida en la época a nivel de Derecho comparado y explicitada por DIEGO DIAZ-SANTOS cuando decía: “si el abandono sólo fuese perseguible a instancia de parte, raras veces sería objeto de persecución penal, pues el temor a descubrir, con el escándalo consiguiente, intimidades de la vida de familia, sería causa

abandono, elevado a la categoría de delito, sino todo aquel que, aun sin descuidar los deberes paterno-filiales, que también de descuidarlos serían delitos, no procurare a sus hijos la educación que sus facultades le permitan”, BARREDO DE VALENZUELA, A., *Ibid.*, p.387. En el mismo sentido *vid.* PUIG PEÑA, F., *op.cit.*, p. 133.

de que el hecho no fuera denunciado”¹⁰⁶.

En definitiva, la Ley de 12 de marzo de 1942 vino a proteger penalmente, por primera vez y en términos estrictos, la seguridad de determinados familiares asociada a los derechos de asistencia familiar-conyugal, pero también puede decirse, dados sus perfiles, que vino a proteger a la familia misma (¿en crisis?)¹⁰⁷, entendida en un sentido tradicional, como modelo predominantemente nuclear-conyugal y, de nuevo tras la guerra civil, jerárquico y desigual entre los cónyuges; aquella familia era valorada en sentido institucional y grupal (más que personal) y fue además considerada como un elemento esencial de la estructura política del Estado franquista y de su modelo ideológico-religioso¹⁰⁸, en el que el matrimonio volvía a ser un sacramento indisoluble y en el que, consecuentemente, los derechos de asistencia económica postmatrimonial dejaron de existir, así como la criminalización de su incumplimiento.

A lo dicho añadimos con DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO que, “en la actualidad, constituiría una simplificación negar oportunidad a la defensa de los intereses que a través de este precepto se tratan de proteger, utilizando como simple argumento el origen ideológico del precepto”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R., *op.cit.*, p.344.

¹⁰⁷ Desde entonces y durante años quedó abierta la doble línea de interpretación en torno al bien jurídico protegido en el delito de abandono familiar: los derechos de asistencia y la familia misma, *vid.* BELLO LANDROVE, F., *op.cit.* pp.384-385, quien sitúa en la 2^a opción señalada a la mayoría de la doctrina de la época.

¹⁰⁸ *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op.cit.* p.89 y 93 y ss. y BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.180 y ss; en relación a la influencia de la Iglesia católica en la Política criminal de la época, *vid.* BERISTAIN IPIÑA, A. "Delitos contra la familia y la moralidad sexual", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964 p.313.

¹⁰⁹DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “Los delitos contra las relaciones familiares”, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II*, M. BAJO FERNÁNDEZ y

III.- 2. La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en el Código Penal de 1944 y la reforma del Texto Revisado de Código Penal de 1963

III.- 2. a. La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial en el Código Penal de 1944

La Ley de 19 de julio de 1944 autorizó al Gobierno publicar un nuevo Texto Refundido del Código Penal. Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprobó el Texto Refundido de Código Penal de 1944, que fue promulgado mediante su publicación en el B.O.E de 13 de enero de 1945¹¹⁰ y entró en vigor el 3 de febrero de 1945, a los 20 días de su publicación.

En el citado Decreto encontramos de nuevo la identificación del Estado y el Derecho penal con la religión y el régimen político, pues en su Exposición de Motivos se decía que “el Código de delitos y penas y la Ley de Prisiones significan el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de la moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del cristianismo y el sentido católico de la vida”. En cualquier caso, como dicen BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, el Código Penal de 1944 mantuvo al menos formalmente el principio de legalidad pero fue “un duro Código dirigido a proteger exacerbadamente las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de una determinada

otros, Edit. Ramón Areces, 1998, p.322. Presentando los argumentos a favor y en contra de la incriminación del abandono familiar *vid.* BELLO LANDROVE, F., *op.cit.* pp.379 y ss y BERISTAIN IPIÑA, A., "Protección penal de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia", en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, pp.209 y ss.

¹¹⁰ Acorde con la vieja redacción del artículo 1º, párrafo 2º del Código civil que equiparaba promulgación y publicación.

clase social”¹¹¹.

Con 604 artículos y una sistemática de tres Libros, el I° de “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”, el II° relativo a los “Delitos y sus penas” y el Libro III° “De las Faltas y sus penas”, el Código incorporó numerosas figuras delictivas que se habían ido regulando a través de leyes penales especiales, lo que aconteció con el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o abandono de familia de la mencionada Ley de 1942, pero con algunas diferencias.

En el Código la inasistencia familiar-conyugal quedó regulada a través de los delitos del artículo 487 y de las faltas del artículo 584,5° y 6°. Los delitos fueron insertados en el mismo Capítulo III relativo al “abandono de familia y abandono de niños” del Título XII de los delitos “contra la libertad y la seguridad”, junto a los delitos de sustracción de menores y abandono de niños (artículos 488 y 489) y desde entonces mantendrían esta posición sistemática hasta la entrada en vigor del Código Penal 1995.

El texto original del artículo 487 era el siguiente:

“Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, 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

¹¹¹ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., *op.cit.*, p.1176.

desordenada.

Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento, a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto al último que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.

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

Como falta contra las personas el artículo 584 sancionó con arresto menor¹¹² o multa de 50 a 500 pesetas, o reprensión privada, además de la posibilidad de suspensión en el ejercicio del derecho de guarda y educación del menor, a:

“los padres de familia que dejaren de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada, así como los que no procuren a sus hijos la educación que su posición y medios permitan” (párrafo 5°).

Y con igual pena sancionaba a

“los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre la instrucción primaria obligatoria o dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior” (párrafo 6°)¹¹³.

¹¹² Con una duración de 1 a 30 días.

¹¹³ Se sancionaban igualmente otras conductas de padres, tutores o encargados de la guarda de los menores de dieciséis años como la embriaguez de éstos imputable a descuido o abandono (párrafo 8°), su detención por mendicidad, vagancia o por pernoctar en parajes públicos, salvo prueba de ser ajenos a tales hechos (párrafo 10°), o cuando los obligasen directa o indirectamente a mendigar (párrafo 11°),

En la incorporación de la Ley de 1942 al Código penal de 1944 pueden constatarse algunas diferencias a destacar:

1. Además de una redacción menos apegada que la de 1942 al texto italiano que le sirvió de inspiración¹¹⁴, puede observarse un cambio en la denominación de los delitos, ya que, mientras en la Ley era “abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, en el Código fue sólo “abandono de familia”, para poder incluirlo junto al “abandono de niños”¹¹⁵.

2. En las faltas cabe resaltar mayores cambios, puesto que mientras que en la regulación de 1942 sólo se sancionaba al padre de familia que, sin descuidar los deberes legales de asistencia, no procurase a sus hijos la educación que sus facultades le permitían, en el artículo 584, 5º del Código de 1944 la conducta incriminada comenzó a ser la de los padres de familia que dejasen de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad “por motivos diferentes a los previstos en el delito” (abandono malicioso del domicilio familiar y conducta desordenada) y la de aquellos que no procurasen a sus hijos una educación acorde a su posición y medios. De este modo, a partir de 1944, se regularon como falta dos conductas distintas, la del incumplimiento asistencial por motivos diferentes a los del delito y la de no aportar la educación a los hijos, según los posibles y, además, se desdibujó la delimitación que había hecho la Ley de 1942, entre el delito y la falta, al considerar como infracción menor el incumplimiento de los deberes de asistencia, aunque por razones diferentes a las previstas para el delito (figura

pudiendo ser por ello también suspendidos en el ejercicio del derecho a la guarda y educación del menor.

¹¹⁴ Vid. DÍAZ-SANTOS, M^a R., *op.cit.* p.329.

¹¹⁵Aunque para CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, p.15 y para BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op.cit.*, pp.4-5, hubiera sido más acertada la de “violación de las obligaciones de asistencia familiar”, lo cierto es que ha perdurado hasta el presente.

residual o subsidiaria). Igualmente se añadió la conducta de tutores o encargados de un menor de dieciséis años cuando dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda por motivos diferentes al abandono malicioso y a la conducta desordenada a la de desobedecer los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria (párrafo 6º).

3. Las diferencias más notables entre la regulación de la Ley y la del Código recayeron, sin embargo, en las penas, que se rebajaron para los delitos y se aumentaron para las faltas.

La pena del delito menos grave cambió de prisión menor en su grado mínimo (de seis meses y un día a dos años y cuatro meses) y multa de mil a diez mil pesetas a la pena de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) y multa de mil a cinco mil pesetas. La pena del tipo más grave, prisión menor en el grado máximo de su grado mínimo (de un año, ocho meses y veintiún días, a dos años y cuatro meses) y multa de siete mil una a diez mil pesetas fue cambiada por la pena de arresto mayor en su grado máximo (de cuatro meses y un día a seis meses) y por la pena específicamente agravada de multa de cinco mil a diez mil pesetas.

Las penas de las faltas aumentaron y se diversificaron al pasar de arresto de 1 a 15 días o reprensión a arresto menor (de 1 a 30 días) o reprensión o multa de cincuenta a quinientas pesetas.

Como en la Ley de 1942, cabía interpretar que el precepto contenía dos y hasta tres modalidades distintas de un mismo delito, pero también que en él estaban regulados dos tipos delictivos distintos, el primero de ellos con dos modalidades de conducta. La diferencia radicaba en la exigencia de los requisitos del tipo básico, previsto en el párrafo 1º, para la aplicación del subtipo agravado del párrafo 4º, según la primera interpretación, o en su no exigencia,

según la segunda¹¹⁶.

El delito menos grave seguía consistiendo en dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio” debido al “abandono malicioso” (salida prolongada y voluntaria) del domicilio familiar o a “conducta desordenada” (sin abandono físico del hogar)¹¹⁷. Podía, por tanto, apreciarse cuando, mediante el abandono o la conducta desordenada, se incumplían los deberes mencionados, pero no cuando, pese al abandono (generalmente de la mujer y casi siempre de los hijos), no se incumplían, ni cuando la conducta desordenada no era la causa de la inasistencia¹¹⁸. El delito más grave consistía en dejar de prestar, pudiendo hacerlo, “la asistencia indispensable para el sustento” a los descendientes menores o incapaces para el trabajo, a los ascendientes o a los cónyuges (no separados por su culpa) siempre que estuviesen necesitados.

¹¹⁶Mientras que la interpretación adoptada por la jurisprudencia de entonces fue la de entender el párrafo 4º como un tipo agravado del párrafo 1º, la doctrina penal mantenía la posición contraria; *vid.* CUELLO CALÓN, E., *op.cit.* pp.35 y 45, para quien eran dos delitos distintos los regulados en el artículo 487, diferenciados por el tipo de inasistencia punible (moral y económica en el párrafo 1º y sólo económica en el párrafo 4º), por los sujetos, los elementos delictivos y las penas (añadía que esta interpretación dificultaba la impunidad de los incumplimientos más graves, *Ibid.*, p. 56-57 y 44) y FERRER SAMA, A., *El delito de abandono de familia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1946, pp.42-44 y "Abandono de familia", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T.II, Barcelona, 1950, p.30, para quien se trataba de dos delitos distintos por el carácter de las prestaciones y los diferentes sujetos afectados. En sentido similar, respecto del Código de 1973, *vid.* BUSTOS PUECHE, J.E., "Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código Penal (abandono de familia)", *Anuario de Derecho Penal*, 1978, pp.627 y ss.

¹¹⁷ Comprendía, según DIEGO DÍAZ-SANTOS, Mª R., *op.cit.*, p.339 (citando jurisprudencia) “todas aquellas actuaciones como la de holgazanería, embriaguez, juego, chulería, convivencia inmoral con otras personas, o explotación de la esposa o hijos, que origina una situación de desamparo, aunque no se abandone materialmente el domicilio familiar”; en sentido similar, CUELLO CALÓN, E., *op.cit.* pp.46.

¹¹⁸ Lo que daba pie a poder apreciar la falta prevista en el artículo 584.

Para conocer cuáles eran “los deberes legales de asistencia” familiar-conyugal a los que hacía referencia el artículo 487 del Código penal, era preciso acudir al Código civil, en el que estaban regulados entre el conjunto de obligaciones y derechos familiares, con propias sanciones para sus incumplimientos¹¹⁹. Por ello, se trataba de una norma penal en blanco.

En el ámbito civil, los deberes legales derivados de la “patria potestad” que ejercía el padre “y en su defecto la madre” respecto de los hijos (artículos 154 y 155 del Código civil) eran: el de educación e instrucción con arreglo a la propia fortuna, el de alimentos (artículos 142 y siguientes¹²⁰) y el de convivencia, en relación a los hijos no emancipados, dado que el artículo 155 obligaba a “tenerlos en su compañía”¹²¹, además del de representación, administración, y enajenación de bienes, corrección y castigo moderados. Las sanciones previstas para los incumplimientos eran, entre otras, la suspensión o la privación de la patria potestad, aparte de la acción por alimentos y de la causa justa de desheredación prevista en los artículos 853 y 854 del Código civil¹²².

¹¹⁹ Sanciones que, según CUELLO CALÓN, *op.cit.*, p.11, habían fracasado en todas partes, por lo que ante la “impotencia del Derecho civil”, se había buscado la intervención penal; *vid.* en sentido similar BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op.cit.*, pp.27 y ss., FERRER SAMA, A., *El delito...cit.* pp.10 y ss. y “Abandono de familia” *cit.*, pp.16 y ss. y QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Incumplimiento de las obligaciones civiles sancionado criminalmente”, *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp.728 y ss.

¹²⁰Para los hijos legítimos, legitimados por concesión real, naturales reconocidos y adoptivos.

¹²¹ Por no estar bajo la patria potestad, este deber se excluía respecto de los hijos ilegítimos, mientras que, respecto de los hijos naturales reconocidos y adoptivos, el deber afectaba sólo al padre o a la madre que los hubiese reconocido o adoptado.

¹²²Los deberes legales de asistencia de las relaciones tutelares (sustitutivas de la patria potestad) consistían, según los artículos 264 y ss. del Código civil, en procurar a los pupilos alimento, educación y capacitación profesional, en representarles y administrar diligentemente su caudal, sin tener el deber convivencia con los menores no emancipados; los incumplimientos eran sancionados fundamentalmente con la privación o la suspensión del cargo de tutor/a.

Los “deberes legales de asistencia derivados del matrimonio”, que estaban regulados en los artículos 56 y siguientes del Código civil, eran los de mutuo socorro (incluyente de los alimentos de los artículos 142 y siguientes) y el deber de protección a la mujer por parte del marido¹²³, a los que se añadían los deberes de convivencia¹²⁴ y fidelidad, al entender que los deberes de alimentos, socorro y protección no podrían “tener nunca verdadera efectividad si no se apoyasen en el deber de vida en común y en el de fidelidad”¹²⁵. El incumplimiento de las obligaciones mencionadas podía conllevar el divorcio no vincular (artículo 105 del Código civil) y también la acción de alimentos, teniendo en cuenta que, ante el incumplimiento específico del deber de fidelidad cabía alegar, de nuevo, (además de justa causa de divorcio no vincular) delito de adulterio o de amancebamiento¹²⁶.

Las dificultades a la hora de delimitar y de restringir las infracciones penales respecto de los incumplimientos civiles

¹²³ En correspondencia con el de obediencia de la mujer al marido. Según BELTRÁN DE HEREDIA J., *op.cit.* p.14 el de protección era un deber u obligación mayor para el jefe de familia que el de obediencia para la mujer ya que dicha obligación llevaba “consigo no sólo el deber de protección en sentido estricto, sino, además, el de amparo y asistencia de todo orden, proporcionándole todo aquello que sea necesario para la vida, tanto de orden material como de carácter moral”; ilustraba con jurisprudencia la interpretación del Tribunal Supremo cuando decía que: “en las situaciones normales del matrimonio la obligación alimenticia corresponde al marido, quedando dicha obligación absorbida en el “deber absoluto y más amplio” que a aquél corresponde como jefe de la familia”, BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Ibid.*, p.21.

¹²⁴ Según el artículo 58 del Código civil la mujer estaba obligada a seguir al marido allá donde éste quisiese fijar su residencia, salvo que lo hiciera a ultramar o a un país extranjero; el deber desaparecía en los casos de divorcio no vincular.

¹²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op.cit.*, p.12; CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, pp.49 y ss y FERRER SAMA, A., *El delito...cit.*, pp.27 y ss y “Abandono...”, *cit.*, pp.23-24.

¹²⁶ El Código civil regulaba como asistencia derivada de la nulidad y del divorcio no vincular (artículo 104) el pago de los alimentos “a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre” (artículo 68,4º) y “la conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos” (artículo 73,5º).

procedían, sobre todo, de la amplitud con la que el párrafo 1º del artículo 487 remitía a “los deberes legales de asistencia”¹²⁷, además de la vaguedad de la modalidad delictiva de “conducta desordenada”¹²⁸; todo ello permitió poder entender (como se hizo) la protección penal de la asistencia, no sólo en su dimensión material o económica más restringida, sino también en un sentido ético (moral o espiritual, según la terminología de la época) de alcance mucho más amplio.

Desde entonces quedó abierta una doble vía interpretativa de la inasistencia familiar del párrafo 1º del artículo 487 en relación a los cónyuges (también respecto de los hijos y pupilos) siguiendo la pauta de los modelos italiano y franco belga, respectivamente:

1. Por un lado, la interpretación amplia, compartida por un sector de la doctrina, según la cual la inasistencia familiar comprendía tanto los aspectos morales como los materiales¹²⁹; fue

¹²⁷ Pudiendo añadirse con DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M^a, *La figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Ensayos penales 5, Madrid, 2005, p.20 que “bajo la sanción de tales deberes asistenciales dimanantes de la institución matrimonial se traslucía, como auténtica motivación, el desafortado afán tuitivo del legislador hacia la mujer, concebida, incluso normativamente, como miembro de la unión necesitado de especial protección por su particular debilidad y su papel secundario en el orden social”, p.20.

¹²⁸ Lo que daba pie a considerar el delito de abandono cuando había adulterio o amancebamiento, para CUELLO CALÓN, E., *op.cit.* pp.47-48 en concurso real sólo si eran la causa de la inasistencia, mientras que para FERRER SAMA, A., “Abandono...”, *cit.*, pp.24-25 en tales casos había un mero conflicto de leyes a favor de los mencionados delitos contra la honestidad, de pena más grave (y de perseguibilidad privada); para este último los malos tratos entre cónyuges constituían un incumplimiento de la asistencia matrimonial que podían entrar en concurso ideal con el abandono, FERRER SAMA, A., *Ibid.* p.26.

¹²⁹ Cubriendo el incumplimiento de los deberes de protección del marido y de socorro mutuo, de fidelidad y de convivencia, entendidos como afecto, respeto y cuidados relativos a todas las esferas de la vida, aunque BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op.cit.*, pp.20 y ss y p.34 y CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, pp.49 y ss. excluían, con acierto, la prestación sexual entre los cónyuges, por considerarla un deber moral a saldar con la propia conciencia, como lo hacía también FERRER SAMA, A., “El delito...” *cit.*, p.35.

también la posición mantenida por la jurisprudencia de la época que se caracterizó por haber otorgado un alcance muy amplio al párrafo 1º del artículo 487, con fuertes connotaciones morales¹³⁰.

2. Y por otro, la interpretación más restrictiva, que entendía la inasistencia en un sentido exclusivamente económico-material (alimenticio), teniendo en cuenta la imposibilidad para el Derecho de penetrar en las relaciones íntimas del hogar y la dificultad probatoria¹³¹.

En contraposición a los alimentos regulados en los artículos 142 y siguientes del Código civil para los descendientes, cónyuges, ascendientes y hermanos, “la asistencia indispensable para el sustento” a la que hacía referencia el párrafo 4º del artículo 487 del Código penal, no estaba expresamente regulada en el Código civil¹³², por lo que fue interpretada como un mínimo alimenticio de fundamento (la solidaridad) y finalidad (asegurar la subsistencia a determinados familiares, asegurando sus medios de vida en la medida en que no pudieran obtenerlos por sí mismos) idénticos a los de los alimentos, pero con un contenido y unos límites distintos, más

¹³⁰ Vid. CASTEJÓN, F., *Jurisprudencia del artículo 487 en Leyes de España*, conforme a los textos originales, 10ª edic., Edit. Reus, Madrid, 1947 pp.390 y ss. e HIJAS PALACIOS, J., “El delito de abandono de familia, breve estudio del artículo 487 del Código penal”, *La Ley*, 7 de marzo de 1986, pp.1168 y ss; en sentido crítico, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., op.cit., pp.88 y ss. y señalando que la jurisprudencia llegó en ocasiones a criminalizar comportamientos exclusivamente inmorales, LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono de familia e impagos de pensiones*, Edit. Tirant lo Blanch, valencia, 2001, p.12; también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.Mª, op.cit., p.21.

¹³¹ Vid. CUELLO CALÓN, E., op.cit. p.50, citando a civilistas como CASTÁN, MANRESA o VALVERDE; y entre los penalistas vid. BERISTAIN IPIÑA, A., “Protección penal...” cit., pp.226-227 y por A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal* (argumentado la dificultad probatoria), cit. por GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “El abandono de familia, cuestiones de política criminal”, en *Estudios penales*, I, Santiago de Compostela, 1977, p.234.

¹³² Aunque si lo estaba la obligación de “alimentos necesarios” para los hijos ilegítimos no naturales (artículo 139 del Código civil).

restringidos, pues era entendida como cobertura de lo estrictamente necesario para vivir, sin tener en consideración, a diferencia de los alimentos, ni el nivel socio-económico de la familia, ni la proporcionalidad en la cuantía entre los medios de quien los daba y la necesidad del alimentista¹³³.

Creemos importante añadir que la asistencia económica familiar-conyugal fue considerada desde un principio como una cuestión de orden público o derecho necesario, lo que hizo que fuera entendida en un sentido no exclusivamente patrimonial ni como un derecho de crédito, sino como un conjunto de deberes especiales que podían llegar a desaparecer si la fortuna de la persona obligada se reducía hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender las propias necesidades y las de su familia (artículo 152)¹³⁴.

De este modo quedó consolidada para largos años la figura del delito de inasistencia familiar-conyugal que mayoritariamente fue entonces comprendida como protectora de la familia¹³⁵, según el

¹³³ Los alimentos consistían en la cobertura del sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y la educación e instrucción en el caso de menores de edad, siempre según la posición social de la familia y guardando una proporcionalidad entre los medios de quien los daba y la necesidad del alimentista. Podían concretarse (artículo 149) teniendo en la propia casa al alimentista necesitado y satisfaciendo sus necesidades dentro de la propia vida familiar o bien pagándole determinada cantidad en concepto de pensión alimenticia. El derecho era exigible desde que surgía la necesidad para subsistir, pero sólo se abonaba desde la fecha de interposición de la demanda (artículo 148) y estaba regulado, entre otras características, como un derecho no renunciable ni objeto de compensación (salvo en el caso de las pensiones alimenticias atrasadas) ni transmisible (salvo el derecho a demandarlas).

¹³⁴ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op.cit.* p.22 y 29 (citando Jurisprudencia en el sentido indicado).

¹³⁵ Como señalamos en la Nota 107, esta era la posición mayoritaria de la doctrina, *vid.* BELLO LANDROVE, F., *op.cit.*, pp.384-385 y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^aR., *op.cit.*, pp. 330-331; destacamos a BERISTAIN IPIÑA, A., "Protección penal"...*cit.*, p.214 para quien el objeto de protección no era tanto la asistencia familiar sino "la existencia" de la familia. Paulatinamente se iría creciendo la línea interpretativa de la seguridad personal asociada a los derechos de asistencia económica dentro de

modelo de a época.

Junto a los señalados se consolidaron por entonces, dentro del reiterado proceso de “publicitación” del Derecho de familia, otros delitos contra las relaciones familiares como los relativos al “estado civil de las personas” (Título XI): los relacionados con la filiación (suposición de partos y usurpación del estado civil) y con el matrimonio (matrimonios ilegales y bigamia, en los artículos 471 y siguientes) en protección de la unidad matrimonial (monogamia), estableciendo la condena adicional para el contrayente doloso de dotar, según su posibilidad, “a la mujer” que hubiere contraído matrimonio de buena fe (artículo 479).

Como hemos avanzado, el incumplimiento *per se* del deber matrimonial de fidelidad volvió a ser incriminado¹³⁶ y, de este modo, el adulterio y el amancebamiento volvieron a ser delitos a partir de otra Ley de 1942, de 11 de mayo, que fue también incorporada al Código de 1944. Fueron regulados como “delitos contra la honestidad” en los artículos 449 a 452, continuando como tales hasta su descriminalización en 1978.

Acogiendo el criterio de equiparación de las penas y en materia de perseguibilidad, volvieron a ser regulados de un modo

las relaciones familiares, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *op.cit.*, pp.93 y ss y CARBONELL MATEU, J.C., “Consideraciones en torno al delito de abandono de familia”, en *Comentarios a la legislación penal*, M. COBO DEL ROSAL Dir. y M. BAJO FERNÁNDEZ Coord., V, Vol. 2, Madrid, 1985, pp.1037-1039. No faltó quien ya en 1977 propuso la descriminalización, *vid.* GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *op.cit.*, pp.222 y ss.

¹³⁶O como decía COBO DEL ROSAL en referencia al adulterio, “la exclusividad sexual del marido”, que detentaba una especie de monopolio sexual con respecto a la mujer, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y CASABÓ RUIZ, J.R., “Aspectos penales de la protección familiar”, en *Protección jurídica de la familia*, Anales de Moral Social y Económica, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, p.533 del coloquio.

diferenciado en cuanto a las exigencias típicas para maridos y mujeres, prescindiendo esta vez de la referencia a los efectos penales de la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio. Mientras que el artículo 449 sancionaba a la mujer casada que cometía adulterio por yacer con varón que no fuera su marido (bastaba una sola vez) con la pena de prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años), el artículo 452 permitía imponer la misma sanción al marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella. Ambos delitos sólo eran perseguibles a instancia de parte, previa querrela y nunca si hubiese habido consentimiento o perdón. Cabía, además, la remisión de la pena impuesta.

A través del artículo 428 volvió a otorgarse el tratamiento privilegiado a los maridos que, sorprendiendo a su mujer en adulterio, la matasen (uxoricidio) (o a su amante o a los dos) o les causasen lesiones, puesto que en el primer caso sólo podía ser sancionado con la pena de destierro y en el segundo (dependiendo de la gravedad de las lesiones) o bien era sancionado con la pena indicada (lesiones graves), o bien quedaba exento de pena¹³⁷.

III.- 2. b. La reforma del Texto Revisado de Código Penal de 1963

Entre 1944 y 1973 la inasistencia familiar-conyugal tuvo una reforma en materia de procedibilidad y de perdón y se sucedieron

¹³⁷ Como falta contra las personas continuó siendo regulada en el artículo 583, discriminatoriamente aunque con igual pena (arresto menor de 5 a 15 días y reprensión privada) la conducta de los maridos que maltratasen a sus mujeres aun sin lesionarlas y la de las mujeres que maltratasen de palabra o de obra a sus maridos, lo que posteriormente sería objeto de crítica por RODRÍGUEZ RAMOS, L. en "Notas sobre la futura protección de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, I, 1979, esp. p.63. No se reproducía, sin embargo, la exención de pena prevista para los maridos que descubrieran los secretos guardados por sus esposas.

algunas reformas civiles relacionadas con el matrimonio y la situación en él de la mujer, que quisiéramos resaltar, además de la supresión en el ámbito penal del trato privilegiado en el *uxoricidio*.

La reforma penal fue llevada a cabo por el Decreto 168/1963, de 24 de enero, que desarrolló la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de Bases para la revisión parcial del Código Penal y otras Leyes penales.

Respetando la numeración, ubicación y el contenido de los delitos y de las faltas de inasistencia familiar-conyugal, la modificación introducida por la reforma fue, además de la actualización de las cuantías de las penas de multa¹³⁸, la conversión del delito en semipúblico, incluyendo la regulación del perdón como causa de extinción de la acción penal y de la pena.

Para la reforma en materia de perseguibilidad y perdón se añadió un último párrafo al artículo 487 que decía así:

“El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales”.

Se modificó, por tanto, la perseguibilidad de un delito concebido y regulado hasta entonces con carácter de público, convirtiéndolo en un delito semiprivado, perseguible a instancia de

¹³⁸ La cuantía de la multa del párrafo 1º del artículo 487 pasó a ser de cinco mil a veinticinco mil pesetas (antes de mil a cinco mil) y la del párrafo 2º, de cinco mil a cincuenta mil (antes de cinco mil a diez mil). En las penas de las faltas la única modificación realizada por la reforma fue la actualización de la de multa que pasó a ser de doscientas cincuenta a dos mil pesetas (antes de cincuenta a quinientas pesetas).

parte, por querrela de la persona agraviada, salvo persecución de oficio del Ministerio Público en los supuestos de desvalimiento de la persona agraviada, según la interpretación más generalizada¹³⁹.

Pese al consenso habido en los orígenes de la incriminación de los delitos de inasistencia familiar-conyugal como públicos, perseguibles de oficio, siguiendo el ejemplo del Derecho comparado, como dice BELLO LANDROVE, la privatización o semiprivatización fue el fruto de una fuerte corriente de opinión en la que influyeron teóricos y prácticos del Derecho penal y “tiene una clara explicación familiar, en el deseo de no hacer del delito un elemento perturbador de la intimidad y capacidad de reacción de la familia. No obstante, la persecución a instancia de parte presenta puntos críticos, en los cuales el abstencionismo estatal puede tener graves consecuencias”, como las que podrían derivarse de privatizar la persecución del abandono del párrafo segundo¹⁴⁰. Para COBO DEL ROSAL y CASABÓ RUIZ el Código ofrecía una respuesta equilibrada entre el derecho de los familiares a la persecución del delito con el fin de que la persona ofendida no quedase desamparada, “pero también deja en sus manos la capacidad de decidir en uno u otro sentido a la vista del posible mal que pueda reportar la publicidad propia de todo proceso penal”¹⁴¹.

Al ser configurados como figuras delictivas semiprivadas resultaba de aplicación el artículo 443 en cuanto a la regulación del

¹³⁹ BELLO LANDROVE, F., *op.cit.*, p.398 y DIEGO DÍAZ-SANTOS M^aR., *op.cit.*, p.344, quien destacaba la “privatización” de los delitos siguiendo dos modelos: uno totalmente privado y otro cuasi-privado que fue el elegido por la reforma.

¹⁴⁰ BELLO LANDROVE, F., *op.cit.*, p.397.

¹⁴¹ COBO DEL ROSAL, M. y CASABO RUÍZ, J.R., *op.cit.*, p. 510.

perdón como causa de extinción de la acción penal y de la pena impuesta o en ejecución.

Aunque la regulación entera del perdón, que podía ser expreso o presunto, era nueva, lo más novedoso fue la introducción por la reforma del llamado perdón tácito o presunto para los casos de restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales¹⁴².

Con LAURENZO COPELLO puede concluirse que con las reformas penales en materia de procedibilidad y de perdón del ofendido quedó reflejada la específica finalidad protectora de la institución familiar clásicamente atribuida a los tipos de abandono de familia, de modo que ambos requisitos (de los que aún se conserva la denuncia) “encontraban su explicación en la necesidad de asegurar que una medida punitiva destinada a fortalecer los lazos familiares no supusiera precisamente una traba para la reconciliación y consecuente continuación de la vida en común”¹⁴³.

Quisiéramos destacar la supresión en esta reforma del trato privilegiado a los maridos en el uxoricidio y en las lesiones causados por el marido a su mujer adúltera (y a su amante), como muestra importante de la paulatina evolución del trato igualitario de los cónyuges en el Código penal. Aunque ya había sido ya propuesta por la

¹⁴² En tono crítico DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^aR., *op.cit.*, p.345 decía que “un fenómeno de denuncias-perdones sucesivos y encadenados que convierte a los Tribunales de Justicia, en más casos de los deseables, en un instrumento al servicio de los vaivenes conyugales, presentando un panorama poco serio en consonancia con la naturaleza de la función judicial”, mientras que BELLO LANDROVE F., *op.cit.*, p.398 se pronunciaba más favorablemente al decir que “los evidentes peligros del perdón se dulcifican en el presunto, por lo que este tiene de práctico y operante, además de por las facultades del Tribunal que lo haya de aprobar en los casos de existencia de hijos del matrimonio abandonados”.

¹⁴³ LAURENZO COPELLO, P, *Los delitos...cit.*, p.15.

Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de Bases para la revisión parcial del Código Penal y otras leyes penales, argumentando superfluidad¹⁴⁴, fue finalmente suprimido uno de los preceptos penales históricamente más discriminatorios y más polémicos¹⁴⁵.

En materia matrimonial cabe también destacar la firma del nuevo Concordato entre España y la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953 y ratificado el 27 de octubre, por el que el Estado español reconocía los efectos civiles del matrimonio canónico, así como la competencia de la Iglesia en materia matrimonial. Su artículo 23 establecía el reconocimiento por el Estado español de plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico y, en su artículo 24, se reconoció la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad y separación de los matrimonios canónicos. Con ZANON MASDEU puede decirse que “como consecuencia del Concordato de 1953 se hacía necesario poner la legislación civil de acuerdo con la canónica en materia matrimonial. Si bien en un principio tenía vigencia la orden de 1941 que obliga al matrimonio canónico a todos los bautizados, y limita el matrimonio civil a sólo los no bautizados, con posterioridad se va implantando un régimen de tolerancia que representaría, en su día, el establecimiento en España de un sistema matrimonial de carácter facultativo”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Señalado por GIMBERNAT ORDEIG, E., *op.cit.*, p.79, pues la propia Ley de Bases que lo derogó indicaba la posibilidad de aplicar la legítima defensa del honor mancillado.

¹⁴⁵ Decía PEREDA que difícilmente se encontraría “un artículo que, a lo largo de nuestra legislación penal haya dado lugar a más discusiones”, *cit.* por VAELLO ESQUERDO, E., *op.cit.*, p.34, quien añade otras expresiones pronunciadas en contra de la figura como “el mayor estigma moral del Código”, “recuerdo bochornoso de la Edad Media”, “la vuelta a la barbarie ancestral”, “homicidio legal” y para la citada autora “parricidio *honoris causa*”; también la de “auténtica invitación a eliminar a dos seres humanos”, GIMBERNAT ORDEIG, E., *op.cit.*, p.79.

¹⁴⁶ ZANON MASDEU, L., *op.cit.* pp.88-89.

En este sentido, la Ley de 24 de abril de 1958, además de modificar el artículo 42 sobre las formas de matrimonio¹⁴⁷, reformó numerosos preceptos del Código civil en materia matrimonial, como los artículos 75 y siguientes, relativos al matrimonio canónico, con la consecuente modificación por la misma Ley del artículo 478 del Código penal relativo a los matrimonios ilegales.

La Ley dejó intacto el artículo 52 relativo a la disolubilidad (sólo posible por muerte), así como los artículos 56 a 58 reguladores de los derechos y obligaciones de los cónyuges. Modificó, sin embargo, entre otros muchos, los relativos a los efectos derivados de la nulidad y separación matrimonial, sustituyendo el divorcio no vincular por la separación o suspensión de la vida en común de los cónyuges (artículos 104 y ss del Código civil). Cabe destacar la regulación del “abandono del hogar” como nueva causa de separación (artículo 105,2º) y el mantenimiento de la obligación de alimentos como medida durante la sustanciación del proceso (artículo 68 5º) y como efecto de la ejecutoria de separación sólo para el cónyuge inocente (artículo 73,5º)¹⁴⁸.

El paso adelante dado por la Ley fue tímido pero real, pues

¹⁴⁷ La nueva redacción decía que “la Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”. El anterior artículo 42 seguía el criterio establecido por el Decreto de 26 de octubre de 1956 que exigía para el matrimonio civil que ninguno de los contrayentes profesase la religión católica, entendiéndose por tales a aquellos que se hubiesen apartado de la Iglesia católica, aunque estuviesen bautizados, *vid.* ZANON MASDEU, L., *Ibid.* pp.89-90.

¹⁴⁸El legislador reforzaba la situación de la mujer casada cuando establecía en el artículo 67 que “la mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir que se le separe provisionalmente de su marido y que se le confien, con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio (...), así como los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge”.

según OSSORIO SERRANO hubo que esperar hasta la reforma del Código Civil (Ley de 24 de abril de 1958) para advertir algún cambio legislativo y vislumbrar tímidos avances en cuanto a las facultades jurídicas de la esposa en el matrimonio, de modo que, en el ámbito personal, se le comenzó a reconocer la capacidad para ser testigo en los testamentos (artículo 681) y para desempeñar cargos tutelares (aunque para su aceptación tuviese todavía que contar con la oportuna licencia del marido según el artículo 237), y en el plano patrimonial, a pesar de que el marido seguía siendo el administrador de la sociedad de gananciales por disposición legal (artículo 1412), necesitaba el consentimiento de su mujer para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial (artículo 1413). Pese a todo “al marido continuaba correspondiendo la dirección de la sociedad conyugal y la representación legal de su esposa, la cual estaba obligada a obedecerlo y a seguirlo allá donde fijase su residencia (arts. 56 a 60). Además, seguía vigente todavía la preceptiva licencia que ésta debía obtener de su cónyuge en caso de adquisición o de enajenación de sus propios bienes (artículo 61)”¹⁴⁹.

III.- 3. La inasistencia familiar-matrimonial en el Texto refundido de 1973

En cumplimiento de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que modificó algunos artículos del Código penal de 1944, se publicó por Decreto de 14 de septiembre el Texto Refundido 3096/1973, numerosísimas veces reformado: nuevo Código para algunos (el séptimo), para otros una refundición más, que no evitaba seguir

¹⁴⁹ OSSORIO SERRANO, J.M., en *Curso de Derecho Civil IV*, cit.. Coord F.J. SÁNCHEZ CALERO, pp.93-94.

hablando del Código de 1944, o finalmente el Código penal de 1944/1973¹⁵⁰.

El Código Penal Texto Refundido de 1973 mantuvo la numeración del articulado del Código anterior, con 604 artículos y tres Libros, el Iº de Disposiciones generales, el IIº sobre los “Delitos y sus penas” y el IIIº “De las Faltas y sus penas” y, por ello, reguló la inasistencia familiar-conyugal a través de los delitos del artículo 487 y de las faltas del artículo 584,5º y 6º, dejando insertados los primeros en el Capítulo relativo al “abandono de familia y abandono de niños” entre los delitos “contra la libertad y la seguridad” (Título XIIº) y las segundas entre las faltas contra las personas.

Según el artículo 487

“Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1º. Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.

2º. Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento, a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto al último que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

¹⁵⁰ MORILLAS CUEVAS, L., *op.cit.* p.17.

En todo caso el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de la tutela o autoridad marital 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. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales”.

El artículo 584 sancionaba -con la pena de arresto menor o multa de doscientas cincuenta a dos mil pesetas o con la reprobación privada, al arbitrio del Tribunal y con la posibilidad de suspensión de los derechos de guarda y educación del menor- a:

“5°. Los padres de familia que dejaren de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada, así como los que no procuraren a sus hijos la educación que su posición y medios les permitan”.

Y a:

“6°. Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre la instrucción primaria obligatoria o dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior”¹⁵¹.

Salvo la modificación de la cuantía de las penas de multa de los delitos y de las faltas¹⁵², no existieron diferencias de regulación

¹⁵¹ Y otras faltas previstas en el mismo artículo (párrafos 8°, 10° y 12°), así como la prevista en el artículo 584,3 relativa a personas desvalidas y ancianas.

¹⁵² Que pasaron de 5.000 a 25.000 y de 5.000 a 50.000 en los delitos (antes de

entre la del Código de 1944 y la del Código de 1973, aunque, como decían COBO DEL ROSAL Y CASABÓ RUIZ, desde la aprobación de la Constitución la interpretación normativa debía ser diferente, pues “imponer criterios morales a través de normas penales constituye un error frente al que se debe estar advertido, aparte de que en estos momentos resulta totalmente inconstitucional”¹⁵³.

Por lo demás, continuaron consolidados los delitos relativos al “estado civil de las personas”, relacionados con la filiación (suposición de partos y usurpación del estado civil) y con el matrimonio (matrimonios ilegales y bigamia)¹⁵⁴.

Ahora bien, como hemos avanzado, la Ley 26 de mayo de 1978 de despenalización del adulterio y del amancebamiento, suprimió como delito el incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad, siguiendo las pautas doctrinales¹⁵⁵, y dejó regulado el adulterio, sin distinción de sexos, como causa civil de separación (artículo 105,1º del Código civil) y de desheredación en algunos supuestos. De este modo, finalizó la existencia de una figura muy polémica que había tenido una clara historia de discriminación en contra de las esposas y a favor de los esposos y que, según BERISTAIN IPIÑA, había sido escasamente

1.000 a 5.000 y de 5.000 a 10.000) y de de 250 a 2.000 en las faltas (antes de 50 a 500).

¹⁵³ COBO DEL ROSAL, M. y CASABÓ RUIZ, J.R., *op.cit.*, pp.515-516.

¹⁵⁴ También permaneció regulada discriminatoriamente como falta contra las personas, la de los maridos que maltratasen a sus mujeres aun sin lesionarlas y la de las mujeres que maltratasen de palabra o de obra a sus maridos (artículo 583), manteniéndose sin regulación la exención de pena prevista para los maridos que descubrieran los secretos guardados por sus esposas.

¹⁵⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M^a D., *op.cit.* pp.170-171 (citando a LANGLE, JIMÉNEZ DE ASUA, SAINZ CANTERO, GIMBERNAT ORDEIG, entre otros); también VAELO ESQUERDO, E., *op.cit.*, pp. 0 y ss.; por su parte BELLO LANDROVE F., *op.cit.*, p.301, proponía en 1977 la supresión de ambos delitos o, subsidiariamente, la rebaja en ambos de la pena.

aplicada entre 1955 y 1963¹⁵⁶.

COBO DEL ROSAL y CASABÓ RUÍZ destacaron la repercusión de la descriminalización del adulterio y del amancebamiento en otras figuras delictivas, como por ejemplo el llamado abandono de familia¹⁵⁷. Como también decía FERNÁNDEZ ALBOR, “llegamos a la conclusión de que el delito de adulterio ha sido suprimido, pero las conductas de infidelidad conyugal, como conductas desordenadas pueden ser castigadas penalmente como delito de abandono de familia”¹⁵⁸. Efectivamente, es lo que sucedería hasta 1989 con las conductas de adulterio, que fueron sancionadas, en numerosas ocasiones, como delitos de abandono de familia, a través de la modalidad típica de “conducta desordenada”, prevista en el apartado segundo del párrafo 1º del artículo 487.

A nivel jurídico-civil quisiéramos resaltar otra reforma importante que, según OSSORIO SERRANO, constituyó un verdadero punto de inflexión en los deberes de los cónyuges y en la situación de la mujer en el matrimonio¹⁵⁹. Se produjo con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y de Comercio, que hizo desaparecer la autoridad marital, prevista en el Código Civil como principio general y que, en consecuencia, suprimió el *ius corrigendi* del marido y la representación legal de la mujer por parte del esposo, así como la necesidad de obtener del marido la preceptiva licencia marital para

¹⁵⁶ BERISTAIN IPIÑA, A., *Delitos... cit.*, p.309.

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M. y CASABÓ RUÍZ, J.R., “Aspectos penales...”, *cit.* p. 515.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ ALBOR, A., “La supresión del delito de adulterio y su repercusión en el delito de abandono de familia”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, M. COBO DEL ROSAL Dir. por y M. BAJO FERNÁNDEZ Coord., Tomo II, Madrid, 1983, pp. 437-438.

¹⁵⁹ OSSORIO SERRANO, J.M., en *Curso de Derecho Civil IV...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, p.94; *vid.* también ACALE SÁNCHEZ, M., *op.cit.* p.23 y 44 y ss.

cualquier tipo de actividad jurídica que la mujer pretendiese realizar (artículo 63). También derogó el principio general de que la esposa debía seguir al marido allá donde éste fijase su residencia, pues el artículo 58 reformado pasó a determinar que dicha fijación había de corresponder a dichos cónyuges de común acuerdo. Además, a diferencia de la situación anterior, se establecieron (en los nuevos artículos 56 y 57) como recíprocas para los cónyuges todas las obligaciones derivadas del matrimonio, como la de vivir juntos, guardarse fidelidad y la de socorrerse, respetarse y protegerse¹⁶⁰.

Capítulo IV.- La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial de la etapa constitucional: el precedente inmediato del vigente delito de impagos introducido por la L.O. 3/1989, de 21 de junio

Introducción

Como en los demás Capítulos, en la exposición del presente seguimos un orden cronológico hasta llegar a la reforma de L.O. 3/1989, de 21 de junio, que introdujo el delito de impagos por segunda vez en nuestra historia reciente (precedente directo del vigente artículo 227 del Código penal de 1995). Complementamos el Derecho positivo con el Derecho penal proyectado (Anteproyecto de 1978, Proyecto de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de 1983) y con reforma matrimonial introducida, fundamentalmente, por la Constitución de 1978 y por la

¹⁶⁰ Lo que GONZÁLEZ GUITIÁN, L, *op.cit.*, pp.230-231 (Nota 10) veía con preocupación, porque permitía “ampliar hasta límites insospechables las conductas que podrían considerarse incluidas dentro del abandono moral”.

Ley de matrimonio, separación, divorcio y nulidad de 7 de julio de 1981.

IV.- 1. La asistencia familiar y el matrimonio en la Constitución de 27 de diciembre de 1978

La Constitución española de 1978 fue la culminación jurídico-política del fin de la dictadura y del proceso democrático y también constituyó una nueva y esencial base para las relaciones familiares y de pareja matrimonial, conforme al modelo de la época.

Sus preceptos sobre la igualdad como valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1º, párrafo 1) y de todas las personas ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, entre otras razones (artículo 14), establecieron las bases para la regulación igualitaria de hombres y mujeres en general, en la familia y en el matrimonio, así como de los hijos en las relaciones familiares, sin olvidar su artículo 9,2º, por el que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social”.

El destinado específicamente a la familia es el artículo 39 (sistematizado en el Capítulo IIIº, sobre los principios rectores de la política social y económica):

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En él quedó, por tanto, regulada constitucionalmente la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de todos los hijos con independencia de su filiación que, por mandato constitucional, constituye desde entonces un compromiso para los poderes públicos. Además, con base en él, quedó asentada constitucionalmente la obligación de asistencia de los padres y madres respecto de sus hijos, matrimoniales o no, durante su minoría de edad y cuando legalmente proceda.

El artículo 32 (sistematizado entre los derechos y deberes de los ciudadanos, Sección 2ª del Capítulo IIº, relativo a los derechos y libertades) proclama desde 1978 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” (párrafo 2º).

Como mantiene MORENO QUESADA, en estos artículos se encontraba el programa reformador para que el legislador, como consecuencia del mandato constitucional, pudiese llevar a cabo una serie de reformas que serían las más importantes del Código civil y de

la legislación que lo complementa¹⁶¹.

Las reformas serían las relativas a la plena equiparación de los cónyuges en derechos y deberes, a la disolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio (cuya puerta estaba ya abierta), así como a la igualdad de los hijos, dentro y fuera del matrimonio, a la patria potestad, la adopción o la tutela, con lo que se producía, en términos de PERLINGIERI, la “constitucionalización del Derecho civil español (...) que no es más que la adecuación de la normativa vigente en esos momentos a los principios y corrientes generales que plasmados en la misma han dejado obsoletas las leyes del régimen anterior, y que necesariamente no había más remedio que cambiar en todo lo que se oponía a las demandas sociales cuyo espejo de las mismas era la nueva Constitución”¹⁶². Se trata de las reformas civiles de 1981, que veremos algo más adelante.

Junto a la protección constitucional de la institución familiar como grupo de personas, cabe destacar la “ética personalista” de la Constitución, como un punto de inflexión con repercusiones en la concepción y regulación jurídicas de las relaciones familiares y conyugales, pues, como mantiene RODRÍGUEZ RAMOS, conviene no olvidar que el artículo 10 del Texto constitucional es el cimiento-base del Título Iº (de los derechos y libertades fundamentales) en el que están sistematizados los artículos 32 y 39 y en el que se declara la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden político y de la paz social, “lo que supone que la persona está, en cierto modo, por encima de la familia y que ésta, en consecuencia,

¹⁶¹ MORENO QUESADA, L., *Curso de Derecho Civil, IV...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, p.38.

¹⁶² *Cit.* por MORENO QUESADA, L., *Ibid.*, p.39.

sólo se justifica en tanto en cuanto respete y fomente la dignidad de sus miembros. El clan o la estirpe no son por tanto supremos valores, sino meros instrumentos de convivencia para las personas, por lo que al mismo tiempo que se declara protegible por el Derecho la familia, se está condicionando tácitamente tal protección a que cumpla los fines personalistas que le corresponden, pues de lo contrario los poderes públicos tendrán el deber de proteger a tales personas, máxime si son niños (recuérdese el último párrafo del citado artículo 39), aun en detrimento o perjuicio de los poderes y facultades familiares”¹⁶³.

IV.- 2. La inasistencia familiar-matrimonial en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en su Anteproyecto de 1978

IV.- 2. a. La inasistencia familiar-matrimonial en el Anteproyecto de 1978

Como desarrollo del Derecho proyectado de la época, antes de exponer la regulación de la inasistencia familiar-conyugal en el Proyecto de 1980, nos vamos a detener en el Anteproyecto de Código penal de 1978.

Elaborado por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, el Anteproyecto incorporaba en el Libro IIº un Título de nueva creación, el VIº, que incluía la que según la Memoria explicativa de su Parte Especial constituía una "novísima agrupación de delitos contra la familia”¹⁶⁴.

¹⁶³ RODRÍGUEZ RAMOS, L, *op.cit.*, p.61.

¹⁶⁴ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, M., *El abandono... cit.*, pp.435 y ss y "El delito de abandono de familia", en *Comentarios a la legislación penal*, M. COBO DEL ROSAL Dir. y M. BAJO FERNÁNDEZ Coord., XIV, Vol. 2, 1992, pp. 82 y ss.

En el capítulo III° del citado Título del Libro II° se regulaban, entre otros, los delitos relativos a “los derechos y deberes familiares” y, entre ellos, en la Sección tercera, los delitos de abandono de familia y de niños.

En su artículo 293 se decía:

“El que teniendo obligación de hacerlo dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados, será castigado con la pena de diez a veinte fines de semana o multa de cuatro a ocho meses.

En todo caso el Tribunal podrá imponer al reo la privación del derecho de la patria potestad o del ejercicio de la tutela”.

El artículo 661, que estaba sistematizado en el Título III° del Libro III° del Anteproyecto regulador de las faltas contra las personas, decía así:

“Serán castigados con la pena de multa de diez días a veinte días:

1. Los padres y tutores que dejaren de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad la tutela, con riesgo para la salud o educación del menor.
2. Los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor de quince años, cuya adicción al alcohol o a las drogas fuese imputable al abandono por parte de aquéllos. En este supuesto la multa podrá llegar a cuarenta días, en atención al grado de abandono”.

Las diferencias entre esta propuesta de regulación de

“epatante originalidad”¹⁶⁵ y la regulación entonces vigente resultan claras:

1. En primer lugar, cabe destacar la sistematización novedosa entonces de los delitos de inasistencia como delitos contra “los derechos y deberes familiares”.

2. En segundo lugar, la reducción de los delitos al de mero incumplimiento de la asistencia indispensable para el sustento¹⁶⁶, de los ascendientes, descendientes o cónyuge necesitados, prescindiendo del incumplimiento de los deberes de asistencia conyugales y transformando en falta los relativos a la patria potestad y la tutela.

3. La conversión en falta de los incumplimientos de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y la tutela, añadiendo que han de serlo con riesgo para la salud o educación del menor, y agregando el abandono de los menores de quince años cuya adicción al alcohol o a las drogas fuese imputable al abandono por parte de los padres, tutores o encargados de la guarda.

4. A la vista de lo anteriormente expuesto cabe subrayar el cambio de modelo en la protección familiar que proponía el Anteproyecto, pasando de una protección muy amplia (moral y económica) en los delitos, a una restrictiva protección económica en el delito y a una protección moral (sólo como falta) para hijos y pupilos menores, con la exigencia típica añadida del riesgo para su salud o

¹⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, M., *El abandono... cit.*, p.450.

¹⁶⁶ Que la Comisión General de Codificación entendió como el “quebranto de la deuda alimenticia”, aunque para POLAINO NAVARRETE, M., *Ibid.*, p.451. “la requerida prestación asistencial de lo indispensable para el sustento de determinados parientes no equivale precisamente al deber civil de alimentos de esos mismos parientes”.

educación o del abandono de los padres, tutores y encargados de su guarda cuando los menores de 15 años fueran adictos al alcohol o a las drogas.

5. También resultaron novedosas las sanciones previstas como lo fueron entonces los arrestos de fin de semana y la multa con sistema de días multa.

El Anteproyecto fue presentado a las Cortes a finales del año 1979 y publicado como Proyecto del Ley Orgánica del Código Penal, el 17 de enero de 1980.

IV.- 2. b. La inasistencia familiar-matrimonial en el Proyecto de 1980

El Proyecto, como el Anteproyecto, fue ambicioso y novedoso, en cuanto a la regulación de la inasistencia familiar.

Las figuras delictivas estaban repartidas entre el artículo 297 (y 298) y el 670.

El primero regulaba el delito y decía así:

“El que, teniendo obligación de hacerlo, dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados, será castigado con la pena de arresto de diez a veinte fines de semana o multa de cuatro a ocho meses.

En todo caso el Tribunal podrá imponer al reo la privación del derecho de patria potestad o del ejercicio de la tutela”.

Y el artículo 298 añadía:

“Los delitos previstos en el artículo anterior sólo se perseguirán previa denuncia del agraviado, o del Ministerio Fiscal si se tratase de menores o incapacitados.

El perdón del ofendido mayor de edad o, en su caso de su representante legal, previa aprobación del Tribunal en el último supuesto, extinguirá la acción penal o la pena”.

Por su parte, el artículo 670 establecía:

“Serán castigados con la pena de multa de diez días a veinte días los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor que dejaren de cumplir los deberes de asistencia que les incumben, con riesgo para la salud o educación de aquél”.

Las diferencias con el Anteproyecto eran escasas:

1. La sistematización del delito seguía siendo una de las aportaciones más novedosas, ya que estaba insertado en el Capítulo IIIº “contra los derechos y deberes familiares” del Título VIº relativo a los “Delitos contra la familia”¹⁶⁷, mientras que la falta lo estaba en el Título IIIº del Libro IIIº entre las “Faltas contra el orden familiar”.

2. El delito del artículo 297 era una transcripción exacta del artículo 293 del Anteproyecto, en cuanto a la figura delictiva y las penas, por lo que el Proyecto confirmaba como único delito el incumplimiento de la asistencia indispensable para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados, prescindiendo de otros supuestos.

¹⁶⁷ Recogiendo por primera vez la petición reiterada por una gran parte de la doctrina a favor de la protección penal de “la familia” en un Título autónomo del Código penal, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y CASABÓ RUIZ, J.R., *Aspectos penales...cit.*, p.516; *vid.* también (con posicionamiento crítico) OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op.cit.* pp.86-87.

3. La falta del artículo 670 también se correspondía con la prevista por el artículo 661 del Anteproyecto, y por ello consagraba la conversión en falta de los incumplimientos de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y la tutela y añadía los incumplimientos de los deberes de asistencia de las personas encargadas de la guarda de los menores, con la exigencia típica, en todos los casos, del riesgo para la salud o educación del menor. Quedaba suprimida, sin embargo, la falta prevista en el párrafo segundo del 661 del Anteproyecto relativa a los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor de quince años, cuya adicción al alcohol o a las drogas fuese imputable al abandono por parte de aquéllos.

4. La restricción en la protección penal de la asistencia familiar y conyugal que proponía el Anteproyecto era también confirmada por el Proyecto en el sentido ya señalado.

5. Las sanciones, que eran las mismas, seguían siendo entonces novedosas, tanto las penas de arresto de fin de semana como las multas del sistema de días-multa.

El Proyecto no fue aprobado y hubo que esperar hasta 1983 para que se plantease otra Propuesta de nuevo Código y el vigente entonces fuese reformado.

Por otro lado, cabe añadir que resultaba lógico que ni el Anteproyecto de 1978 ni el Proyecto de 1980 planteasen la criminalización de los impagos derivados de divorcio, separación o nulidad, pues resultaba necesaria una previa ley civil que regulase los supuestos y los correspondientes efectos derivados de las crisis matrimoniales, lo que aún no había tenido lugar. El matrimonio continuaba siendo indisoluble según el artículo 52 del Código civil.

IV.- 3. La asistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial en las Leyes de 1981 sobre filiación, patria potestad, matrimonio y sobre el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

III.- 3. a. Aspectos generales

Antes de hablar de las leyes enunciadas conviene destacar la reforma relacionada con la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado, que obligó a realizar una nueva adaptación de la legislación matrimonial, siendo prueba de ello el Acuerdo con la Santa Sede de 1979, que vino a sustituir lo establecido en el Concordato de 1953.

El 3 de enero de 1979 se firmó en la Ciudad del Vaticano el Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, en cuyo artículo VIº se estableció el reconocimiento por el Estado de los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho Canónico, desde el momento de su celebración, siendo necesaria su inscripción en el Registro civil para su pleno reconocimiento. En el mismo artículo se reconocía la competencia de los Tribunales eclesiásticos para la declaración de nulidad de los matrimonios canónicos, así como su eficacia civil, a solicitud de cualquiera de las partes y en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

Como decía ZANON MASDEU¹⁶⁸, las consecuencias de este acuerdo fueron tres:

1. La adopción de un sistema de matrimonio civil facultativo, lo que conllevaba el reconocimiento legal del matrimonio canónico.

¹⁶⁸ ZANON MASDEU, L., *op.cit.*, p.97.

2. La delimitación de la competencia del Estado y de la Iglesia respecto de las cláusulas matrimoniales, de modo que las causas de simple separación pasaban a la jurisdicción del Estado y las causas en las que se solicitaba la declaración de nulidad, o se pedía la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, pasaban a la jurisdicción de la Iglesia.

3. Y la ubicación en el ámbito moral y no en el legal de la obligación que incumbía a los católicos casados de no acogerse al divorcio civil si éste llegaba a legalizarse en nuestro país.

En 1981 fueron aprobadas dos reformas de suma importancia: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y por la que se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Estas leyes, partiendo de la igualdad constitucional como uno de sus pilares fundamentales, modificaron el Código civil y constituyeron la consagración de la nueva regulación de las relaciones familiares, de los derechos y deberes que componen la relación paterno-materno-filial y la matrimonial, así como de la disolubilidad, los efectos y los procedimientos de las crisis de ésta última.

Antes de exponer lo esencial de su contenido para nuestra investigación, quisiéramos reseñar el intenso debate social y parlamentario que tuvo lugar antes de la aprobación de la segunda Ley señalada, fundamentalmente a propósito del divorcio, como pequeña muestra de pluralismo y de participación democrática.

Según ALBERDI, la polémica social en torno al divorcio

mismo fue apareciendo en la sociedad española, unos años antes, desde finales de los 60, a través de artículos y encuestas publicados en revistas como *Triunfo*, *Cuadernos para el Diálogo*, *El Ciervo*, o *Diario Femenino*, etc. Los polos del debate giraban, una vez más, por un lado, en torno a la necesidad de legalizar las situaciones de crisis matrimonial, “y asegurar a la mujer un respaldo jurídico en la ruptura matrimonial, ocasión en la que suele quedar más desasistida que el hombre”¹⁶⁹, y, por otro, en torno a la defensa de la institución matrimonial y de la familia. Desde los años 70 fueron también apareciendo diversas asociaciones de mujeres que paulatinamente comenzaron a verbalizar y expresar sus reivindicaciones en torno a la familia, el matrimonio, el divorcio y la situación de la mujer en todos ellos. La *Asociación Española de Mujeres Separadas Legalmente*, escindida de la *Asociación de Mujeres Separadas*, de marcado carácter católico, se declaró partidaria del divorcio vincular y emprendió entre 1976 y 1977 una campaña de sensibilización para la mejora de la situación social de la mujer separada, a la que sucedieron numerosos artículos de prensa, cartas, conferencias, debates, etc. La *Asociación de Mujeres Divorciadas* también realizó campañas para mejorar la condición social de las mujeres, y de éstas ante el divorcio. A partir del año 1975, Año Internacional de la Mujer, se realizaron numerosos estudios críticos del sistema matrimonial vigente y se reivindicó el divorcio, proponiendo una reforma para la igualdad de mujeres y hombres en todas las facetas de la vida y de la sociedad, incluidas la familia y el divorcio. Los grupos feministas tomaron el divorcio como bandera y la reivindicación de igualdad entre los cónyuges en el matrimonio y ante el divorcio.

Lo importante de aquel contexto fue el hecho de la expresión

¹⁶⁹ ALBERDI, I., *op.cit.*, p.113.

de las diversas concepciones y formas de entender la familia y su protección. Valga en este sentido uno de los eslóganes feministas de la época que decía: "Porque defendemos la familia exigimos el divorcio"¹⁷⁰, frente al argumento contrario de no admitir el divorcio para defender la familia.

En cualquier caso, como dice ALBERDI, además de la reivindicación del divorcio, la insistencia en la situación de las mujeres no era tanto porque el divorcio fuera una cuestión sólo de mujeres (que obviamente no lo es) "como porque en la situación matrimonial española de indefensión de la mujer el divorcio se ve como una solución de urgencia por parte de muchas mujeres"¹⁷¹.

Tras la muerte de Franco, el diario *El País* y la revista *Cambio 16* abanderaron el divorcio, así como sectores progresistas de la Iglesia católica que respondió con un debate interno entre la negativa y la apertura flexible. Los grupos políticos, con alguna excepción, así como los feministas (la *Asociación de Mujeres Separadas*, la *Asociación Democrática de la Mujer*, y la *Asociación de Mujeres Juristas*, entre otras), comenzaron a plantear la cuestión en términos políticos y se realizaron numerosas encuestas de opinión cuyo resultado global mostraba un claro consenso social a favor de la implantación del divorcio. El Gobierno de Unión de Centro Democrático fue el que llevó la cuestión al Parlamento en forma de Proyecto de Ley (inicial), con fecha de 25 de enero de 1980.

¹⁷⁰ ALBERDI, I., *Ibid.*, p.117. El Ministro de Justicia, en la presentación del Proyecto de ley de divorcio, el 17 de marzo de 1981, llegó a reconocer explícitamente que "el divorcio no tiene sentido si no es precisamente para asentar este instrumento fundamental que es el matrimonio y la familia", CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, p.128.

¹⁷¹ ALBERDI, I., *Ibid.*, p.117.

A pesar de lo dicho hasta ahora, cabe destacar como dato real de las encuestas la posición más antidivorcista de las mujeres que la de los hombres, por considerar al divorcio como una amenaza para su seguridad matrimonial. Lo puede explicar el hecho de que sólo el 16% trabajara fuera del hogar, siendo el resto mantenidas económicamente por sus maridos. Como dice ALBERDI, “ya no es sólo el ideal del matrimonio para toda la vida, el equilibrio emocional de los hijos, sino también la subsistencia cotidiana lo que puede llevar a las mujeres a no desear el divorcio más que en circunstancias muy graves, y lo que lleva de hecho a muchas a soportar trabajos y penalidades en su matrimonio, pues no saben cómo vivir fuera de él”¹⁷².

La maduración de una nueva ley de divorcio en España estuvo influida también esta vez por el Derecho comparado, en esta ocasión, por la legalización del divorcio en Italia en 1969 (ratificado en 1974), por ser éste considerado un país de muy similar tradición que, con su cambio de rumbo dejó a España aislada sin divorcio, dentro del conjunto europeo, junto a Irlanda, Andorra y el Vaticano¹⁷³.

En la presentación que el 17 de marzo de 1981 el Ministro de Justicia hizo al Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de diciembre de 1980), reconocía su carácter polémico, pero también el retraso histórico con el que se planteaba, así como la influencia de la declaración del Consejo de Europa (Viena en 1977) sobre la necesidad de adaptación de las legislaciones sobre el divorcio a la realidad psicosocial de las parejas (mediante el divorcio por ruptura frente al divorcio por culpa) y la lucha contra la proliferación abusiva de los

¹⁷² ALBERDI, I., *Ibid.*, p.132.

¹⁷³ ALBERDI, I., *Ibid.*, p.111.

divorcios y la desgregación de la familia¹⁷⁴. También era explícita su preocupación, entre otras muchas, por “las consecuencias económicas del divorcio, protegiendo a la parte más débil en materia de pensiones y de seguridad social”¹⁷⁵.

IV.- 3. b. La regulación de la asistencia parental y matrimonial

La Constitución y las leyes sobre filiación y matrimonio de 1981 dejaron asentado un nuevo modelo jurídico familiar-matrimonial de relaciones y de asistencia, igualitario en derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges y para con los hijos y de matrimonio disoluble.

La reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó la regulación de la filiación, prevista en el Título VIIº del Libro Iº (artículos 154 a 180), incluyendo la adopción y otras normas reguladoras de la protección de menores.

La nueva normativa consagró el principio constitucional de igualdad de todos los hijos frente a la ley y, por ello, de las distintas clases de filiación (matrimonial y extramatrimonial), y volvió a regular la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados (y demás casos en que legalmente proceda) en el artículo 154, de modo que debía ser ejercida por el padre y la madre, en igualdad de condiciones y en beneficio de los hijos, acorde siempre a su personalidad. Desde entonces, sus deberes son velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes y, aunque no ostentasen la

¹⁷⁴ CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.* p.129

¹⁷⁵ CABALLERO GEA, J.A., *Ibid.* p.133.

patria potestad, según el artículo 110 del Código civil, el padre y la madre están obligados también a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos (artículos 142 y ss)¹⁷⁶.

La citada Ley reformó igualmente el régimen económico matrimonial regulado en el Título IIIº del Libro IVº del Código civil (artículos 1315 a 1444), por lo que, entre otras cuestiones, los cónyuges, a los efectos de regular sus relaciones económico-patrimoniales, pueden desde entonces optar libremente entre diversos regímenes económicos de organización como el de *gananciales*, el de *separación de bienes* o el *régimen de participación*.

El primero, eminentemente solidario y previsto como régimen general a nivel de Estado (con algunas excepciones autonómicas), está regulado en los artículos 1344 a 1410 del Código civil y se caracteriza por atribuir a determinados bienes y derechos (ganancias y beneficios de los cónyuges) la condición de comunes o gananciales, con los que se constituye un patrimonio en comunidad perteneciente a ambos cónyuges afecto a las cargas y deudas comunes. Como dispone el artículo 1244, “mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para marido y mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”.

El segundo, propio históricamente de algunas Comunidades Autónomas como Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, es regulado entre los artículos 1435 y 1444 como régimen supletorio (desde la reforma citada de 1975) para el caso en que los cónyuges rechacen el de gananciales (artículo 1435,2). En este caso cada cónyuge conserva

¹⁷⁶ La tutela, en cambio, no sería modificada hasta ser aprobada la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

la propiedad, administración y gestión de los propios bienes, lo que no impide la existencia de una comunidad matrimonial en la que cada uno debe contribuir proporcionalmente a las cargas familiares o de pareja. El régimen de participación, regulado entre los artículos 1411 y 1434, fue introducido como sistema mixto entre los dos anteriores por la Ley de 13 de mayo de, con inspiración en el principio social y constitucional de igualdad de los cónyuges y, según el artículo 1411 del Código civil, es un régimen en el que “cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre el matrimonio y por la que se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, modificó el Código civil dejando asentada en sus artículos 42 a 72 la regulación moderna del matrimonio, de la asistencia matrimonial y de la asistencia económica postconyugal.

Con base en el principio constitucional de libertad religiosa y de aconfesionalidad del Estado (tras el ya mencionado Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, en sustitución del Concordato de 1953), el Código civil admitió las dos formas de matrimonio por las que podía optarse a partir de entonces libremente: la civil y la religiosa (artículo 49). También se cambiaron sus requisitos, con la consecuencia de una nueva modificación del delito de matrimonios ilegales.

Se consolidaron las características de unidad o monogamia, de heterosexualidad y solemnidad del matrimonio y, a partir de entonces se modificó la cuasi-permanente indisolubilidad anterior en pos de la disolubilidad por divorcio. Los derechos y deberes de los cónyuges quedaron regulados en los artículos 66 a 72 (Capítulo Vº),

sobre la base de su plena igualdad jurídica (artículo 66 en relación al artículo 32 de la Constitución): convivencia en el domicilio conyugal determinado conjuntamente (artículos 68 y 70); fidelidad (artículo 68); respeto (artículo 67); actuación en interés de la familia (artículo 67); y el deber de socorro y ayuda mutua entre los cónyuges (artículos 67 y 68) que, aun comprendiendo la obligación de alimentos, resulta más amplio pues “alcanza a todo tipo de auxilio que cualquiera de los dos pueda necesitar para la satisfacción de sus propias necesidades (morales, afectivas, profesionales, etc)” ¹⁷⁷ . También la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (artículo 1318), para lo que quedan sujetos los bienes de los cónyuges.

IV.- 3. c. La regulación de la asistencia económica postmatrimonial

La citada Ley de 7 de julio de 1981 reformó el Código civil en lo que se refiere a las crisis matrimoniales y sus efectos comunes, modificando en profundidad los artículos 73 a 107.

Como situaciones de crisis matrimonial fueron reconocidas y reguladas la separación, el divorcio vincular y la nulidad y sus efectos comunes fueron recogidos entre los artículos 90 y 101 el Código Civil.

La separación matrimonial, regulada en los artículos de 81 a 84 del Código, suponía la suspensión o interrupción de la vida en común de los esposos, como paso previo al divorcio o como periodo de reflexión para una reconciliación posterior. Se aplicaba a todos los matrimonios (“cualquiera que sea la forma de celebración”) y podía ser

¹⁷⁷ OSSORIO SERRANO, J.M., en *Curso de Derecho Civil IV...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, p.97.

de dos clases: - de hecho – consistente en la mera cesación sin control judicial de la vida en común- y -legal- o judicialmente declarada a instancia de uno (separación causal) o de ambos cónyuges (separación convencional), según lo previsto en el artículo 81 del Código civil¹⁷⁸.

Entre las causas de separación previstas en el artículo 82 hay que destacar el “abandono injustificado del hogar”, la “infidelidad” y “cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes previstos en los artículos 67 y siguientes del Código”, así como el “cese efectivo de la convivencia conyugal”, que admitía varios supuestos con plazos y requisitos diferentes, además del incumplimiento grave o reiterado de los deberes paterno-filiales respecto de los hijos comunes.

Los efectos de la separación (en la que subsiste el vínculo) son desde entonces (artículo 83): el personal de suspensión de la vida en común y el patrimonial relativo al cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Además, entre otros, la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales (artículos 95 y 1392) y el ejercicio individual de la patria potestad mantenida por aquel/la con quien convivieran los hijos (artículo 156)¹⁷⁹; como veremos, también la posibilidad de reconocimiento judicial de pensión alimenticia o de prestación económica compensatoria.

Las separaciones de hecho fueron tenidas en cuenta por la reforma de 1981 como cese efectivo de la convivencia conyugal, libremente consentido, con origen convencional o unilateral y entre

¹⁷⁸ Hasta la reforma civil de 1981 la separación legal se llamó "judicial" y a partir de entonces el término "separación" se entiende referido tanto a la "legal" como a la "de hecho".

¹⁷⁹ MORENO QUESADA, B., en *Curso de Derecho Civil IV...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, p.119.

sus efectos, que variaban en función del origen y de determinados plazos (casi siempre de cara a la separación legal o al divorcio) destaca el derecho legal a una pensión de alimentos (con base en el vínculo matrimonial subsistente), pero no el de prestación compensatoria, por la inexistencia de sentencia¹⁸⁰.

El divorcio fue contemplado, junto a la muerte y la declaración de fallecimiento, como una de las formas de disolución del matrimonio en el artículo 85 del Código Civil y, desde entonces, está regulado entre los artículos 86 y 89.

A partir de entonces el divorcio debe ser declarado judicialmente por sentencia a petición de uno o de ambos cónyuges, entonces con base en una serie de causas tasadas y siempre comporta una serie de efectos para los ex cónyuges y para los hijos, si los hubiere.

El sistema establecido a través de la reforma no respondía a un solo modelo, como el de “divorcio-sanción” o el de “divorcio-remedio” o “divorcio-quebra” (por ruptura de la convivencia) o el de mutuo consentimiento, aunque entre las causas legítimas para solicitarlo prevalecían “aquéllas que ponen de manifiesto la frustración o fracaso “razonablemente irreparable, del matrimonio”¹⁸¹. Efectivamente en ellas predominaba, según el artículo 86, el cese efectivo de la vida conyugal, con la exigencia de determinados plazos (cinco, dos y un años, según

¹⁸⁰ Aunque cabía pactarla. Con GARCÍA RUBIO, M^aP., *Alimentos entre cónyuges y entre conviviente de hecho*, Edit. Cívitas, Madrid, 1995, pp.71 y ss. y 110 y ss. resulta interesante destacar la evolución jurisprudencial desde la denegación de los alimentos a los cónyuges separados de hecho, hasta su reconocimiento sin entrar a valorar las causas de su separación.

¹⁸¹ MORENO QUESADA, B., en *Curso de Derecho Civil IV...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, p.128.

los casos), requisitos y con el límite de un año desde la celebración del matrimonio.

Entre los efectos de la sentencia firme de divorcio era y es fundamental la disolución del matrimonio, del que se derivan otros, como el derecho a contraer nuevo matrimonio, la extinción del régimen matrimonial (95,1), la pensión compensatoria del artículo 97 y la extinción de la patria potestad, si hubiere causa para ello (artículo 94,3)¹⁸².

Las reglas sobre nulidad matrimonial recogidas en los artículos 73 a 80 del Código civil fueron también previstas para las diferentes formas de matrimonio (civil o religioso) al permitir el legislador que la nulidad eclesiástica dictaminada por los Tribunales canónicos tuviese plena eficacia civil (artículo 80).

La invalidez o inexistencia jurídica del matrimonio, que supone la nulidad, se producía por la concurrencia de alguna causa o circunstancia que hiciera que el matrimonio no se hubiera constituido desde un principio con plena eficacia, como la falta de consentimiento o de aptitud, el haberlo celebrado con defecto de forma o con error en la identidad de la otra persona o en cualidades personales determinantes en la prestación del consentimiento, o el matrimonio contraído bajo coacción o miedo grave, según el artículo 73. También debía ser declarada judicialmente, puesto que lo normal es la creación de una apariencia que necesita ser destruida a través de un pronunciamiento judicial.

¹⁸² Continuando el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social para el ex cónyuge y los descendientes y la pensión de viudedad y demás derechos pasivos en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, según la disposición adicional 10ª de la Ley, *vid.* ZANON MASDEU, L., *op.cit.* p.406.

Su efecto fundamental es desde entonces la constancia de la ineficacia del matrimonio y la disolución del régimen económico conyugal. En el artículo 79 se determinaba la no invalidez por nulidad de los efectos ya producidos respecto de los hijos (la nulidad no exime a los padres de sus obligaciones respecto a sus hijos, según el artículo 92,1) y de los contrayentes de buena fe y el artículo 98 estableció para el cónyuge de buena fe el derecho a una indemnización, siempre que hubiera existido convivencia conyugal, "atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97".

Entre los artículos 90 y 101 del Código Civil quedaron regulados "Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"¹⁸³, debiendo destacar como novedad la primacía otorgada a la autonomía privada, puesto que los cónyuges podían acordar los efectos a través del "convenio regulador" (artículos 81, 86 y 90 del Código Civil), siempre con respeto a los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges (artículo 14 y 32 de la Constitución Española) y de protección de los hijos (artículo 39). Por ello llegó a hablarse de "privatización" del matrimonio¹⁸⁴.

Los tres tipos de supuestos (con excepción de las separaciones de hecho) tienen en común desde entonces la exigencia legal de su declaración y control judicial, pudiendo las resoluciones judiciales homologar, modificar o sustituir lo establecido por los aún cónyuges en los convenios. También comparten como posible efecto

¹⁸³ Que no tenían mucho de comunes según CLEMENTE MEORO, M., "Efectos Comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *Derecho de familia*, V.L. MONTES y E. ROCA Coords., 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.138 y GARCÍA CANTERO, G., "Comentarios a los artículos 97 a 101 del Código civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO y DÍAZ, S. Dirs., T. II, 2ª edic., Edit. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982, p.369.

¹⁸⁴ CLEMENTE MEORO, M., *Ibid.*, p.138 y GARCÍA CANTERO, G., *Ibid.*, p.373.

derivado la obligación de pago de prestaciones económicas, como la pensión de alimentos en las separaciones, las prestaciones económicas compensatorias para separaciones y divorcios y la indemnización para la nulidad matrimonial, una vez que los derechos/deberes propios y más amplios de la convivencia matrimonial ordinaria, el de mutuo socorro (que incluye los alimentos¹⁸⁵) y el de levantamiento de las cargas, se transforman en otros deberes/derechos más restringidos y de carácter económico, cuando las relaciones matrimoniales entran en crisis¹⁸⁶.

El nuevo mapa de la asistencia económica jurídico-civil derivada del matrimonio, es decir, de la asistencia económica post-matrimonial y de las parejas matrimoniales en crisis quedaba así perfilado y asentado.

1. Por un lado, el derecho/deber de alimentos (regulado en los artículos 142 a 153 del Código Civil, modificados por la reforma de 13 de mayo de 1981 con un contenido muy similar al anterior¹⁸⁷), que puede ser definido como "el derecho que tiene una persona que se encuentra en estado de necesidad, de reclamar a determinados parientes que le proporcionen aquello que necesita para satisfacer

¹⁸⁵ ONECHA Y SANTAMARIA, C., "El deber de socorro mutuo entre cónyuges", *Poder Judicial*, N° 27, 1992, pp. 171-178.

¹⁸⁶ GARCÍA RUBIO, M^a. P., *op.cit.*, pp. 25 y 42-43. *Vid.* CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, p.407 recordando que desde el debate parlamentario de la Ley el matrimonio ha sido considerado como una comunidad de vida y un centro de solidaridad que fundamenta también la asistencia económica postconyugal.

¹⁸⁷ Pues se trata de una obligación que "parece haber sido inmune al paso del tiempo", GARCÍA RUBIO, M^a. P., *Ibid.*, p.17; no obstante cabe añadir que las modificaciones consistieron en la no discriminación por razón de filiación y en limar aristas contrarias a la evolución de la sensibilidad colectiva, como la referencia a "la posición social de la familia", el reconocimiento del derecho a terminar la propia formación (142,2º), la expresa inclusión de los gastos de embarazo y parto (142,3º) y el nuevo y último párrafo del artículo 148 sobre medidas cautelares, GARCÍA RUBIO, M.P., *Ibid.*, p.17.

sus necesidades vitales"¹⁸⁸.

Los sujetos legitimados para solicitarlos en las crisis matrimoniales son desde entonces los aún cónyuges en las separaciones, dada la pervivencia del vínculo matrimonial, aunque también se haya entendido denegado el derecho para los cónyuges separados, con base en la ausencia de su reconocimiento expreso en los artículos 90 y siguientes del Código Civil¹⁸⁹. No estaban (ni están) legitimados, sin embargo, los ex cónyuges tras los divorcios, tal y como se había decidido durante la tramitación de la Ley, al entenderse que, disuelto el matrimonio por divorcio, dejaba de existir la obligación de alimentos¹⁹⁰. También resultaban legitimados los mismos cónyuges o el Ministerio Público (en los procedimientos de separación y en los de divorcio) para solicitar los alimentos de los hijos comunes, menores, mayores incapacitados o minusválidos¹⁹¹,

¹⁸⁸ ROCA i TRIAS, E., en *Derecho de familia*, V.L. MONTES y E. ROCA Coords., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª edic. 1995, p.31; *vid.* también COBACHO GÓMEZ, J.A., *La deuda alimenticia*, Edics. Montecorvo, Madrid, 1990, pp.35 y ss.

¹⁸⁹ En contraposición a la mención expresa del artículo 90,1,C) y a la del artículo 93 respecto de los hijos, *vid.* CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de familia... cit.*, V.L. MONTES y E. ROCA Coords., p.152.

¹⁹⁰ CABALLERO GEA, J.A., *La Ley...cit.*, pp.400 y ss y ZANON MASDEU, L., *op.cit.*, pp. 266 y ss. Ya en 1982 GARCÍA CANTERO, G., *op.cit.*, p.437 había dicho que "la respuesta negativa es la más conforme a la naturaleza de las cosas" a la pregunta inicial de si, frente al silencio legal desaparecía o no el deber de alimentos tras el divorcio.

¹⁹¹ Puesto que las crisis matrimoniales no eximen a los padres de las obligaciones respecto a sus hijos (artículo 92,1), por ejemplo, del deber de alimentos (artículos 154, 1º relativo a los no emancipados, y 143, 2º respecto a los emancipados), a la hora de solicitar alimentos en los procedimientos matrimoniales de los padres, existió hasta 1990 el siguiente problema: mientras que la prestación a los hijos era y es obligada hasta que por sí solos puedan hacer frente a sus necesidades (artículo 142, 2 del Código Civil), su solicitud en los procedimientos de separación y divorcio de los padres estuvo limitada hasta 1990 (con base en los artículos 93 y, sobre todo, 103, 3, párrafo 2 del Código Civil) a los hijos menores, incapacitados o minusválidos; respecto de los hijos comunes mayores de edad, la Jurisprudencia se inclinó por excluir la petición de su derecho alimenticio de los mencionados procedimientos, así como la de los menores a los que se les había concedido por sentencia, cuando llegaban a la mayoría de edad. En estos casos (con la diferencia de que en el segundo supuesto señalado se partía del reconocimiento del derecho

aunque pudieran a su vez ser adjudicados de oficio, siendo una obligación exigible desde la existencia de la necesidad, aunque abonable desde la interposición de la demanda (artículo 148 del Código Civil).

Su contenido como alimentos legales¹⁹² (a diferencia de los convencionales, previstos en los artículos 153 y 1255 del Código civil) en sentido amplio consiste en pagar lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como los gastos de educación e instrucción durante la minoría de edad de la persona alimentista, y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable; también los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (por ejemplo, por la Seguridad Social). Se rigen por el criterio de proporcionalidad entre los medios de quien tiene que darlos y las necesidades de quien los recibe (artículo 146).

En las crisis matrimoniales sólo cabe el pago periódico de las cantidades alimenticias en forma de pensión, pues, aunque el artículo 149 del Código Civil permitiese al alimentante elegir entre pagar la pensión o recibir y mantener en su propia casa al alimentista, en los supuestos de separación, el artículo 1890,1º de la

por sentencia judicial) los hijos debían acudir a otros procedimientos: bien a la acción regulada en los artículos 1609 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil o bien al juicio declarativo correspondiente. La posterior reforma del artículo 93 del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, permitiría que los hijos mayores o emancipados, sin medios propios y convivientes en el domicilio familiar, pudiesen solicitar alimentos en los procesos matrimoniales de sus padres, debiéndolos fijar el/la juez en la misma resolución, *vid.* HIJAS PALACIOS, E., *op.cit.*, pp.144 con jurisprudencia al respecto; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía Práctica y Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1993, pp.168-178 y ORTEGA LLORCA, V., "Los procesos de crisis matrimonial en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho*, N° 591, 1993, pp.11270 y ss.

¹⁹² Diferentes de los naturales, también legales, debidos entre hermanos, que, según el artículo 143, consisten en prestar sólo los auxilios necesarios para la vida, extendiéndose a los que precisen para su educación, siempre que no se necesiten por causa imputable a la persona alimentista.

Ley de Enjuiciamiento Civil determinaba que el cónyuge obligado a prestarlos no podía optar por recibir o mantener en su propia casa al cónyuge ni a los hijos confiados al cuidado de éste¹⁹³. La pensión podía ser reconocida en el momento del cese de la convivencia conyugal como una vez denegada la pensión compensatoria¹⁹⁴.

Además del vínculo familiar (como el matrimonio y la filiación) son presupuestos para su reconocimiento la existencia de un estado de necesidad en la persona alimentista y la capacidad de pago por parte de la persona obligada. La necesidad del alimentista era y es entendida como la imposibilidad de automantenerse, no siendo exigible la indigencia total, pero sí que dicha situación no haya sido provocada por él o ella (artículos 152, 5º y 143, 2 y 152, 3º del Código Civil). Por el otro lado ha de concurrir la capacidad de pago, pues en caso contrario se extingue la obligación (artículo 152, 2º).

Finalmente cabe añadir que su fundamento continuó siendo asistencial (de solidaridad familiar y matrimonial), teniendo como finalidad la de mantener y asegurar la subsistencia de quienes no podían valerse económicamente por sí mismos, aunque, como señala ROCA i TRIAS, "existen otras connotaciones que en la actualidad y en un Estado Social y Democrático de Derecho, hacen dudar sobre cuál deba considerarse el fundamento de esta obligación", pues "en la actual estructura puede afirmarse que la persona

¹⁹³ GARCÍA RUBIO M^a.P., *op.cit.*, p.73 señala, con apoyo de consolidada jurisprudencia, que la opción del artículo 149 sólo se daba cuando no existiese para el derecho habiente motivo justificado o impedimento legal para convivir con el obligado, siendo la separación de hecho una de esas situaciones. Posteriormente sería reformado el artículo en el sentido indicado por la Ley 1/1996, de 15 de enero.

¹⁹⁴ LALANA DEL CASTILLO, C.E., *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, pp.27-30 y 44 y LUNA SERRANO, A., en *Derecho de familia*, Vol. I, J.L. LACRUZ BERDEJO; F. de A. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, Edit. Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1990, p.225.

encuentra soluciones a la necesidad a base de dos tipos de recursos: bien a través de la solidaridad familiar, especialmente con el derecho de alimentos, bien a través de la solidaridad social, con la actuación del Estado y los sistemas de Seguridad Social"¹⁹⁵.

2. Por otro lado el derecho/deber a una pensión compensatoria o de desequilibrio económico, que fue novedosamente regulada desde 1981 en el artículo 97 del Código Civil, sin precedentes en el Derecho español¹⁹⁶. Con GARCÍA CANTERO puede decirse que, en un principio y desde un punto de vista práctico, tenía el riesgo de ser confundida con la pensión alimenticia de los artículos 30 y siguientes de la Ley de 1932¹⁹⁷, pero como veremos, se trata de una pensión diferente que tiene también un fundamento solidario y una naturaleza jurídica (al menos) parcialmente asistencial, lo que alcanzaba una muy especial relevancia dada la tradicional dependencia económica de las mujeres, pese al reconocimiento igualitario constitucional y civil.

Puede ser definida como "aquella pensión satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre -debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro cónyuge y con la disfrutada

¹⁹⁵ ROCA I TRIAS, E., en *Derecho de familia... cit.*, V.L. MONTES y E. ROCA, Coords., p.33; en el mismo sentido *vid.* COBACHO GÓMEZ, J.A., *op.cit.*, pp.15 y ss.

¹⁹⁶ Siguiendo el modelo francés de la Ley de 11 de julio de 1975 y de la Ley italiana de 1 de diciembre de 1979, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1994, p.21.

¹⁹⁷ GARCÍA CANTERO, *op.cit.*, p.437.

durante el matrimonio, y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal¹⁹⁸.

Debe ser siempre solicitada (principio rogatorio), sólo por los aún cónyuges, tanto en los procedimientos de separación como en los de divorcio, siendo exigible desde la correspondiente sentencia y la forma de pago prevista entonces en el artículo 97, y la más frecuente, era la periódica, pese a ser posibles otras formas sustitutivas (que podían convenirse en cualquier momento), como la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes, o en dinero, contempladas todas ellas en el artículo 99 del Código Civil.

Su presupuesto básico era y es “el desequilibrio económico” que la crisis matrimonial, la separación o el divorcio, puede acarrear a una de las partes, en relación con la posición de la otra, siempre y cuando dicho desequilibrio implique un empeoramiento en su situación económica, en relación con la que tenía durante la convivencia matrimonial, pudiendo interpretarse que el momento relevante para apreciarlo es el de la cesación efectiva de la convivencia conyugal, pero también el de la demanda de separación o divorcio¹⁹⁹. El otro presupuesto era y es su reconocimiento judicial en sentencia de separación o divorcio²⁰⁰.

A tenor del artículo 97, debe fijarse desde entonces en resolución judicial, teniendo en cuenta los criterios de: los acuerdos de

¹⁹⁸ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.25-26.

¹⁹⁹ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M^a. P., *op.cit.*, pp.147-148.

²⁰⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.16 y ss. y 57 y ss.

los cónyuges (apartado 1º), edad y estado de salud (apartado 2º), cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo (apartado 3º), dedicación pasada y futura a la familia (apartado 4º), colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (apartado 5º), duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (apartado 6º), pérdida eventual de un derecho de pensión (apartado 7º) y el caudal, los medios económicos y las necesidades de cada cónyuge (apartado 8º). De entre todos ellos quisiéramos destacar que pueden entenderse como asistenciales los regulados en los apartados 2º (cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo), 3º (dedicación pasada y futura a la familia) y 8º (caudal, medios económicos y necesidades de cada cónyuge)²⁰¹.

Frente al consenso existente sobre el fundamento de los alimentos, el de la pensión compensatoria resultó controvertido desde un principio, al existir la posición de considerarlo asistencial (con base en el principio de solidaridad postconyugal y situando su razón de ser en el matrimonio) y la de decantarse por un fundamento indemnizatorio del daño causado por el cambio de estado (situando su razón de ser en la separación o el divorcio)²⁰².

Consecuentemente, su naturaleza jurídica es distinta, más controvertida y compleja que la de la pensión alimenticia. Por ello se han desarrollado muy diversas interpretaciones, como la que entiende que su naturaleza es exclusivamente asistencial (destinada a cubrir las necesidades del cónyuge en precaria situación económica), la que sostiene que su naturaleza es resarcitoria del daño producido a uno de

²⁰¹ GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.*, p.155.

²⁰² LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.23-27; quedando soslayada a estos efectos la culpabilidad, según CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.21-25.

los cónyuges por la separación o el divorcio y la partidaria de considerarla compensatoria de factores objetivos (como el cuidado de los hijos o la cooperación en los negocios del cónyuge) y de posibilidades futuras ²⁰³. Existe también la interpretación, que compartimos, de considerar la naturaleza de la pensión como compuesta o mixta²⁰⁴.

El artículo 97 no establecía límite temporal alguno para las pensiones, pero con el tiempo se ha venido interpretando factible su extinción por el vencimiento de un plazo, con base en la inexistencia de una disposición legal que lo prohibiese y teniendo como aval "su conformidad con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos"²⁰⁵.

3. La indemnización por nulidad, que está desde entonces regulada en el artículo 98 del Código Civil, fue prevista también como un efecto económico derivado de las crisis matrimoniales, pero con presupuestos, naturaleza y una forma de pago distintos a los de las pensiones alimenticias y prestaciones compensatorias.

Frente a la legitimación activa para solicitar la nulidad -que

²⁰³ LALANA DEL CASTILLO, C.E., *Ibid.*, pp.27-32.

²⁰⁴ *Vid.* CLEMENTE MEORO, M., *op.cit.*, pp.166-167, GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.*, p.155 y LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.32-33, citando jurisprudencia en el sentido señalado. *Vid.* también CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, pp.403 y 405 quien resalta las referencias expresas al carácter mixto o híbrido de la pensión compensatoria durante el debate parlamentario.

²⁰⁵ ORTEGA LLORCA, V., *op.cit.*, p.11263; La interpretación sería mantenida por sectores de la Doctrina y de la Jurisprudencia partidarios de la temporalidad de la pensión compensatoria, *vid.* también en este sentido CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, p.56; EMPARANZA SOBEJANO, L. y EZQUERECOCHA DEL SOLAR, E., "Estudio sobre el límite temporal de la pensión compensatoria entre cónyuges en caso de separación y divorcio", en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, Instituto de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992, pp. 15-343; e HIJAS PALACIOS, E., *op.cit.*, pp.217 y ss.

correspondía, según el artículo 74 a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a quien tuviese interés legítimo en ella (con las excepciones de los artículos 75 y 76)- la reclamación de la indemnización sólo correspondía al cónyuge de buena fe, en el mismo juicio de nulidad o en proceso distinto y específico, por el trámite de los incidente, admitiéndose su compatibilidad con la indemnización del artículo 1902, por daños y perjuicios, que podían alcanzar a otras personas, por tener como presupuesto no la convivencia, sino la causación consciente o negligente de los daños o perjuicios²⁰⁶. Estaba, por tanto, destinada sólo a los cónyuges, pues la consecuencia fundamental de la nulidad para los hijos, que era la atribución de su condición de matrimoniales, sufrió una importante mengua de su trascendencia en sentido patrimonial o sucesorio, al equiparse las distintas clases de filiación²⁰⁷.

Sus presupuestos eran el matrimonio declarado nulo por sentencia, la convivencia conyugal anterior a la declaración de nulidad y la actuación de buena fe del cónyuge reclamante²⁰⁸.

Para fijar la indemnización, el artículo 98 remitía al 97 (atendidas las circunstancias previstas en él), lo que suscitaba la duda de considerar el desequilibrio económico como presupuesto de la

²⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Derecho de familia cit.*, J.L. LACRUZ BERDEJO; F. de A. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, p.176.

²⁰⁷ LUNA SERRANO, A., en *Derecho de Familia cit.*, J.L. LACRUZ BERDEJO; F. de A. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, p.173.

²⁰⁸ También se interpretaba que el requisito no consistía tanto en la buena fe del demandante, sino en probar la mala fe del deudor, con lo que además del resarcimiento se entendía implícita la sanción de la mala fe, *vid.* CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de Familia, cit.*, V.L. MONTES y E. ROCA, Coords., p.175 y, en contra, GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.* p.177-178.

indemnización también en los casos de nulidad²⁰⁹. La modalidad de pago era y es unitaria, pues al no tratarse de una renta periódica, su pago lo es de una cantidad a tanto alzado²¹⁰.

Aunque en el Proyecto de Ley se había contemplado la equiparación entre la eventual pensión derivada de divorcio y de nulidad matrimonial²¹¹, finalmente la Ley no aclaró el fundamento de esta última, pese a lo cual su naturaleza ha sido considerada indemnizatoria o resarcitoria, pues “intenta compensar económicamente los inconvenientes de todo orden de la anómala situación personal en la que se ha encontrado el cónyuge de buena fe conviviendo con otra persona en aras de un vínculo inexistente”²¹².

Para comprender bien la realidad de entonces de la nulidad matrimonial en un país, como el nuestro, con una larga tradición de indisolubilidad matrimonial, habría que recordar su frecuente uso como vía sustitutiva y alternativa a la del divorcio, a diferencia del carácter marginal y claramente diferenciado que tenía en los países con tradición divorcista. Como dice GARCÍA RUBIO, “en un sistema como el nuestro en el que no resulta raro, ni mucho menos imposible, que se intente la declaración de nulidad con posterioridad o al tiempo de instar el divorcio, podría resultar que el cónyuge que no sufre el desequilibrio acudiese a la nulidad, precisamente para

²⁰⁹ La respuesta negativa se basaba en la falta de exigencia legal expresa y en la interpretación de la remisión al artículo 97 sólo a efectos de cuantificar o determinar el montante de la indemnización, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.19 y 20 y ROCA i TRIAS, E., en *Derecho de Familia... cit.*, V. L. MONTES y E. ROCA Coords., p.77.

²¹⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, p.20.

²¹¹ Lo que finalmente no cuajó, *vid.* GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, p.176.

²¹² LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Derecho de Familia cit.*, J.L. LACRUZ BERDEJO; F. de A. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, p.175.

eludir el pago de la pensión *post divorcio*²¹³. Ello podía dar lugar a consecuencias injustas, “pues si con las asignaciones económicas postmatrimoniales se trata de favorecer al cónyuge más débil, no se debe olvidar que la posición económica de este último es tras la nulidad o el divorcio, sustancialmente la misma”²¹⁴.

Una vez establecido el diseño de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales quedaba por constatar su efectivo cumplimiento, puesto que como se decía en el debate parlamentario de la Ley éste era un “punto práctico de excepcional importancia para hacer viable la separación o el divorcio”²¹⁵.

No hay que olvidar la realidad social en la que y para la que fue creada la Ley, en la que la fuente de ingresos externos correspondía muy mayoritariamente a los maridos y en la que los roles familiares estaban aún muy diferenciados para hombres y mujeres, como el de mantener económicamente la familia y el de cuidar personalmente al marido y a los hijos y atender al hogar; una realidad con un mercado laboral discriminatorio con las mujeres, especialmente con las embarazadas y con las ya madres. Como meros ejemplos descriptores de aquella realidad social previa a las leyes de 1981, con ALBERDI puede decirse que predominaban los acuerdos privados entre los cónyuges, que las cuantías de las pensiones alimenticias derivadas del divorcio no vincular oscilaban entre 4.000

²¹³ GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, p.180.

²¹⁴ GARCÍA RUBIO, M^a.P., *Ibid.*, pp.183-184, para quien podría mantenerse la existencia de eventuales obligaciones alimenticias tras la declaración de nulidad matrimonial, *Ibid.* pp.175 y ss; el Código civil italiano preveía para estos casos la obligación de alimentos, *vid.* GARCÍA CANTERO, G., *op.cit.* p.448 y GARCÍA RUBIO, M^a.P., *Ibid.*, p.179 (Nota 417).

²¹⁵ *Vid.* CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, p.407.

y 55.000 pesetas (la mayoría entre 20.000 a 25.000), teniendo como referencia que los sueldos de los trabajos remunerados de las mujeres oscilaban entre 20.000 y 35.000 pesetas al mes (para jornadas completa de mujeres cualificadas como peritos mercantiles, enfermeras, secretarias, etc.) y que en muchos casos las mujeres sólo obtenían de sus maridos el pago de los colegios de los hijos que solían vivir con ellas, por lo que la mayoría tenía que combinar varios tipos de ingresos, los de su propio trabajo, la pensión del marido y la ayuda de otros familiares²¹⁶.

IV.- 4. La inasistencia familiar-matrimonial en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983

Con el cambio político del Gobierno y el ascenso socialista al poder en 1982, el Proyecto de 1980 quedó aparcado, aunque fuera tenido en cuenta como modelo y punto de referencia por la nueva Propuesta de Anteproyecto de 1983.

En ella no se planteó la incriminación de los impagos derivados de separación, divorcio y nulidad, pero sí la reforma de las infracciones de inasistencia familiar, del delito en los artículos 223 y 224 y de la falta en el artículo 599, con algunas diferencias respecto al Proyecto de 1980.

Mientras, el artículo 223 decía:

“1. El que dejare de prestar la asistencia para el sustento de su cónyuge o ascendientes necesitados, y en todo caso para el sustento o educación de sus descendientes menores o incapaces, será castigado con la pena de arresto

²¹⁶ ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.161 y ss (esp. pp.183-184).

de diez a veinte fines de semana y multa de cuatro a ocho meses.

2. El Tribunal impondrá siempre al reo la pena de inhabilitación del derecho de patria potestad o de tutela por el tiempo de seis a veinte años”.

El artículo 224 añadía que

“1. El delito previsto en el artículo anterior sólo se perseguirá previa denuncia del agraviado, o del Ministerio Fiscal si se tratase de menores o incapacitados.

2. El perdón del ofendido mayor de edad o, en su caso del representante legal, previa aprobación del Tribunal, oído el Ministerio Fiscal, en el último supuesto, extinguirá la pena o la acción penal”.

Por su parte, el artículo 599 establecía:

“1. Serán castigados con la pena de multa de diez días a veinte días los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor que, sin estar comprendidos en el artículo 223 dejaren de cumplir los deberes de asistencia que les incumben con riesgo para la salud o educación de aquél.

2. Con la misma pena serán castigados los encargados de la guarda o custodia de un incapaz que dejaren de cumplir los deberes de asistencia que les incumban”.

Esta Propuesta de Anteproyecto y el Proyecto de 1980 compartían la reducción del delito a la inasistencia material o económica relativa al sustento para cónyuges y ascendientes cuando estuviesen necesitados y para menores o incapaces, en todo caso, la relativa al sustento y a la educación.

Como diferencias entre ellos podemos señalar las siguientes:

1. Además de no recoger en el artículo 223, 1º la referencia expresa que hacía el Proyecto a la posición de persona obligada del sujeto activo (“teniendo obligación de hacerlo”), lo más relevante fue la diversificación que la Propuesta hacía entre cónyuges y ascendientes sólo cuando estuviesen necesitados, por un lado, y, por otro, descendientes menores o incapaces entendiéndose que siempre lo estaban; podía, además, entenderse ampliada la protección asistencial económica (respecto al mínimo anterior), dado que se proponía proteger penalmente “la asistencia para el sustento” y el “sustento o educación”²¹⁷, desapareciendo la restricción de que fuese sólo la “indispensable”.

2. Aun entonces cabía resaltar el carácter novedoso de las penas de arresto de fin de semana y del sistema de días-multa. Aunque las penas eran las mismas, dejaban de ser alternativas para constituir una pena doble, por lo que se agravaba el castigo. Las penas accesorias específicas dejaban de ser potestad discrecional del Tribunal para convertirse en penas de obligada imposición, respondiendo a un nuevo planteamiento de regulación de las penas privativas de derechos, como las inhabilitaciones (del derecho de patria potestad o de tutela), con una duración, además de autónoma respecto de la pena principal, bastante severa (de seis a veinte años), con lo que puede afirmarse que también por esta vía se agravaba la sanción penal del delito.

3. En cuanto a la procedibilidad y su regulación como delito semiprivado no había cambios, pero en la regulación del perdón (artículo 224,2) hay que resaltar la adición del requisito de la audiencia

²¹⁷*Vid.* POLAINO NAVARRETE, M., "El delito de abandono de familia", *cit.*, p.802, quien señalaba, en sentido crítico, la falta de consideración de los educandos mayores con condiciones deficitarias de personalidad.

del Ministerio Público.

4. La falta del artículo 599 se correspondía sólo en parte con las faltas previstas en el artículo 670 del Proyecto (y 661 del Anteproyecto). Continuaba en ella la exigencia del riesgo para la salud o educación del menor en los incumplimientos, pero se establecía la demarcación entre el delito y la falta de un modo distinto. En el Proyecto (y también en el Anteproyecto) la frontera estaba entre el incumplimiento de la asistencia indispensable para el sustento de descendientes necesitados (delito) y el de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela y guarda de menores, con riesgo para la salud o educación, para la falta (falta). En la Propuesta de Anteproyecto el límite estaba entre el incumplimiento de la asistencia para el sustento o educación de descendientes menores o incapaces (delito) y el incumplimiento del resto de deberes de asistencia de la patria potestad, de la tutela y la guarda, siempre que hubiese riesgo para su salud o educación (falta).

5. Junto a las penas, lo más novedoso seguía siendo la sistemática, pues el delito estaba insertado en la Sección 3ª (“Del abandono de familia, menores o incapaces”) del Capítulo IIIº, relativo a “los delitos contra los derechos y deberes familiares” del Título Xº, regulador de los “Delitos contra las relaciones familiares”, a diferencia del Proyecto (y del Anteproyecto) que los consideraban “contra la familia”. La falta estaba sistematizada en el Título IIIº del Libro IIIº, entre las “Faltas contra las relaciones familiares”, y no como mantenían el Proyecto y el Anteproyecto, contra “el orden familiar”.

Como el Proyecto de 1980, esta Propuesta no siguió adelante y no llegó a aprobarse un nuevo Código penal; en su lugar, el entonces vigente fue objeto de una de las grandes reformas de la democracia: la reforma de 1983.

IV.- 5. La reforma en materia de perdón de la L.O. 8/1983, de 25 de junio

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal²¹⁸, no modificó ni la sistemática ni la regulación de los delitos ni la de las faltas de inasistencia familiar-conyugal, salvo la actualización de las penas de multa²¹⁹ y en lo relativo al perdón.

La Ley desglosó en dos el contenido del último párrafo del artículo 487, relativo a la perseguibilidad y al perdón, quedando recogida a partir de entonces la regulación de la perseguibilidad en su párrafo penúltimo, con idéntico contenido, por lo que el delito se mantuvo como semipúblico, sólo perseguible a instancia de la parte ofendida o del Ministerio Público, en caso de desvalimiento o indefensión.

La regulación del perdón de la persona ofendida fue, sin embargo, objeto de mayores cambios, puesto que a partir de entonces quedó expresamente previsto, en el último párrafo del artículo 487, sólo como causa de extinción de la acción penal (a diferencia de la situación anterior en la que estaba también previsto como causa de extinción de la pena), con la exigencia añadida de la aprobación del

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, F. y QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 1983*, Bosch, Barcelona, 1983.

²¹⁹ Pasando la del delito menos grave a una de 30.000 a 150.000 pesetas (antes de 5.000 a 25.000) y la del delito más grave a una de 30.000 a 300.000 pesetas (antes de 5.000 a 50.000 pesetas). En la falta, la multa pasó de una de 250 a 2.000 pesetas a la de 1.500 a 15.000 pesetas.

mismo por parte del Tribunal competente, previa audiencia del Ministerio Fiscal²²⁰. Aunque siguió admitiéndose el perdón expreso y el presunto, se suprimió la presunción del mismo “por el restablecimiento de la vida conyugal y el cumplimiento de los deberes asistenciales”, pues al decir de POLAINO NAVARRETE, “es obvio que la fundamentación del perdón presunto ha de determinarse conforme al conjunto de factores y circunstancias concurrentes en cada caso singular, y no por la mera constante de datos esporádicos como el establecimiento de vida conyugal o unilaterales como el cumplimiento de deberes asistenciales. El perdón sólo puede presumirse *iuris tantum* por actos inequívocos y concluyentes, que permitan apreciar la voluntad presunta del ofendido de otorgarlo, y extraer la conjetura de que en tales circunstancias, aun no constando de modo expreso, inequívocamente el sujeto pasivo lo habría otorgado en términos positivos. La presunción no se ha de apreciar según la estimación del legislador, sino según la acreditación de la presunta voluntad del agraviado”²²¹.

Acorde con el principio de igualdad de los cónyuges previsto en la Constitución y en el Código Civil, la Reforma suprimió del Código la referencia a “la autoridad marital” que aún se mantenía en el artículo 487 (y en el 452 bis g) sin reformar desde la Ley de 1942 y el Código de 1944, como pena privativa para el marido del derecho a la misma. Hay que recordar que, en el ámbito civil, había sido ya suprimida por la Ley 14/1975 de 2 de mayo y cabe añadir que la desaparición de su última referencia en nuestro Ordenamiento jurídico, no sería realizada hasta la L.O.14/1999, de 9 de junio, que reformó en el sentido indicado el artículo 104 de la Ley de

²²⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *El delito...cit.*, p.806 al señalar que el artículo 112,5^a,2^o (regla general) permitía a los Tribunales, previa audiencia del Ministerio Público, denegar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de los menores e incapaces, ordenando la continuación del procedimiento.

²²¹ POLAINO NAVARRETE, M., *El delito...cit.*, pp.806-807.

Enjuiciamiento Criminal.

IV.- 6. La criminalización de la inasistencia familiar-matrimonial y postmatrimonial en la reforma de la L.O.3/1989, de 21 de junio: el precedente inmediato del vigente delito de impagos

IV.- 6. a. La reforma de la inasistencia familiar-matrimonial en la L.O. de 21 de junio de 1989

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que dio a luz al delito de impagos, también reformó el delito y las faltas de abandono de familia tradicionales.

El texto del delito previsto en el artículo 487 quedó redactado del modo siguiente:

“Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1º. Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.

2º. Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviera por causa su conducta desordenada.

El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o 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 pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

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 texto de las faltas previstas en el artículo 584, quedó del siguiente modo:

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

“**1º.** 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”.

Y “**2º.** Los tutores o encargados de un menor de dieciocho (antes dieciséis) años que dejaren de cumplir los deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior”.

Los cambios entre la anterior regulación y la de 1989 fueron, por tanto, los siguientes:

1. En el delito se suprimió la referencia a la capacidad de pago recogida en la expresión “pudiendo hacerlo”, en relación a los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio y al igual que se había hecho en el artículo 487 bis de la misma reforma.

2. Se posibilitó la interpretación como un delito autónomo del regulado en el párrafo cuarto al sustituirse la expresión “cuando el culpable dejare de prestar” por la de “el que dejare de prestar”²²².

3. Se modificó la expresión “por culpa del referido cónyuge” por la de “por causa imputable al referido cónyuge”, adaptando con mayor precisión la regulación a la legislación civil, que no basaba en la culpa ni la suspensión ni la disolución del vínculo matrimonial.

4. Y, aparte de modificar la cuantía de las multas²²³, en las faltas fue suprimida la reprensión privada y la posibilidad de suspensión en el ejercicio de los derechos de guarda y educación del menor, que se vio sustituida por la sanción, también potestativa, de suspensión en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o tutela del menor (último párrafo del artículo 584). Se cambió igualmente su numeración y se suprimieron para padres y tutores los incumplimientos relativos a la educación y la instrucción primaria obligatoria²²⁴. Se añadieron, sin embargo las faltas de apoderamiento por padres, tutores y guardadores de los menores, quebrantando resoluciones judiciales y se reformó la edad de los

²²² BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del Código Penal de 1989*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp.77-78; BOIX REIG, J. en *La reforma penal de 1989*, BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T.S., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.168 y GARCÍA ARÁN, M., *La reforma penal de 1989*, MUÑOZ CONDE, F. Coord., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pp.114-115.

²²³Las del primer supuesto pasando a una multa de 100.000 a 500.000 pesetas (antes de 30.000 a 150.000) y en el segundo a una multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas (antes de 30.000 a 300.000).

²²⁴Sólo comprensible al considerarlos incluidos entre los deberes de la patria potestad, tutela o guarda, con GARCÍA ARÁN, M., en *La reforma cit.*, MUÑOZ CONDE, F, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M., F. MUÑOZ CONDE, p.148

menores tutelados, pasando de dieciséis a dieciocho años²²⁵.

Cabe añadir que, mientras que la excusa absolutoria del artículo 564 no fue reformada, la falta del artículo 570,1º sí que lo fue en cuanto a su numeración y sanción (multa de 5.000 a 25.000 pesetas, con supresión de la reprensión privada), quedando la pena del delito de desobediencia del artículo 237 idéntica a la del artículo 487 bis, relativo al delito de impagos de prestaciones económicas derivadas de los procedimientos de separación, divorcio y nulidad.

IV.- 6. b. La nueva criminalización de la inasistencia económica postmatrimonial

IV.- 6. b. 1) Los elementos del proceso de criminalización

Para comprender el proceso de criminalización primaria de los impagos de las prestaciones económicas derivadas de separación, divorcio y nulidad resulta necesario, en nuestra opinión, reconstruir las características más sobresalientes del contexto histórico del momento.

Dentro de su riqueza y complejidad, hemos seleccionado cuatro elementos como los más influyentes de aquella nueva criminalización:

²²⁵Fueron finalmente suprimidas las faltas de respeto a padres y tutores y los escándalos domésticos de los cónyuges; se suprimieron también casi todas las faltas previstas en el artículo 584 (en atención a su carácter de infracciones administrativas), pero se añadieron el incumplimiento de los deberes de tutela o guarda de personas enajenadas y la falta de atención a los ancianos dependientes por parte de los responsables encargados.

1. Los incumplimientos masivos.
2. El malestar de la Magistratura.
3. Las demandas del sector social feminista.
4. Y la insuficiente regulación penal, civil y procesal-civil entonces vigente.

IV.- 6. b. 1) a) Los incumplimientos masivos

La ejecución de la Ley 30/1981, de 7 de julio, relativa al divorcio, fue muy conflictiva, pues desde su entrada en vigor comenzaron a suceder, cada vez con mayor frecuencia y entre otros incumplimientos, numerosos impagos de las prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad y divorcio, hasta el punto de poderse afirmar que ya antes de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, la situación de impago era la más frecuente.

Además de numerosos, entre la diversidad de supuestos, como los acaecidos al margen de las decisiones judiciales o aquéllos otros en los que predominaba el mero conflicto económico, abundaron los casos en los que predominaba la carencia y la necesidad por afectar a personas (fundamentalmente mujeres e hijos/as) sin medios económicos propios para desenvolverse tras el divorcio, la separación o la nulidad y en los que a la vez se contrariaban las resoluciones judiciales. Cabe también destacar la escasa conciencia social sobre la gravedad de la situación en un primer momento ²²⁶, debido

²²⁶ PÉREZ MANZANO, M., "El delito de impago de prestaciones económicas

probablemente a la falta de cultura divorcista en nuestro país y al entonces aún reciente poso tan polémico de la Ley reguladora del divorcio.

Como recordaba ZUGALDÍA ESPINAR, era preciso "reconocer que una picaresca de todos conocida (profesionales liberales sin nóminas embargables, trabajadores que acuerdan con sus empresas ocultar su salario real, bienes puestos a nombre de otros, etc.) han convertido, en muchos casos, en papel mojado las resoluciones judiciales en procedimientos de separación, divorcio y nulidad en las que se acuerdan pensiones en favor del cónyuge o los hijos, dando lugar a situaciones auténticamente penosas"²²⁷.

Los impagos implicaban, por tanto, un doble perjuicio para la seguridad asistencial familiar-conyugal y post-conyugal y para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO expresaba detalladamente la situación en su Circular 3/1986, sobre la *Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio*, explicando la necesidad y las dificultades de cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichos procedimientos y proponiendo su mayor y más activa intervención; en su *Instrucción 3/1988, de 1 de junio*, llamaba la atención sobre la frecuencia de los incumplimientos alimenticios en los procesos matrimoniales respecto de hijos y cónyuges (por razones como la acumulación de trabajo en

derivadas de separación, nulidad o divorcio", *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, N° 21, marzo 1991, p.34.

²²⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989", *Poder Judicial*, N° esp. XII, 1990, p.239; *vid.* también MARTIN LÓPEZ, M^a T., "Notas sobre el delito de impago de pensión", en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Colección Estudios, edics. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2000, pp.25 y ss.

los juzgados o la resistencia de la persona obligada al pago), llegando a considerarla una situación que no podía consentirse, por lo que el Fiscal General decía interesar “a todos los Fiscales, que pongan todo su esfuerzo para que estas obligaciones de alimentos se cumplan, ejercitando todos los medios concebidos por el Ordenamiento Jurídico, incluso las acciones penales cuando sean procedentes”²²⁸.

IV.- 6. b. 1) b) El malestar de la Magistratura

La situación descrita produjo, como es lógico, malestar en la Magistratura o, al menos, en ciertos sectores de la misma. Se reconocía la ineficacia de la Administración de Justicia ante los numerosos y constantes incumplimientos de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad, con el subsiguiente “colapso en el funcionamiento de los Juzgados de familia”²²⁹, que habían sido creados por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, con base en la disposición final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Las dificultades a la hora de perseguir penalmente los impagos, provocaron la posición de espera de un precepto más específico que regulase la materia²³⁰. En esta situación la inaplicación

²²⁸ En ambas se proponía la adopción de muy diversas medidas de garantía, incluyendo la de supeditar el derecho de visita al pago de la pensión alimenticia establecida. Conviene recordar a estos efectos el papel de la Fiscalía en la vigilancia de la correcta ejecución de los convenios y de las resoluciones judiciales, así como en la persecución de los incumplimientos, defendiendo los intereses de los más desfavorecidos.

²²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma y actualización del Código Penal*, (L.O. 3/1989 de 21 de junio), Imprenta Pérez Galdós, Las Palmas de Gran Canaria, 1989, p.117.

²³⁰ FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, Edersa, Madrid, 1994, p.243 señalaría cómo resultaba “revelador que los valedores del actual tipo penal emerjan del ámbito judicial”.

judicial a los impagos de las figuras de desobediencia puede considerarse como una forma de presión indirecta para la creación de un nuevo precepto que los regulase de forma directa.

Como indicaba GARCÍA GIL, la "introducción en nuestro ordenamiento penal de una figura delictiva específica para las conductas consistentes en el incumplimiento del mandato judicial referente a los hijos, extensiva también al relativo a los pronunciamientos de la sentencia del juez civil referentes al otro cónyuge, alimentos, pensión compensatoria, etc., se muestra a la vista de lo dicho una necesidad que no debería postergarse por más tiempo, y en esta dirección apunta la última reforma del Código Penal" ²³¹. Cabe citar a MARCHENA GÓMEZ, quien decía en el mismo sentido que "la necesidad de un precepto como el art. 487 bis resultaba insoslayable. Sólidos argumentos habían sido enarbolados para justificar, además de la insuficiente y discutible cobertura que ofrecía el art. 487 a los comportamientos que ahora se incriminan, la exigencia de una mayor contundencia a la hora de sancionar la culpable exoneración de los deberes económico-asistenciales derivados de los procesos matrimoniales. El generalizado colapso de los Juzgados de familia y los interminables expedientes de ejecución, con tan continuas como inútiles oscilaciones entre la jurisdicción civil y la penal, reclamaban una solución de política criminal como la que ahora se instaura"²³². Por su parte, DE VEGA RUIZ insistía "en la viabilidad de la reforma, porque el problema está bien patente, es bien grave. Es, se ha dicho también, una "situación social real" -y continuaba diciendo que- "los sucedáneos que se indican no nos bastan. Y no nos bastan porque los jueces necesitan que la

²³¹ GARCÍA GIL, F.J., "La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial", *Revista jurídica La Ley*, T. 1989, pp.866-867.

²³² MARCHENA GÓMEZ, M., *op.cit.*, p.117.

incriminación de la conducta concreta esté perfectamente documentada en el pertinente artículo penal. No se puede dejar al arbitrio del juez el someter a un determinado precepto la conducta del que deja de atender a esa obligación familiar"²³³.

Probablemente, las insistentes críticas de la abogacía feminista, dirigidas a la legislación entonces vigente y al funcionamiento de la Administración de Justicia agudizaron dicho malestar. En este sentido, merece recordarse el trabajo de RUCOSA ESCUDE y PERELLÓ REGUEIRO, en el que se valoraba negativamente, entre otros aspectos, la ineficacia de las resoluciones judiciales respecto del cumplimiento del pago de las pensiones: por la exigüidad de las mismas, por los problemas existentes para su cobro derivado de la inejecutabilidad de las resoluciones en los casos de insolvencia ficticia del obligado, la lentitud de los embargos o la desaparición de los bienes diferentes al sueldo a la hora de ejecutar las sentencias. En él se decía textualmente: "el marido es consciente de que paga porque quiere y por tanto lo hace cuando quiere y como quiere, sabiéndose protegido, ya que en caso de que se le requiera judicialmente, podría aún pagar más despacio e irregularmente. Todo ello hace que la mujer siga siendo un ser discriminado que carece de escasas salidas ante este problema, siendo las más frecuentes las de acogerse a la protección de sus padres o a la de otro hombre"²³⁴.

²³³ DE VEGA RUIZ, J.A., *La prisión por deudas conyugales*, Edit. Colex, Madrid, 2ª edic., 1994 (1ª edic., 1991), pp.120-121.

²³⁴ RUCOSA ESCUDE A. y PERELLÓ REGUEIRO, "Eficacia de las resoluciones", en *Primeras Jornadas Aplicación del Derecho y la Mujer*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, serie Documentos, 4, Madrid, marzo-abril, 1984, p.61; *vid.* también "Órganos de la justicia: los jueces", trabajo realizado por un Colectivo de Mujeres abogadas, *Ibid.* p.19; y "Las Conclusiones de las Primeras Jornadas", en las que se solicitaba al Consejo General del Poder Judicial, al Ministerio de Justicia y al Ministerio Fiscal la aplicación del artículo 237 del Código Penal en los supuestos de impagos de pensiones y alimentos, al igual que en los casos de obstrucción al régimen de visitas, *Ibid.*, pp.69 y ss.

IV.- 6. b. 1) c) Las demandas del sector social feminista

Dentro del proceso de criminalización de los impagos cabe mencionar también las reivindicaciones feministas sobre la materia pues, como dice GONZÁLEZ GUITIÁN, aunque no pueda hablarse de una relación mecánica de causa-efecto, la presión de los sectores sociales mencionados tuvo importancia en la aparición del artículo 487 bis²³⁵.

La finalidad era lograr un cambio legislativo consistente en una nueva criminalización: la de los impagos de pensiones derivadas de los procesos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad. En el *Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1988-1990*, en relación con el *Area de Actuación 1*, referente a "La Igualdad en el Ordenamiento Jurídico, Familia y Protección Social", el Objetivo 1.3 era "Posibilitar el efectivo cumplimiento de las obligaciones y la adecuada percepción de las pensiones fijadas en las resoluciones judiciales recaídas en procesos de separación o divorcio matrimoniales", ya que, "en caso de separación o divorcio, uno de los mayores problemas que tiene que enfrentar el cónyuge menos favorecido o aquel a cuyo cargo quedan los hijos -supuestos ambos que, en la mayoría de los casos, atañen a las mujeres- es la dificultad del cobro de las pensiones fijadas en la resolución judicial; lo cual puede crear graves situaciones de convivencia a dicho cónyuge y a los hijos a su cargo. De ahí la

²³⁵DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.50; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XVII, 1993-94, pp.93-94; LARRAURI, E., "Control formal... y el Derecho Penal de las mujeres", en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, E. LARRAURI Compil., Edit. Siglo XXI, Madrid, 1994, pp.93 y 99 y OCTAVIO DE TOLEDO, E., *op.cit.* p.92; *vid.* también la *Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/1990, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.*

necesidad tanto de establecer los mecanismos apropiados para amparar estas situaciones como de arbitrar las medidas precisas para sancionar debidamente el incumplimiento de dichas resoluciones". La actuación 1.3.2. de dicho objetivo consistía, por su parte, en "modificar el artículo 487 del Código Penal (...) introduciendo como supuesto específico del delito de abandono de familia el impago de las pensiones de alimentos fijadas en resolución judicial, cuando dicho impago obedezca a determinadas circunstancias"²³⁶.

Anteriormente, en 1984, en las *Conclusiones de los Seminarios realizados con el patrocinio de la Asociación Española de Mujeres Juristas (A.E.M.J.)* sobre la Ley 11/81 de 13 de mayo y sobre la Ley 30/81 de 7 de julio de reforma del Código civil, se proponía la inclusión "en un último inciso del artículo 93 como garantía para el cumplimiento de este tipo de obligaciones (alimentos para los hijos) la imposición de una sanción penal: el arresto domiciliario de fines de semana, además de sanciones propiamente pecuniarias", a la vez que se solicitaban medidas penales (sin especificar) para evitar el menoscabo de los intereses del cónyuge no infractor durante la liquidación del régimen económico matrimonial.

Las reformas propuestas se fundamentaban en la defensa de la situación de las mujeres implicadas en los procedimientos señalados y en la de los hijos que quedaban a su cuidado, puesto que, sociológicamente, constituían -especialmente las primeras- el grueso de las personas afectadas por los impagos de las pensiones, y carecían en numerosos supuestos de medios económicos propios, bien por no tenerlos desde antes del matrimonio, o por no obtenerlos durante el mismo, entre otras razones, por haber renunciado a un trabajo externo

²³⁶*Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1988-1990*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1987, p.28. y p.29.

al del hogar y remunerado, o por no haberse ni siquiera planteado tenerlo, en atención al marido y, en su caso, a los hijos. También por las dificultades de obtenerlo y por la escasa preparación y cualificación de muchas mujeres de la época. Todo ello era el fruto del reparto tradicional de papeles dentro de la estructura familiar y en ello residía, precisamente, el problema para las mujeres sin medios que querían ejercer su derecho al divorcio o respecto de las cuales lo ejercían sus maridos.

Para explicar mejor el papel jugado por los grupos feministas en la nueva criminalización de los impagos nos parece interesante y útil el concepto criminológico de “empresarios o gestores morales”, utilizado para entender la intervención en la gestación de las normas penales de grupos y agentes sociales cuyos intereses o puntos de vista prevalecen en las decisiones adoptadas por los grupos políticos y parlamentarios²³⁷.

Aplicado a nuestro estudio, y dejando claro que la figura delictiva no fue planteada en el Proyecto de Ley de reforma, creemos que la influencia feminista sobre el legislador de entonces, política y socialmente sensible a sus reivindicaciones, se corresponde con lo que SCHEERER ha denominado "empresariado moral atípico" o “gestores morales atípicos”²³⁸. Con este concepto el autor pretende explicar la influencia desempeñada por determinados sectores sociales en los procesos de criminalización primaria, así como su

²³⁷ Aportación original de BECKER, H.S, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press, New York, reedic. 1973, pp.147 y ss. (1ª edic. de 1966 y trad., *Los extraños*, Edit. Amorrortu, Buenos Aires, 1970).

²³⁸ SCHEERER, S, "L'entrepreneur moral atypique", *Deviance et Société*, Vol. IX, N° 3, 1985, pp.267-289; *vid.* también LASCOUMES, P., "Gli attori e la legge penale. Pluralità di attori, pluralità di azioni, nell'odierna formazione delle leggi", *Dei delitti e delle pene*, 1, 1992, pp.27-44.

pretensión moral y simbólica. Se trata de una intervención similar a la del llamado "empresariado moral" "tradicional" o "típico", por su influencia en los cambios legislativos, pero, a diferencia de este último (políticamente conservador), "los nuevos gestores morales" están organizados en movimientos sociales progresistas, como los feministas, ecologistas, o antirracistas, etc. que, partiendo de postulados teóricos y militantes de la "criminología crítica" y del "labelling approach", se dedicaron, desde los años 80 del siglo pasado, a debatir y crear conciencia, desde sus perspectivas y campos de acción respectivos, sobre las desigualdades reales del Derecho Penal, tanto en su génesis como en su aplicación, así como a luchar por un Derecho Penal más igualitario ²³⁹. Como dice LARRAURI, los movimientos sociales mencionados "arguyen no estar especialmente interesados en el castigo -que también- sino, fundamentalmente, en la función simbólica del derecho penal" y -continúa diciendo la autora- "lo que se consigue con la criminalización de estas actividades es, en primer lugar, la discusión pública acerca del carácter nocivo de ellas, que el público se conciencie mediante la campaña previa y, en segundo lugar, cambiar la percepción pública, el marido que no paga la pensión alimenticia a su mujer ya no es el "espabilado" sino un delincuente"²⁴⁰.

²³⁹ En el seno de la Criminología crítica se dio a lo largo de varios años un intenso debate político criminal entre estos grupos (especialmente, feministas y abolicionistas) sobre la contribución de la Criminología a la ampliación o a la restricción y abolición del Derecho penal, *vid.*, entre otros, LARRAURI, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991, pp.216 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1999, pp.46 y ss. (2ª edic. De 2001, pp.61 y ss) y VAN SWAANINGEN, R., "Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida", en *Papers d'Estudis i Formació, Condiició femenina i justícia penal*, 1990, N° 5, 1989, pp.85-107.

²⁴⁰ *Vid.* LARRAURI, E., *Ibid.*, p.220 sobre la importancia simbólica que tiene el Derecho Penal para el sector social feminista, pp.216 y ss.

IV.- 6. b. 1) d) La insuficiencia de la regulación penal, civil y procesal-civil

IV.- 6. b. 1) d)1. La insuficiencia de la regulación penal

Los preceptos penales vigentes planteaban problemas para su aplicación a los impagos. Es lo que sucedía con los relativos al delito de inasistencia familiar-conyugal del artículo 487 y a la falta del artículo 584, con las desobediencias (el delito del artículo 237 y la falta del artículo 570,5), así como con el artículo 519, relativo al delito de alzamiento de bienes.

Aparte de los incumplimientos asistenciales relativos a los hijos y descendientes menores o incapaces que podían ser cubiertos por los artículos 487 y 584, en cuanto a los cónyuges y ex cónyuges se refiere, el artículo 487 sólo permitía cubrir algunos de los impagos en los supuestos de separación (mediando matrimonio): con dificultad los alimenticios con base en el párrafo primero²⁴¹ y, de forma más clara, los relativos a la "asistencia indispensable para el sustento" con base en el párrafo cuarto²⁴² siempre que los aún cónyuges estuviesen necesitados y cuando la separación fuese sin

²⁴¹ Pese a poder serlo, la jurisprudencia de los años 80 se mostró restrictiva en su aplicación, remitiendo para su reclamación a la vía civil, LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.* p.26 (Nota 65); recordemos también las reticencias jurisprudenciales para admitir los alimentos en las separaciones de hecho, *vid. supra* pp.131 (Nota 180) y 135 (Nota 189).

²⁴² Cuyo concepto se interpretaba como mínimo alimenticio o "auxilios necesarios para la vida" (reconocidos para los hermanos en el artículo 143, 2, del Código civil) *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª edic, 1995, p.52; BUSTOS PUECHE, J.E., "Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código Penal (abandono de familia)", *Anuario de Derecho Penal*, 1978, p.624; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, pp.206-207; PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, pp.31 y ss (esp. p. 52, Nota 70) y RODRÍGUEZ DEVESA, JM^a/SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 18ª edic., 1995, p.344.

culpa, pues estaban expresamente excluidos los supuestos de separación por culpa del cónyuge acreedor. Cabe añadir que el precepto tampoco servía para cubrir los impagos de pensión compensatoria en las separaciones, pues el artículo 487 no contenía referencia alguna a la resolución judicial que dicha pensión conlleva y porque podía entenderse que era distinta y más amplia que los alimentos y, desde luego, que "la asistencia indispensable para el sustento"²⁴³.

Además de no poder cubrir los impagos relacionados con los procedimientos de nulidad y de divorcio²⁴⁴, hasta la reforma de 7 de julio de 1989, el párrafo cuarto del artículo 487 contenía la dificultad añadida de la exigencia jurisprudencial de los requisitos contemplados en los apartados primero y segundo del párrafo primero: a saber, el "abandono malicioso del domicilio familiar" o la "conducta desordenada", pues jurisprudencialmente aún se entendía que el párrafo cuarto regulaba un subtipo agravado del contemplado en el párrafo primero que exigía constatar para su aplicación los requisitos

²⁴³ Aunque "la asistencia indispensable para el sustento" también era interpretada en sentido más amplio como alimentos civiles del artículo 142 del Código Civil: *vid.* BELLO LANDROVE, F., *op.cit.*, pp.394-395; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª edic., 1993, p.742; GÓMEZ PAVÓN, P., "Comentario al artículo 487 del Código Penal" en *Código Penal Comentado*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS L. *Coords.*, Akal, Madrid, 1990, p.921) y RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, I*, COBOS GÓMEZ DE LINARES M. A.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Y RODRÍGUEZ RAMOS L., Akal Iure, Madrid, 1990, p.301.

²⁴⁴ Pese a la interpretación realizada por OCTAVIO DE TOLEDO en el sentido de aplicar dicho precepto a los supuestos de divorcio en los que se dejaba de prestar "la asistencia indispensable para el sustento" del ex cónyuge necesitado, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op.cit.*, pp.99 y 106-107; en sentido crítico por considerarla una interpretación contraria al principio de legalidad (al no haber cónyuge) y ser contraria al reo *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER E., CARBONELL MATEU, J.L. y Coord. T.S VIVES ANTÓN., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª edic., 1990, p.55 y PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.39 (Nota 26).

del tipo básico, además de los propios. Puesto que los requisitos mencionados no siempre se daban, en numerosos ocasiones tampoco podía aplicarse el mencionado artículo.

En cuanto a la aplicación a los impagos de los preceptos relativos a la desobediencia a la autoridad en el ejercicio de las funciones de su cargo (artículos 237 y 570) cabe decir que hubiera sido factible tanto en los supuestos de divorcio y separación, como en los de nulidad; con el artículo 237 se hubieran podido cubrir los impagos que constituyesen desobediencia grave (previo requerimiento) y con el artículo 570, párrafo 5º, los impagos considerados como desobediencias leves, aunque entonces no hubiera quedado suficientemente explicitado, en nuestra opinión, el contenido de asistencial del delito.

En todo caso, la aplicación de los preceptos mencionados planteaba dos tipos de dificultades que había que resolver: considerar a los impagos como desobediencia grave (delito) o como desobediencia leve (falta) y la exigencia jurisprudencial añadida del previo requerimiento (de pago) para la apreciación del delito.

El Código penal de 1973 no ofrecía criterios para diferenciar entre la desobediencia grave y la leve, aunque como decía CEREZO MIR, sería deseable que lo hubiera hecho pudiendo "utilizarse para ello, como punto de partida, el criterio mantenido hasta ahora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero precisando aún más su contenido, es decir, indicando, por ejemplo, cuál debe ser el origen del mandato, los motivos del hecho, la trascendencia de la orden, etc."²⁴⁵.

²⁴⁵CEREZO MIR, J., "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p.251.

Los criterios jurisprudenciales utilizados para delimitar la gravedad de la desobediencia eran, según CERESO MIR: el origen del mandato, los motivos del hecho, la trascendencia de la orden, la gravedad de la infracción, la persistencia en la oposición y el desprestigio a la autoridad²⁴⁶. Por su parte, CÓRDOBA RODA estimaba como una cuestión no aclarada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si la oposición persistente y reiterada del administrado al cumplimiento de la orden o mandato, era constitutiva de la desobediencia misma, o de su gravedad, y señalaba que la línea divisoria de esta última era imprecisa²⁴⁷. MESTRE LÓPEZ reseñaba que los criterios anteriormente mencionados no habían variado en la jurisprudencia de los últimos años y añadía el de la trascendencia del acto, el de los accidentes de lugar, modo y tiempo, el de intencionalidad del agente y los de jerarquía de la autoridad y demás datos ambientales, alegando también que la mayoría de las resoluciones examinadas tenían en común el destacar que la línea divisoria entre el delito y la falta debía “deducirse del conjunto de circunstancias que rodean al hecho”²⁴⁸.

En cuanto al requisito de previo requerimiento de pago, sin estar previsto expresamente en el Código, era considerado esencial

²⁴⁶ CERESO MIR, J., *Ibid.* p.249.

²⁴⁷ CÓRDOBA RODA, J., "Artículo 237", en *Comentarios al Código Penal*, T. III, Edit. Ariel, Barcelona, 1978, p.522.

²⁴⁸ MESTRE LÓPEZ, J., *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes. (Estudio del artículo 237 del Código Penal)*, Bosch, Barcelona, 1986, p.24. Sobre la base de los criterios jurisprudenciales reseñados, mantenían que su línea divisoria es "tenue y sutil", ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., "Artículo 237", en *Código Penal. Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1991, p.533 y que su diferencia es "circunstancial" y "relativa", MANZANARES SAMANIEGO, J.L. y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 2ª edic., 1990, p.647. Incidiendo en la importancia de las consecuencias derivadas del incumplimiento de lo ordenado, sobre todo, en materia de abandono de familia, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, E., *op.cit.*, p.106.

por la jurisprudencia para la apreciación del delito de desobediencia. Como dice MESTRE LÓPEZ, para la existencia del delito era necesario, según constante jurisprudencia, que la orden o mandato personal que la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones imponga al particular, sea expresa, terminante clara y que se haga conocer a éste por medio de un requerimiento formal, personal y directo, entendiéndose por tal, todo acto judicial o administrativo "por el que se hace saber, se notifica que se haga o se deje de hacer alguna cosa, bajo el apercibimiento (...) de proceder por delito de desobediencia"²⁴⁹. Añadía que para la estimación del delito resultaba insuficiente la existencia de un único requerimiento, lo que implicaba la exigencia de reiteración de la orden y, en consecuencia, la de practicar varios requerimientos, lo que se relaciona con la exigencia de persistencia en el/la administrado/a de reiterada rebeldía, para apreciar el delito²⁵⁰.

Pese a todo, MESTRE LÓPEZ también afirmaba que la exigencia no era absoluta, puesto que el Tribunal Supremo había prescindido del requisito para la estimación del delito cuando la conducta del interesado ponía de manifiesto que conocía real y positivamente la orden que debía acatar y, no obstante, la desobedecía gravemente²⁵¹.

De hecho, los preceptos no fueron aplicados por los Tribunales a los supuestos de los impagos derivados de separación, divorcio y nulidad ²⁵², alegando unas veces la inexistencia de

²⁴⁹ MESTRE LÓPEZ, J., *Ibid.* p. 37.

²⁵⁰ MESTRE LÓPEZ, J., *Ibid.* p. 40.

²⁵¹ MESTRE LÓPEZ, J., *Ibid.* p. 41.

²⁵² *Vid.* COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., Derecho Penal. *Parte*

requerimientos judiciales de pago²⁵³ y otras que el artículo 237 no servía para los supuestos aquí analizados²⁵⁴.

El artículo 519 podía resultar también aplicable a los supuestos de alzamiento de bienes en perjuicio de los ex cónyuges divorciados y de aquellos cuyo matrimonio había sido declarado nulo. Resultaba, sin embargo, inaplicable a los alzamientos de bienes en perjuicio de los cónyuges separados (legales o de hecho) y respecto de los hijos, debido a la vigencia de la excusa absolutoria contemplada en el artículo 564, que afectaba al delito y que no había sido reformada. También era de posible apreciación el delito de estafa al que igualmente afectaba la excusa absolutoria²⁵⁵.

La regulación penal, en definitiva, dejaba latente la viabilidad de un precepto que regulara de forma directa la materia y que abarcara todo el desvalor, protegiendo tanto la asistencia postconyugal como el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, tratando de prevenir los perjuicios para los particulares y

Especial...cit., 3ª edic., 1990, p.758. Tampoco se aplicaban en concurso con el abandono de familia, que no cubría el incumplimiento de las resoluciones judiciales. *Vid., sin embargo*, MESTRE LÓPEZ, J., *Ibid.*, pp.67-70 citando sentencias del Tribunal Supremo anteriores a la reforma civil de 1981 en las que sí se apreciaba delito de desobediencia.

²⁵³ Reconocido así por la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su *Circular N° 2/1990 cit.*, que se hacía las siguientes preguntas: ¿Por qué no se practicaban los requerimientos en esta materia? ¿Por qué se aplicaba el 237 a las desobediencias graves de lo acordado judicialmente en materia de abandono del domicilio conyugal, cuando su uso había sido atribuido al otro cónyuge, en materia de guardia y custodia, o de régimen de visitas de los hijos, y no en relación a los impagos de pensiones?

²⁵⁴ Así, DE VEGA RUIZ J.A., *op.cit.*, pp.41 y 42 cuando decía que "no se nos diga que ahí está el delito de desobediencia para remediar la negativa injustificada, porque éste tampoco regía en el impago de las prestaciones y tampoco servía de nada" -y añadía- "eran escasísimos los supuestos en los que se condenaba por desobediencia ante el impago de prestaciones económicas".

²⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, p.78, y FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.271.

para el sistema de Justicia. Como diría posteriormente PÉREZ MANZANO, "sólo tras una labor de interpretación no siempre sencilla, y en algunos casos contraria al principio de legalidad y al reo, podría afirmarse que todos los supuestos incluibles en el actual artículo 487 bis podrían haberse castigado conforme a los delitos de desobediencia del artículo 237, alzamiento de bienes del artículo 519, o infracción de los deberes de asistencia familiar del artículo 487, párrafo 2"²⁵⁶.

Cabía plantear una reforma penal que modernizase las figuras de inasistencia familiar-conyugal que permanecían sin reformar sustancialmente desde 1944 (lo que sólo muy parcialmente se hizo), y resultaba también factible una ampliación de la protección penal asistencial a los miembros inmersos en las crisis matrimoniales, pues las relaciones familiares y de pareja se habían transformado de manera importante y las situaciones de vulnerabilidad se habían desplazado del matrimonio a sus crisis y al momento posterior a su disolución²⁵⁷.

IV.- 6. b. 1) d)2. La práctica de la regulación civil

Puesto que la reforma en materia de separación, divorcio y nulidad procedía de 1981, era bastante improbable que tuviese lugar

²⁵⁶ PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.34.

²⁵⁷Había que tener en cuenta que el delito "clásico" de abandono de familia (pese a la influencia en él, ya señalada, de la supresión del delito de adulterio) se encontraba en tendencia a la baja lo que, según HIJAS PALACIOS, J., *op.cit.*, pp.1173-1176 era debido a la honda repercusión en materia familiar de la Ley de matrimonio y divorcio de 7 de julio de 1981 que facilitó que las causas penales de abandono se desplazasen a los procedimientos civiles; *vid.* en igual sentido MAQUEDA ABREU, M^aL., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, p.123 y FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, pp.311 y ss. y 330.

otra reforma civil, dada la cercanía temporal de la anterior y, sobre todo, su carácter altamente polémico, social y jurídicamente. La voluntad del legislador parecía clara y estabilizada, y por esta vía puede decirse que en aquel momento no era probable otra reforma aunque, obviamente, fuera posible²⁵⁸.

Quisiéramos destacar que en la práctica judicial los límites y las funciones de las diferentes pensiones no eran tan claros como en la regulación legal. La cuantía de las pensiones compensatorias era en términos generales bastante reducida, mientras que la de las alimenticias podía no sólo abarcar la manutención, sino también la capacitación del alimentista, según la posición social de la persona obligada. En este sentido LUNA SERRANO señala que la pensión compensatoria suplía de ordinario las necesidades del alimentista²⁵⁹. Según EMPARANZA SOBEJANO y EZQUERECOCHA DEL SOLAR, en el ámbito judicial era “frecuente la confusión entre alimentos y pensión compensatoria para el cónyuge más desfavorecido y, de hecho, se suele conceder la pensión compensatoria en base a la necesidad y no en base al desequilibrio económico, dándose incluso la situación de que, habiendo solicitado alimentos para la mujer como consecuencia de la separación, la resolución otorgue pensión compensatoria y no tales alimentos”²⁶⁰.

²⁵⁸REINA, V. y MARTINELL, J.M., en su *Propuesta de reforma de la legislación matrimonial*, PPU, Barcelona, 1987, pp.89-90 el artículo 97 quedaba intacto, con pequeñas modificaciones sobre la legislación vigente.

²⁵⁹LUNA SERRANO, A., en *Derecho de Familia, cit.*, J.L. LACRUZ BERDEJO; F. de A. SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, J., p.249, Nota 51.

²⁶⁰ EMPARANZA SOBEJANO, L. y EZQUERECOCHA DEL SOLAR, E., *op.cit.*, p.318. En el mismo sentido *vid.* CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de Familia, cit.*, V.L. MONTES y E. ROCA *Coords.*, p.163; GARCÍA CANTERO, G., *op.cit.*, p.445; GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, pp.153 y ss. y VALLADARES, E., *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Edit. Cívitas, Madrid, 2^a edic., 1982, p.429.

LALANA DEL CASTILLO también decía que "en muchas ocasiones dados los escasos recursos del deudor, la pensión por desequilibrio sólo alcanza a subvenir a esas necesidades vitales"²⁶¹, y reconocía que "en la práctica difícilmente va a poderse conceder una pensión cuya cuantía alcance para mantener el nivel de vida de los cónyuges. En la gran mayoría de las ocasiones la pensión compensatoria no va a permitir ni siquiera subsistir al cónyuge acreedor y en este punto recuerdo que el 70% de las pensiones concedidas abarca de 7.500 a 30.000 ptas. al mes"²⁶². En sentido similar CAMPUZANO TOMÉ alegaba, en relación a la pensión compensatoria, que "la práctica demuestra que la función que, en último término va a desempeñar (...) se traducirá en la entrega de una cuantía de pensión que le permita "vivir" simplemente o, en el mejor de los casos, vivir con cierta holgura" y -continúa- "es irreal crear una figura destinada a mantener un nivel de vida adquirido, cuando en la mayor parte de los casos tal nivel no se alcanza", lo que ocurría, según la autora, en un Estado como el español que arrastraba una crisis económica y en el que predominaba la clase media²⁶³.

A la vista de lo señalado podemos concluir que, pese al carácter compensatorio con el que fueron diseñadas y reguladas las pensiones por desequilibrio económico, en la práctica, cumplieron en numerosas ocasiones una "función asistencial" muy similar a las estrictamente alimenticias.

²⁶¹ LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, p.28.

²⁶² LALANA DEL CASTILLO, C.E., *Ibid.* p.39 (hasta 1993).

²⁶³ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.71-72.

IV.- 6. b. 1) d)3. La insuficiencia de la regulación procesal-civil

La regulación procesal-civil de la materia estaba recogida en la propia Ley de 7 de julio de 1981, en sus disposiciones adicionales, especialmente en la 5ª, 6ª y 7ª, previendo procedimientos distintos para las diversas causas matrimoniales existentes²⁶⁴. Con LÓPEZ BARJA DE QUIROGA hay que recordar el carácter y la vocación temporal que tenía la propia Ley, en tanto no se modificase la de Enjuiciamiento Civil, según la Disposición adicional primera²⁶⁵.

En términos procesales el incumplimiento de las resoluciones judiciales en los procedimientos matrimoniales está conectado fundamentalmente con las medidas cautelares y con la ejecución de sentencias.

Entre las diferentes medidas cautelares ²⁶⁶ dirigidas al aseguramiento del pago de las pensiones en los procesos matrimoniales encontramos las comunicaciones a los Bancos para bloquear las cuentas corrientes, los embargos o las retenciones de sueldos o pensiones, los oficios a las empresas para no abonar las indemnizaciones que pudieran ser bienes gananciales, o los oficios al

²⁶⁴ Vid. en este sentido ROMERO COLOMA, A. Mª., *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*, Serlipost, Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1994, pp.23 y ss.

²⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Regulación procesal de la ley de divorcio*, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, p.8.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil, III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2ª reimpresión, 1994, p.336 y ss. Vid. también CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de Familia... cit.*, Coords. V.L. MONTES y E. ROCA coords., p.154; y GONZÁLEZ POVEDA, P., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *La Ley del divorcio. Experiencias de su aplicación*, R. GARCÍA VARELA, P. GONZÁLEZ POVEDA; P. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., Edit. Colex, Madrid, 1992, pp.93 y ss.

Registro de Automóviles de la Dirección General de Tráfico para anotar la prohibición de vender un coche hasta disolver la sociedad de gananciales, etc.²⁶⁷.

Su adopción se caracterizaba por el principio rogatorio de las partes (algo especialmente importante en una materia como la matrimonial, en la que la voluntad de los implicados resulta fundamental) y por la discrecionalidad y el amplio margen de arbitrio judicial. Podían ser propuestas al órgano judicial por las partes en conflicto, pero también podían dictaminarse judicialmente las que se considerase necesarias, a falta de las convenidas por las partes, o por insuficiencia de las mismas²⁶⁸, sin resultar de obligada adopción antes de acudir a la vía penal²⁶⁹.

Cabe destacar, además, su escasa aplicación judicial, pues, como dice BOIX REIG, "habría que preguntarse por el número de impagos ulteriores de pensiones sin que previamente se hayan adoptado medidas cautelares; más aún el porcentaje de casos de separación, nulidad y divorcio en que no se adopta la menor cautela o garantía. Sin duda son la mayoría"²⁷⁰. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ afirmaba que "una aplicación rigurosa y adecuada de las medidas cautelares previstas en el Código Civil hubiera sido deseable antes de la creación de un precepto penal de las características como

²⁶⁷ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *op.cit.*, p.191, para quien "la anotación de embargo es medida para garantizar las pensiones de alimentos, como recoge el artículo 1891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Ibid.*, p.243; mientras que para la Dirección General de los Registros y del Notariado era una medida inadecuada para garantizar el pago de la pensión compensatoria (Resolución de 13 de junio de 1986), *Ibid.* p.130.

²⁶⁸ CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de Familia... cit.*. V.L. MONTES y E. ROCA Coords, p.154 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op.cit.*, p.87. Señalando la amplia facultad judicial para su adopción *vid.* CARCÍA CANTERO, G., *op.cit.* pp.461 y ss.

²⁶⁹PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.36, para quien tampoco de *lege ferenda* parecía lógica la obligatoriedad de las medidas cautelares, *Ibid.*, p.36 (Nota 18).

²⁷⁰ BOIX REIG, J., *La reforma penal...cit.*, p.171 y BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, p.78.

las del presente"²⁷¹.

En materia de ejecución de sentencias, hay que decir que la Ley 30/1981, de 7 de julio, pese a regular los juicios matrimoniales, no contenía normas especiales, con excepción de la referencia del artículo 90 del Código Civil a la vía de apremio para hacer efectivos los convenios, una vez aprobados judicialmente. Por ello, debía acudirse a las normas generales contenidas en el Título VIIº del Libro IIIº de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, al decir de GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, "en la práctica, se revelan con frecuencia insuficientes para obtener el debido cumplimiento de determinadas medidas judicialmente adoptadas para regular los efectos de la nulidad, la separación el divorcio, (...) e, incluso respecto de las medidas de carácter económico"²⁷².

Pese a que, por todo lo expuesto, se consideraba pendiente una reforma procesal-civil de la materia ²⁷³, ésta no tuvo lugar entonces. GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, quienes ya en 1987 se mostraban partidarios de una importante reforma de las leyes procesales, tampoco descartaban "sanciones penales en los casos de grave y reiterado incumplimiento de las determinaciones judiciales, ya que no debe olvidarse que nos movemos en un campo sometido no al imperio de la voluntad privada, sino en otro en que se dispensa una fuerte protección pública a los intereses en juego, protección que quiebra si, en la

²⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, p.78.

²⁷² GONZÁLEZ POVEDA, P. y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., "Ejecución de las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales", en *La Ley del divorcio... cit.*, R. GARCÍA VARELA, P. GONZÁLEZ POVEDA; P. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., p.202.

²⁷³ Era una de "las grandes lagunas" de la Ley del divorcio para LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *op.cit.*, p.21.

práctica, la eficacia de las resoluciones judiciales, garantes de esos intereses, queda sometida al arbitrio de los obligados a su cumplimiento"²⁷⁴.

IV.- 6. b. 1) e) La propuesta de creación de un Fondo de Garantía de Pensiones y Alimentos

Paralelamente a las reformas legales señaladas, podría haberse aprobado la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones y Alimentos, con apoyo en el artículo 39 de la Constitución y en protección a la familia y a la infancia.

En este sentido, puede decirse que en el ya citado *Plan para la Igualdad de oportunidades de las mujeres, 1988-1990* (dentro del objetivo 1.3, referente a posibilitar el cumplimiento efectivo de las pensiones fijadas en las resoluciones judiciales matrimoniales) en concreto, en el punto 1.3.1., se proponía estudiar la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones y Alimentos "para que a través del mismo se adelanten los pagos por estos conceptos en la forma y supuestos que se determinen y con subrogación en los derechos y obligaciones del acreedor frente al deudor"²⁷⁵.

Anteriormente la creación de un Fondo de estas características había sido planteada por algunos sectores feministas en el debate de la Ley del divorcio cuando la Coordinadora de las organizaciones feministas del Estado, a través del Diputado SAGASETA, presentó una Proposición de Ley en cuyo artículo 7 se

²⁷⁴ GONZÁLEZ POVEDA, P y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I, *op.cit.* p.202 (ya en 3ª edic. de 1987, *cit.* por PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.37)

²⁷⁵ *Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1988-1990*, *cit.*, p.28; en el 1.3.2. se solicitaba la criminalización de los impagos.

decía literalmente: "Respecto a las pensiones alimenticias de la mujer, ésta tendrá derecho a percibir un subsidio de paro a cuenta del Estado por el valor del salario mínimo interprofesional", salvo en determinadas excepciones, consistentes básicamente, en disponer de medios de un modo u otro²⁷⁶. La asunción por el Estado de las cargas mencionadas se justificaba con base en las circunstancias de inferioridad social y dependencia de las pensiones por parte de las mujeres respecto de sus maridos, especialmente en el contexto de las separaciones y los divorcios²⁷⁷.

La creación del citado Fondo de Garantía fue defendida ya en las *Conclusiones de los Seminarios sobre la Ley 11/81 de 13 de Mayo y sobre la ley 30/81 de 7 de julio*, en las que, a propósito del artículo 93 del Código Civil, se hablaba de la "necesidad de un Fondo de Garantía, el cual tendría, como única función, adelantar el montante del salario mínimo interprofesional vigente en cada período de tiempo, para cubrir las necesidades alimenticias de los hijos y del cónyuge sin recursos propios suficientes, cuando el cónyuge obligado a cubrirlas se convierte en reiterado infractor de tal obligación. Este Fondo garantizaría así a las familias que se encuentran, por la conducta reprochable del cónyuge omisor de su obligación, desenvolviéndose en situaciones de precariedad a todas luces indignas. Este Fondo repetiría contra el obligado real y personalmente lo adelantado a los acreedores de su obligación-sus hijos y el cónyuge- de quien resultó afianzador"²⁷⁸.

Los mencionados grupos defendieron la creación del Fondo como medida paralela a la criminalización de los impagos familiares.

²⁷⁶ VALLADARES, E., *op.cit.*, pp.204-205.

²⁷⁷ VALLADARES, E., *Ibid.*, pp.205-206.

²⁷⁸ En *Primeras Jornadas. Aplicación del Derecho y la Mujer, cit.*, pp.50 y 72.

Desde el ámbito académico, PÉREZ MANZANO plantearía la creación del Fondo como un sustitutivo hipotético de la criminalización, opinando que, aunque pudiera servir para paliar la situación en muchos de los casos ("haciendo efectivo el "derecho al divorcio" de los más desfavorecidos económicamente"), no sería una solución completa, pues el Estado no se subrogaría en los supuestos en los que la persona obligada dispusiera de medios, por lo que respecto de ellos podría seguirse manteniendo la necesidad de una "norma penal de cierre del sistema"²⁷⁹.

Desde nuestro punto de vista, la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones y Alimentos hubiera ayudado a solventar algunos de los problemas creados por los impagos inasistenciales (los más graves), pero previamente hubiera tenido que resolverse qué tipo de impagos se iban a incluir, si todos o sólo los de carácter estrictamente asistencial, a lo que se añadían las dificultades para su cobertura económica, en aquel momento.

¿Debía el Estado, como muestra de la solidaridad propia de un Estado Social, costear los efectos económicos de los divorcios, las separaciones y las nulidades? ¿Tenía el Estado suficientes recursos para llevarlo a cabo?

Además, ¿podría llegarse a una situación abusiva en la que las personas obligadas al pago de las pensiones se relajasen y dejasen de pagar más fácilmente, sabiendo que el Estado iba a cubrir sus incumplimientos? ¿Dónde debían ponerse los límites, en la cobertura sólo de los hijos? ¿En qué cantidad? ¿Cuánto tiempo? ¿Con qué requisitos? Etc...

²⁷⁹ PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.44-45.

El hecho es que entonces el Fondo no fue creado, aunque continuó siendo solicitado y siguió abierto el debate sobre el mismo²⁸⁰. Mientras, la organización de mujeres juristas THEMIS, a través de subvenciones del Instituto de la Mujer, ayudó a canalizar la asistencia letrada en las querellas por impago de pensiones a mujeres que carecían de medios para hacerlo por ellas mismas.

Como veremos en la Parte II de la investigación, finalmente ha sido creado el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos mediante el Real Decreto 1618/2007²⁸¹.

IV.- 6. b. 2) El artículo 487 bis como precedente inmediato del vigente artículo 227

Entre las diversas opciones de reforma, el legislador eligió sólo la penal, que llevó a cabo a través de la L.O. 3/1989, de 21 de junio y el resultado fue el artículo 487 bis del viejo Código.

²⁸⁰ Vid., por ejemplo, el *Plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, 1991-1994, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1991, p.27 y el Borrador del II Plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1995, p.103. Vid. también FERNÁNDEZ MENDIZÁBAL, I., "Impago de pensiones. Proyecto de un Fondo de Garantía", en *Los Juzgados de familia y los Procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, Instituto de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992, pp.261-276. Cabe añadir que en el año 1996 fueron presentadas por el Partido Socialista, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y por el Grupo Parlamentario Mixto diversas Proposiciones de Ley y elaborado un Borrador de Anteproyecto de Ley del Fondo de Garantía del pago de alimentos del Instituto de La Mujer, perteneciente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, vid. SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P., *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Instituto Andaluz de la Mujer, Estudios 7, Sevilla-Málaga, 1996, pp.180 y ss.

²⁸¹ Hay constancia de otras iniciativas posteriores a las ya indicadas y previas a la creación del Fondo, como la Proposición de Ley presentada en el año 2000 por el Grupo parlamentario socialista (Fondo de Alimentos) y la Proposición de Ley de IU-ICV, de 2004, *para crear un Fondo de Garantía de alimentos y pensiones compensatorias para casos de ruptura matrimonial o núcleo familiar*.

Las posibilidades entonces existentes para la incriminación de la inasistencia postconyugal eran varias, pues el legislador hubiera podido cambiar el párrafo cuarto del artículo 487, adaptándolo a las situaciones de separación legal, divorcio y nulidad²⁸², o hubiera podido modificar los artículos 237 y 570,5º, adaptándolos a la problemática concreta de los procedimientos matrimoniales, o también hubiera podido crear un tipo autónomo de inasistencia derivada de los procedimientos matrimoniales exigiendo expresamente la "necesidad" del sujeto pasivo²⁸³. Otra alternativa era la de reconsiderar en profundidad las figuras de inasistencia familiar-conyugal y postconyugal conjuntamente, derogando la "conducta desordenada" y limitando la inasistencia de cónyuges y ex cónyuges necesitados al impago de un mínimo asistencial.

De hecho, el resultado fue la aprobación del artículo 487 bis, a través del cual se pudieron comenzar a sancionar penalmente, con la entrada en vigor de la Ley de actualización del viejo Código Penal, los impagos derivados de los procedimientos matrimoniales. De este modo, por segunda vez en la historia de la codificación española fue criminalizada la inasistencia económica postmatrimonial, con algunas diferencias importantes respecto de la primera incriminación republicana.

²⁸² BOIX REIG, J., en *La reforma penal...cit.*, p.176; COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 3ª edic. 1990, p.758 y LAURENZO COPELLO, P., "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 51, 1993, p.794.

²⁸³Pudiendo también abarcar los impagos derivados de los procedimientos relativos a la filiación y a los alimentos de los hijos mayores, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, p.79; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.307 y GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 44, 1991, pp. 297, pp.297 y ss.

El texto del artículo 487 bis decía así:

“El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas”.

Sistemáticamente la figura fue incardinada únicamente como delito -careciendo de la correspondiente infracción penal leve en el libro IIIº- en el Título XIIº, entre delitos contra "la libertad y la seguridad" y en su Capítulo IIIº, "Del abandono de familia y de niños", tras el delito tradicional de abandono de familia o de inasistencia familiar-conyugal.

Por no compartir una disposición común con el artículo 487, y a diferencia de éste, el delito del artículo 487 bis era perseguible sólo de oficio, como en un principio lo fue el de abandono de familia.

Como diferencias entre la nueva regulación y la republicana podemos señalar las siguientes: la aplicación a diferentes supuestos (sólo divorcio en 1932 y separación, divorcio y nulidad en 1989); la cobertura de distintas prestaciones económicas (sólo pensiones alimenticias en 1932 y pensiones alimenticias y prestaciones compensatorias e indemnizaciones en 1989) y la falta de regulación de los impagos alternos, la mayor gravedad de la pena privativa de libertad (aunque la de multa fuera alternativa), así como la específica previsión de la reincidencia (pena de prisión) en la legislación republicana de 1932.

Las razones y objetivos de la nueva criminalización fueron alegadas por el legislador en el Preámbulo de la Ley de reforma y también durante el debate parlamentario.

La denominación utilizada por el legislador para nuevo el nuevo delito en el Preámbulo de la Ley de reforma (B.O.E. de 22 de junio de 1989), era la de "impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial, en los procesos matrimoniales" y fue considerado como "una nueva modalidad de abandono de familia". La finalidad expresa de la nueva criminalización era "la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos" y "otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase"²⁸⁴.

El artículo 487 bis fue introducido a lo largo del debate parlamentario, a través de la enmienda N° 214, en cuya defensa el representante de Minoría Catalana, que la presentó, insistió tanto en los aspectos personales (graves perjuicios para el cónyuge, el excónyuge o los hijos), como en los judiciales (necesidad de encontrar un medio "coactivo" que obligase a cumplir lo determinado en esta materia por la justicia) "para dar a la justicia el elemento necesario para poder actuar en consecuencia" y alegó como justificación de la incriminación la de garantizar el cumplimiento de las pensiones, así como la de "evitar, al menos de forma disuasoria, la frivolidad de

²⁸⁴ Procede de la aprobación del texto por el Senado, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, III Legislatura, Serie II, n° 303 (f), de 23 de mayo de 1989, pp.106-107, en relación con el texto aprobado por el Congreso de los Diputados el 16 de marzo de 1989, *Boletín cit.*, Serie II, n° 303 (d), de 9 de mayo de 1989, pp.68-69.

algo que a nuestro juicio es grave"²⁸⁵. El Grupo Socialista se adhirió a la enmienda y anunció que presentaría otra enmienda transaccional en el Senado para mejorar el artículo. De los 269 votos emitidos, 267 fueron a favor, uno en contra y una abstención, "lo que expresa el nivel de aceptación en el legislativo de la necesidad de incluir en el Código Penal una figura específica"²⁸⁶. El Grupo Socialista introdujo en el Senado la enmienda N° 54 de la que cabe destacar la supresión de la cláusula de inexigibilidad (se suprimió la frase "pudiendo hacerlo"), la ponencia aceptó por mayoría la enmienda y, en sesión de 17 de mayo de 1989, fue aprobado el texto por 160 votos a favor, uno en contra y una abstención.

Por tratarse de un delito no previsto en el Proyecto de la Ley de Reforma puede pensarse que, de haber sido propuesta su regulación antes del debate parlamentario de la ley 3/1989, de 21 de junio, se hubieran podido evitar algunos de los problemas que luego suscitaría el precepto que lo regulaba; por ello se habló de precipitación en su elaboración²⁸⁷.

²⁸⁵ Proyecto de ley: Actualización del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 100-1, 27 de octubre de 1988, pp. 1 y ss. y enmienda N° 214, *Boletín Oficial*, *cit.*, Serie A 100-5, 19 de diciembre de 1988, p.73. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Justicia e Interior, III Legislatura, N° 414, 1989, p.13991 y también *Diario de Sesiones* *cit.*, N° 179, 1989, Sesión Plenaria de 16 de marzo de 1989, p.10395. Cabe añadir como motivo de la incriminación "el fracaso de la garantía civil", según COUCEIRO TOVAR, A., "Los principios inspiradores de la Reforma dentro de la incriminación y desincriminación de las leyes penales", *Poder Judicial*, N° especial, XII, 1990, p.88.

²⁸⁶ VARELA PORTELA, M^aJ., "Impago de pensiones: la desigual aplicación del art. 487 bis: Estudio comparativo de la jurisprudencia", en *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, V. LATORRE LATORRE Coord., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.125.

²⁸⁷ *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, pp.9 y 80, y BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* *cit.*, 3^aedic., 1995, pp.5455; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "El incumplimiento...", *cit.*, p.97; LAURENZO COPELLO, P., "El impago...", *cit.*, p.775 y FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.243.

Tal vez por la razón apuntada, pero debido sobre todo a un excesivo apego a los procedimientos matrimoniales, el texto del artículo 487 bis dejó fuera de su ámbito de protección a las prestaciones no periódicas (compensatorias e indemnizaciones por nulidad matrimonial), al sancionar sólo los impagos de tracto sucesivo y dejó abierta la necesidad de una interpretación restrictiva del precepto, dada la gran amplitud con la que fue redactado (como había sucedido con el delito del artículo 487). Como tampoco alcanzaba a cubrir los alimentos de los hijos no matrimoniales, con base en el artículo 14 de la Constitución, el precepto llegó a ser tachado de inconstitucional²⁸⁸. Con una visión más amplia y sin precipitación, el legislador hubiera podido incluir la protección de los derechos asistenciales-alimenticios de los hijos (matrimoniales y no matrimoniales) en los procedimientos de alimentos o filiación y la de todas las prestaciones económicas derivadas de los procedimientos matrimoniales, como lo haría el legislador de 1995.

En cualquier caso, la aparición durante el debate parlamentario del precepto no supuso impedimento alguno para ser presentado como un producto "maduro", "moderno" y "actualizado", propio de la reforma "de actualización del Código Penal" en la que fue insertado. Para QUERALT JIMÉNEZ, era "una de las máximas manifestaciones político-criminales de la reforma de 1989"²⁸⁹.

²⁸⁸ GÓMEZ PAVÓN, P., "Comentario al art. 487 bis del Código penal", en el *Código Penal Comentado*, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS Coords., Madrid, 1990, p.922 y "El impago...", *cit.*, p.299. Recordemos que, según la legislación civil vigente en 1989 y la interpretación jurisprudencial, los derechos alimenticios de los hijos comunes mayores de edad o menores con derechos reconocidos por sentencia al llegar a la mayoría de edad no podían ser reclamados en los procedimientos matrimoniales de sus padres, aunque la situación sería modificada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, a partir de la cual el juez podía fijar en la misma resolución los alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios y que convivieran en el domicilio familiar (93,2 del Código civil).

²⁸⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Bosch, Barcelona, 2ª edic., 1992, p.185.

Recordemos que tuvo lugar a los casi ocho años de la aprobación de la Ley 30/81, de 7 de julio sobre el matrimonio y el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, popularmente llamada "ley del divorcio".

El precepto podía satisfacer las expectativas judiciales al constituirse en el nuevo artículo regulador de los incumplimientos de las prestaciones económicas establecidas en las resoluciones judiciales, sin exigencia de previo requerimiento de pago. También podían resultar satisfechas las expectativas del sector social feminista favorable a la criminalización de los impagos.

Pero la realidad fue la de un precepto bastante polémico desde un principio, tanto a nivel doctrinal como en su aplicación práctica por Jueces y Tribunales; una aplicación que, a su vez, sería cuestionada por el sector social feminista que consideraba no haber logrado los objetivos pretendidos²⁹⁰.

Las críticas doctrinales más sobresalientes que, desde un principio, se dirigieron contra el artículo 487 bis fueron realmente importantes por estar relacionadas con el principio de intervención mínima y con la constitucionalidad del precepto²⁹¹. Se cuestionó su bien jurídico penalmente protegido, la necesidad de pena para los impagos (por la convicción sobre la suficiencia de los medios penales y civiles ya existentes antes de la reforma) y se le llegó a considerar un supuesto de "prisión por deudas" (prohibido por el artículo 10,2 de la C.E., en relación con el artículo 11 del Pacto Internacional de

²⁹⁰ Vid. el *Plan de Acción Positiva para las mujeres de la Comunidad Autónoma de Euskadi 1991-1994*, cit. y el *Borrador del Plan para 1995*, así como algunos trabajos no publicados de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS.

²⁹¹ Vid. LAURENZO COPELLO, P., "El impago..." cit., pp.769-773.

los Derechos Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966), además de inconstitucional por resultar contrario al principio de igualdad (artículo 14 de la C.E.), al dejar excluidos de su marco de protección a los hijos extramatrimoniales.

Como veremos con detalle y profundidad en la Parte II de nuestra investigación, en aquel primer momento no existía consenso doctrinal sobre la necesidad de pena para proteger un bien jurídico que era preciso delimitar adecuadamente, dadas las características de la regulación del segundo y directo precedente del vigente artículo 227 del Código penal.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PARTE I

I. Históricamente hablando, las infracciones de inasistencia familiar y derivada de las relaciones familiares se han consolidado, como parte del proceso más amplio de “publicitación” del derecho de familia, a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI. En el siglo XIX como faltas relativas a la educación e instrucción de los hijos menores y pupilos y, a lo largo del siglo XX hasta el presente, como delitos, primero, de impago de pensiones alimenticias derivadas de divorcio y, posteriormente, como delitos y faltas contra los deberes de asistencia derivados de la patria potestad, la tutela y el matrimonio y como delito de impago de la asistencia indispensable para el sustento de descendientes, ascendientes y cónyuges, en situación de necesidad.

Además de la asistencia física a menores, incapaces y mayores dependientes (familiares o no) prevista en otras figuras penales, a través de las infracciones de abandono familiar se han venido protegiendo otros aspectos de la asistencia, como el moral y el económico y, en conjunción con otras figuras penales relativas a la familia y al matrimonio, también se ha protegido de forma mediata el modelo familiar-matrimonial de tipo nuclear, imperante durante largo tiempo en términos sociales y jurídicos, con las características propias de cada momento.

Cabe destacar, como rasgo común y transversal a las diferentes etapas históricas tratadas en esta parte, la posición de dependencia y subordinación (económica y cultural y durante largo tiempo también jurídica) que las mujeres han tenido, con excepción,

en cuanto a la igualdad jurídica se refiere, del periodo republicano y del constitucional actual, desde 1978. Esta situación ha provocado que a lo largo de la historia reciente las mujeres hayan sido directamente discriminadas unas veces (como puede constatarse en otras figuras penales relativas a las relaciones familiares) pero, sobre todo, las ha convertido en sujetos sistemáticamente vulnerables, necesitados de una protección especial (hecho de tan especial relevancia que como tal fue considerado al ser debatida y aprobada la Ley civil de los procedimientos matrimoniales y las prestaciones económicas derivadas).

II. En relación al modelo de pareja imperante, el matrimonial, es de resaltar el hecho histórico de que se criminalizara antes (Ley de divorcio de 1932) la inasistencia post-matrimonial (económica) que la inasistencia (moral y económica) matrimonial sancionada penalmente en la Ley de 12 de marzo de 1942, pese a la secular importancia de la indisolubilidad matrimonial en nuestro Estado.

Una vez en la etapa constitucional, readmitido el divorcio y reguladas las prestaciones económicas derivadas del mismo por la Ley de 7 de julio de 1981, la reforma de 21 de junio de 1989 permitió que ambas resultasen criminalizadas al continuar la incriminación de la inasistencia matrimonial y al ser incorporada (o volver a serlo) la incriminación de la inasistencia económica post-matrimonial, llegando así hasta el presente.

III. La criminalización moderna de los impagos, es decir, el artículo 487 bis del viejo Código (precedente inmediato del vigente artículo 227) fue aprobado por razones de prevención general, dada la

insuficiencia de las vías civiles, procesales y penales entonces vigentes, así como la inexistencia de otros medios sociales dirigidos a canalizar las situaciones humanas subyacentes a los impagos. La incriminación fue realizada para una ciudadanía sin apenas cultura divorcista en un contexto en el que, pese al reconocimiento constitucional y civil de igualdad de los cónyuges y a la regulación civil de los derechos asistenciales y de solidaridad derivados de las crisis matrimoniales, tuvo lugar un gran aluvión de impagos provocadores de numerosas y graves situaciones de precariedad económica para muchas mujeres (e hijos/as) dado su tradicional rol de dependencia económico-familiar, que se agudizaba en las crisis matrimoniales.

En nuestra opinión, el precepto fue una ampliación de la criminalización de la inasistencia familiar para cubrir también la derivada de ella tras las crisis matrimoniales (además de la asociada a los procedimientos de filiación y alimentos relacionados con los hijos), en consonancia con la concepción personalista de la Constitución, según la cual los poderes públicos están obligados a la protección familiar, como grupo e institución, pero también a la de sus miembros individuales en las situaciones de vulnerabilidad derivadas de determinadas las relaciones familiares y de sus crisis.

IV. Probablemente por apego a la entonces reciente regulación civil de las prestaciones derivadas de las crisis matrimoniales (no todas estrictamente asistenciales), por razones de simplificación y pretendida eficacia, el viejo artículo 487 bis adoptó una formulación muy amplia para regular los impagos (teniendo en especial consideración la conducta típica y los objetos materiales) que desde un comienzo determinó el cuestionamiento de su legitimidad, entre la búsqueda o delimitación de su auténtico objeto jurídico de

protección y su consideración como un mero supuesto de “prisión por deudas” (a diferencia del delito de la legislación republicana, de contenido clara y directamente asistencial).

En nuestra opinión, se había creado un figura delictiva de difícil delimitación por contener una gran tensión interna entre su legítimo componente asistencial y el más que discutible componente de mera deuda civil entre cónyuges y ex cónyuges.

V. Entendemos que el viejo artículo 487 bis dejaba abiertas numerosas cuestiones, entre las que nos gustaría destacar las siguientes:

1ª. La necesidad de su interpretación restrictiva (en un sentido estrictamente asistencial) respecto a cónyuges y ex cónyuges, por razones de intervención mínima, de coherencia sistemática y de proporcionalidad, como había venido sucediendo (aunque de otra manera) con el delito tradicional de inasistencia familiar-conyugal (con su amplia fórmula protectora de la asistencia moral, además de la económica). O la necesidad de su reforma en el sentido restrictivo asistencial mencionado.

2ª. La exigencia de su reforma para incluir los impagos relativos a todos los/las hijos/as, sin distinciones, dado que también por apego (en este caso al modelo familiar nuclear y de pareja matrimonial) el viejo artículo 487 bis se limitó a sancionar los impagos de las prestaciones debidas sólo a los/las hijos/as derivadas de los procedimientos matrimoniales de sus padres, dejando fuera a otros hijos/as, lo que, lógicamente, suscitó que se planteara su inconstitucionalidad por resultar contrario al reconocimiento constitucional igualitario (y civil) de todos los hijos e hijas.

También la conveniencia de una reforma coherente con su propio enunciado para incluir en el delito el impago a los ex cónyuges de las prestaciones económicas de pago conjunto o único y diferente al mensual.

3ª. Y el cuestionamiento (ampliación o no) del precepto respecto de la protección económico-asistencial relativa a otros modelos de pareja diferentes del matrimonial, que entonces aún carecían de la importancia sociológica y jurídica que tendrían más adelante, pues, frente al tradicional modelo familiar-conyugal hegemónico o prácticamente único, se estaba ya gestando el nuevo contexto en el que ahora nos encontramos, caracterizado por la pluralidad de modelos de relaciones familiares y de pareja.

PARTE II

El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales en el Código Penal de 1995

Introducción

Como ya hemos avanzado en la presentación general de nuestra investigación, esta Parte II es la destinada al estudio del delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales, que está regulado en el artículo 227 del vigente Código penal.

Está dividida en tres Capítulos.

En el primero exponemos la previsión del delito en los últimos Proyectos de Código, incluyendo las modificaciones que tuvieron lugar durante el procedimiento parlamentario y su regulación definitiva en el Código de 1995, así como la modificación operada en la pena por la reforma de 25 de noviembre de 2003.

El segundo está dedicado a una de las problemáticas más importantes y extensas del delito: el bien jurídico protegido. En él explicamos las posiciones e interpretaciones existentes y aportamos nuestra opinión personal, haciendo especial incidencia en la necesidad de su interpretación restrictiva, sobre todo, por exigencias del principio de intervención mínima, dada la amplitud con la que está redactado el precepto y para tratar de evitar su posible consideración como un supuesto de “prisión por deudas”.

En el Capítulo tercero profundizamos en los diferentes elementos de la figura delictiva siguiendo el esquema de análisis dogmático del delito y a través de ellos reflexionamos sobre la necesidad actual de pena para los impagos relacionados con cónyuges y ex cónyuges, a la luz de las últimas reformas civiles y procesales en materia matrimonial y de prestaciones económicas derivadas de sus crisis, de otras ayudas sociales y de la evolución social de los últimos años en las relaciones familiares y del papel en ellas de las mujeres.

Capítulo I.- El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales en los últimos Proyectos de Código, en el procedimiento parlamentario y en el Código Penal de 1995

Introducción

Completando la evolución presentada de la Parte I de nuestra investigación y antes de entrar a profundizar en el bien jurídico del delito de impagos, sus diferentes elementos y sus consecuencias jurídicas, nos ha parecido importante abordar en este primer Capítulo la transición entre la regulación de 1989 y la del Código penal vigente.

Para desarrollarla, exponemos por orden cronológico la previsión del delito de inasistencia derivada de las crisis matrimoniales en los Proyectos de Código de 1992 y de 1994, con las modificaciones realizadas durante el procedimiento parlamentario, hasta llegar a la aprobación definitiva y entrada en vigor del originario artículo 227 del Código penal, a la que añadimos la modificación en la penalidad operada por la reforma de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. Como colofón resaltamos las diferencias entre la vieja regulación del delito y

la prevista en el Código de 1995. Añadimos diversas referencias a la regulación del delito de inasistencia matrimonial (y familiar) como una constante sistemática de nuestra exposición, así como otras referencias más sucintas a las figuras de desobediencia a las autoridades en el ejercicio de sus funciones, a la de alzamiento de bienes y a la regulación de la excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales, por su conexión con algunos supuestos de impago y como base para la apreciación de los relaciones concursales entre unas infracciones y otras, como veremos con detalle al final de esta Parte II.

Pese a carecer de incidencia directa en nuestro objeto de estudio, no dejamos de tomar en consideración las últimas propuestas de reforma del Código penal, plasmadas hasta el momento en el Proyecto de L.O. de 18 de diciembre de 2006 (y su Anteproyecto de 13 de julio de 2006), en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 14 de noviembre de 2008 y en el Proyecto de 23 de noviembre de 2009, que se ha traducido en la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010, de 22 de julio.

I.- 1. El delito en el Proyecto de Código Penal de 1992

Tras la reforma de 1989, el Proyecto de Código Penal de 1992 vino a confirmar el mantenimiento de la criminalización de los impagos derivados de las crisis matrimoniales.

En su extensa Exposición de Motivos el legislador, pese a reconocer la importancia que para un sector doctrinal tenía la familia como objeto jurídico digno de protección penal, consideraba que no era necesaria su conversión en objeto directo de tutela penal. Expresaba así su interés en no imponer ningún modelo de

convivencia familiar, sino tan sólo en "velar por intereses que trascienden del grupo a la sociedad toda" y en "tutelar a los miembros más débiles del mismo".

En este contexto el legislador hacía referencia expresa al delito de inasistencia familiar-conyugal avanzando que en él desaparecían "los vestigios de intromisión en lo moral que ofrece la actual regulación, pareciendo que el sistema penal ha de intervenir velando por la fidelidad y otros deberes conyugales, posibilidad totalmente repudiable, aunque ciertamente fuera ese el objetivo del legislador cuando en 1942 creó este delito". Añadía que "*el derecho penal únicamente debe intervenir para garantizar el cumplimiento de deberes de asistencia, sean éstos de origen legal o establecidos por una sentencia*" y añadía que debiendo también "contemplarse la situación subsiguiente a la separación". Finalizaba afirmando que "para intervenir en estas materias no es en modo alguno preciso fundamentar, aunque sea en parte, la reacción penal en el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada, conceptos que aunque operen en el actual 487 restringiendo el ámbito de lo penal, evidencia una ideología, la que late en la distinción entre conducta "ordenada" y "desordenada", que, a luz del respeto constitucional a la intimidad, resulta inaceptable"²⁹².

A nivel sistemático, el Proyecto dedicaba el Título XIº de su Libro IIº a los "Delitos contra las relaciones familiares" y, dentro de él, su Capítulo IIIº a los "Delitos contra los derechos y deberes familiares". En su Sección Segunda, relativa al "abandono de familia, menores o

²⁹² *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, p.30 (énfasis del texto).

incapaces", quedaba inserto el delito de inasistencia económica post-conyugal, previsto en el artículo 229 y completado por el artículo 231.

El texto del artículo 229 era el siguiente:

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

2. 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”.

Puede decirse que su contenido era similar al del artículo 487 bis del Código de 1973, pero con algunas variaciones²⁹³:

1. La conducta típica era básicamente la misma (“dejar de pagar”)²⁹⁴, durante los mismos plazos (tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos) cualquier tipo de prestación económica a favor del cónyuge o excónyuge o hijos, derivada de los procesos de separación, divorcio, nulidad.

²⁹³ Para el *Consejo General de la Abogacía española* seguía siendo un supuesto de “prisión por deudas”, ya que por el “cómodo método” de la incriminación se evitaba la solución de la reforma de la jurisdicción civil, *Informe que emite el Consejo General de la Abogacía española sobre el Anteproyecto*, CPC, N° 49, 1993, p.32.

²⁹⁴ *El Informe del Consejo General del Poder Judicial* sobre el Anteproyecto recomendaba incorporar al precepto la fórmula de exigibilidad “pudiendo hacerlo”, *vid. Informe sobre el Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial*, CPC., N° 48, 1992, p.745.

2. Como en el artículo 225 del Anteproyecto, se añadían, sin embargo, los impagos derivados de los procesos de filiación, corrigiendo así la exclusión que había hecho la regulación entonces vigente de los hijos extramatrimoniales. A lo largo del procedimiento parlamentario (Informe de la Ponencia) se añadieron a su vez los impagos derivados de los procesos de alimentos de los hijos (no matrimoniales)²⁹⁵. Como dice LAURENZO COPELLO, la reforma se hizo “pensando precisamente en las prestaciones económicas de las que puede ser beneficiario un hijo extramatrimonial”²⁹⁶.

3. El Proyecto también corregía la incongruencia o fallo técnico de la reforma de 1989 que impedía incriminar, en coherencia con su propio enunciado, los impagos relacionados con las indemnizaciones por nulidad matrimonial (artículo 98 del Código Civil) y las compensaciones no periódicas (artículo 99 del Código Civil). Lo hacía introduciendo la frase “o cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única”, junto a la referencia a los impagos e prestaciones de tracto sucesivo. De hecho, supuso una ampliación de los supuestos punibles.

4. Como novedosa, y en concordancia con el nuevo sistema de penas previsto por el Proyecto, cabe resaltar la pena prevista para los impagos que, alternativamente, era la de arresto, de 8 a 20 fines de semana o la multa de 6 a 24 meses.

²⁹⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 7 de abril 1993, p. 631. VALLDECABRES ORTIZ, I., "La mujer y la familia en el Proyecto de Código Penal", *Actualidad Aranzadi*, N° 86, 28 de enero, 1993, p.3 señalaba la posibilidad barajada en la elaboración del Proyecto de ampliar el tipo a cualquier incumplimiento de una debida prestación de alimentos.

²⁹⁶ LAURENZO COPELLO, P., “*El impago...*”, *cit.*, p.817.

5. El precepto se complementaba con el artículo 231²⁹⁷, según el cual el delito sólo era perseguible "previa denuncia del agraviado" o a través del Ministerio Público, en relación con "menores o incapacitados". De este modo se eludía la incoherencia entonces vigente en materia de procedibilidad entre el impago de pensiones y los tipos de abandono de familia²⁹⁸. Su párrafo segundo regulaba el perdón de la persona ofendida que extinguía, sin más requisitos, la pena o la acción penal²⁹⁹.

Por su lado, el delito de inasistencia matrimonial quedaba regulado en el artículo 228 con importantes cambios³⁰⁰. Se restringía a

²⁹⁷ A través del artículo 230 se regulaba un nuevo delito por el que podía ser sancionado con una pena de arresto de 8 a 15 semanas o multa de 6 a 12 meses quien no permitiese el régimen de visitas y comunicación establecido por resolución judicial en cualquier proceso matrimonial o de filiación (lo que se consideró una especie de "contrapartida" del delito de impagos por lo que no fue aprobado, al poder convertirse en una herramienta de venganza y retorsión, vid. LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.59). Se complementaba con la falta del artículo 601 sobre apoderamiento de menores e incumplimiento del régimen de visitas y comunicación con quebrantamiento de resolución judicial, que no constituyesen delito.

²⁹⁸ Como dice LAURENZO COPELLO, P., *"El impago..."*, cit., p.818.

²⁹⁹ Y el artículo 227,2 del Anteproyecto había tenido una regulación más amplia al referirse a la persona ofendida mayor de edad o a su representante legal y al exigir para la eficacia del mismo la aprobación del Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Público en el caso de representación legal, vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 7 de abril 1993, p. 631.

³⁰⁰ Y el texto siguiente: "1. 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.

2. 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".

A lo largo del procedimiento parlamentario, tras el *Informe de la Ponencia*, la redacción del precepto devino muy similar a la vigente al diferenciar, por un lado, el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad y la tutela y, por el otro, el dejar de prestar "la asistencia necesaria para el sustento" de descendientes o cónyuges necesitados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 7 de abril 1993, p.631.

sancionar el dejar de prestar la "asistencia necesaria para el sustento"³⁰¹ de descendientes o -se añadía- "tutelados" menores o incapaces y de los ascendientes o cónyuges "necesitados", a no ser, respecto de estos últimos, "que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge". Finalmente, como anunciaba el legislador en la Exposición de Motivos, se suprimían la exigencia de "abandono malicioso del domicilio familiar" y la de "conducta desordenada", siendo la pena arresto de 12 a 20 fines de semana o multa de 12 a 24 meses³⁰², con la posibilidad de aplicación motivada de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela, de 4 a 10 años.

Mientras que en el Proyecto se sancionaba el delito de desobediencia grave (artículo 506) con una pena (prisión de 6 meses a 1 año) más grave que la prevista para los impagos, por lo que podía decirse que se acentuaba el distanciamiento entre ambas figuras delictivas, la desobediencia leve era regulada como falta, en el artículo 611, en términos idénticos a los del vigente artículo 570,1 y quedaba sancionada con una pena de 1 a 6 fines de semana de arresto y multa de 10 a 60 días³⁰³.

En cuanto al delito de alzamiento de bienes ha que decir que era punible con prisión de uno a cuatro años y multa de doce a

³⁰¹ Desde entonces, la asistencia pasó a ser la "necesaria" en lugar de la "indispensable".

³⁰² Pena algo más grave que la prevista para la inasistencia económica post-matrimonial en cuanto a sus límites mínimos (12 meses frente a 8 en los AFS y 12 meses frente a 6 en la multa).

³⁰³ El artículo 452 del Proyecto y el 443 del Anteproyecto regulaban como delitos contra la Administración de Justicia (Título XVIIº) y sancionaban con multa de 6 a 12 meses a "los condenados en sentencia no penal u obligados al cumplimiento de ésta que, habiendo sido requeridos, se negaren o resistieren a dar cumplimiento a las obligaciones que les hubieren sido impuestas". Con igual pena se sancionaban las mismas conductas realizadas en casos de embargo.

veinticuatro meses, según el artículo 265 y en cuanto a la excusa absolutoria del artículo 279 que quedaba modificada al considerar exentos de pena (entre otros) a “los cónyuges que no estuviesen separados”, pero sin ampliarse la excepción de la exención a los cónyuges que estuviesen inmersos en procedimientos de separación y divorcio. No fue atendida la reforma propuesta por el *Consejo General del Poder Judicial* de añadir la expresión “o en proceso de separación o divorcio”, con la finalidad de evitar lagunas de punibilidad, dada la comisión de muchos de los delitos entre cónyuges durante la tramitación del proceso de separación o divorcio³⁰⁴.

I.- 2. El delito en el Proyecto de Código penal de 1994

El Proyecto de Código Penal de 1994³⁰⁵ vino a confirmar la línea continuista en la criminalización del delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales, sin referencia expresa en su breve Exposición de Motivos al delito mencionado ni al de inasistencia familiar-conyugal.

Con una sistemática idéntica a la de 1992, el Proyecto de 1994 dedicó también un Título de su Libro II (igualmente el XIº) a los "Delitos contra las relaciones familiares", su Capítulo IIIº a los "Delitos contra los derechos y deberes familiares" y su Sección Segunda al "Abandono de familia, menores o incapaces", en la que quedaba sistematizada la inasistencia económica post-matrimonial,

³⁰⁴Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, sobre el Anteproyecto CPC., Nº 48, 1992, p.746.

³⁰⁵ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1.

en el artículo 219, junto a la inasistencia familiar conyugal del artículo 218 y siendo ambos complementados con el artículo 220, sobre procedibilidad.

El artículo 219 del Proyecto coincidía en contenido con el artículo 229 del Proyecto de 1992, pero con algunas diferencias.

Su texto era el siguiente:

“1. El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de hijos no matrimoniales, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

2. 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”.

Las diferencias con la regulación del Proyecto de 1992 consistían en la ampliación definitiva del delito a los impagos derivados de los procesos de alimentos a favor de hijos no matrimoniales y, al hacer desaparecer los arrestos de fin de semana previstos en 1992, en el cambio de pena, que se convertía en única multa de 6 a 24 meses³⁰⁶.

³⁰⁶ La cual continuaba siendo algo menor que la prevista para el delito de inasistencia matrimonial en sus límites mínimos (6 meses frente a 12).

La figura de la inasistencia familiar-matrimonial quedaba regulada en el artículo 218³⁰⁷, que volvía a ser ampliada en relación al anterior Proyecto, al sancionar el incumplimiento de "los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar", por un lado³⁰⁸, y, por otro, el de la "asistencia necesaria para el sustento"³⁰⁹ a descendientes o cónyuges que se hallaren "necesitados"³¹⁰. Se confirmaba, en todo caso, la supresión de la exigencia típica de "abandono malicioso" y de "conducta desordenada". Cabe resaltar la supresión del incumplimiento de la "asistencia necesaria para el sustento" respecto a los ascendientes y la variación en la pena que, dejando de ser alternativa, se convertía también en pena única, de multa de 12 a 24 meses³¹¹.

Los dos artículos mencionados se complementaban con el artículo 220 relativo sólo a la perseguibilidad. Con base en dicho precepto, el delito continuaba siendo perseguible sólo "previa denuncia del agraviado" o a través del Ministerio Público, pero eran

³⁰⁷ Cuyo texto era el siguiente: "1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes 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 multa de doce a veinticuatro meses.

2. 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".

³⁰⁸ A diferencia del Proyecto de 1992 en el que sólo estaban previstas las referencias a la patria potestad y a la tutela.

³⁰⁹ Siguiendo la línea del Proyecto de 1992, cabe destacar la continuidad en la exigencia de asistencia "necesaria" en vez de "indispensable".

³¹⁰ Conservando la referencia "a no ser, respecto a este último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge" que desaparecería a partir del Informe de la Ponencia, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8.

³¹¹ Continuando con la posibilidad de aplicación motivada de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela, de 4 a 10 años (párrafo segundo).

suprimidas la condición de tratarse en este último caso "de menores o incapacitados" y del perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la pena y de la acción penal³¹².

Por otro lado, el Proyecto siguió contemplando el delito de desobediencia grave en el párrafo 1º del artículo 541, entre los "Delitos contra el orden público" (en lugar de "Delitos contra los poderes y el orden público"), siendo la pena igual a la prevista en el Proyecto de 1992 (prisión de 6 meses a 1 año), lo que continuaba confirmando el distanciamiento con la pena del delito de impagos, máxime al ser ésta sólo de multa. La falta de desobediencia leve quedaba regulada en el artículo 622 en términos idénticos a los del artículo 611 del anterior Proyecto, pero su sanción variaba al suprimirse los arrestos de fin de semana, siendo sólo multa de 10 a 60 días³¹³.

El Proyecto de 1994 regulaba en términos idénticos (con igual sistematización y la misma pena que el Proyecto de 1992) el alzamiento de bienes y la excusa absolutoria, con la salvedad, en este último caso, de no eximir de responsabilidad penal a los cónyuges "en proceso de divorcio", lo que se añadía en su artículo 266.

I.- 3. Las modificaciones del delito en el procedimiento parlamentario

A lo largo del procedimiento parlamentario el delito de

³¹² La única falta del artículo 612 era plenamente coincidente con la del artículo 601 del anterior Proyecto, pero sin la remisión al delito de incumplimiento de régimen de visitas y comunicación, coherentemente con la supresión del delito del artículo 230 del Proyecto de 1992.

³¹³ En su artículo 450 este Proyecto regulaba también (en los mismos términos y con igual sanción) la figura de quebrantamiento de condena no penal ya mencionada, *vid. supra* p. 200, Nota 303.

inasistencia derivada de las crisis matrimoniales tuvo varias modificaciones hasta llegar a la aprobación del texto definitivo del artículo 227 vigente.

A nivel sistemático no hubo cambios, por lo que el delito quedó definitivamente sistematizado en el Título XIº, entre los “delitos contra las relaciones familiares”, y en su Capítulo IIIº, como delito “contra los derechos y deberes familiares” y de “abandono de familia, menores o incapaces” (Sección segunda).

El artículo 219 del Proyecto de 1994 fue cambiado en su contenido a través de la enmienda N° 613 presentada en el Congreso por el Grupo Socialista y a través de otras dos presentadas en el Senado, la N° 192 por Convergencia i Unió y la N° 341 por el Grupo Socialista.

Mediante la aprobación de la enmienda N° 613 se modificó la sanción y se introdujo un nuevo y tercer párrafo en el artículo. Desde entonces se mantuvo como sanción única del delito la de arresto de ocho a veinte fines de semana, en vez de multa, habiendo alegado como motivación para el cambio de pena la posible incidencia negativa de la pena de multa. A través de la adición de un párrafo tercero se estableció como responsabilidad civil el pago de las cuantías adeudadas, que se harían efectivas en el procedimiento penal. En este caso la motivación alegada era la economía procesal, para evitar tener que recurrir a un nuevo proceso civil³¹⁴.

La enmienda N° 192 sirvió para corregir un error mecanográfico y hacer decir al artículo “adeudadas”, en lugar de “adecuadas”.

³¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6.

Con la enmienda N° 341 se modificó en la redacción la referencia a los hijos, al decir definitivamente "o proceso de alimentos de sus hijos" en vez de "o proceso de alimentos a favor de hijos no matrimoniales". La razón alegada en este caso fue que la expresión propuesta era más adecuada, al hacer referencia a todo tipo de hijos, matrimoniales o no y al mejorar con ella la redacción gramatical³¹⁵.

Resultan interesantes otras dos enmiendas no aprobadas, presentadas en el Congreso al artículo 219. La N° 367 del Grupo Popular, en la que se proponía la inclusión, por un lado de las separaciones "amistosas", junto a las legales (además de los supuestos ya conocidos) y, por otro, de los impagos referidos a períodos de prestación no mensuales, alegando como justificación la frecuencia de las separaciones amistosas (al margen de la vía procesal) que también deberían quedar cubiertas por el reproche penal y la ausencia de necesidad de ser mensuales los periodos de pago de la prestación. Y la enmienda N° 1.131, del Grupo Catalán, en la que se proponía un nuevo párrafo tercero (diferente del aprobado relativo a la responsabilidad civil) en el que se castigasen los impagos a favor de "cualquier otra persona que deba recibir alimentos conforme resolución judicial". Su justificación fue la de que "la prestación de alimentos a padres, ascendientes, parientes minusválidos, etc... merecen el mismo trato cuando están establecidas por sentencia o resolución judicial"³¹⁶.

³¹⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 21 de septiembre, Núm. 87 (c) y 9 de octubre, Núm. 87 (e).

³¹⁶ La primera de ellas con la redacción siguiente: "El que en los supuestos de separación, amistosa o procesal, divorcio o nulidad de matrimonio, dejare de pagar durante dos periodos consecutivos o tres alternos, prestaciones económicas periódicas establecidas, por convenio o resolución judicial, a favor de su cónyuge o hijos...", *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6. p.200. La segunda siguió proponiéndose en el Senado como enmienda N° 191, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 21 de septiembre, Núm. 87 (c), p.157.

El artículo fue modificado posteriormente, en el Dictamen de la Comisión, en cuanto a su numeración, pasando a ser definitivamente el 227 y variando los plazos de incumplimiento de tres meses consecutivos y seis no consecutivos a dos y cuatro meses, respectivamente³¹⁷.

Según el artículo 228 el delito sólo se perseguiría previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal y, tratándose de menores de edad, incapaces o personas desvalidas, también podría denunciar el delito el Ministerio Fiscal. Regulado en el artículo 220 del Proyecto de 1994, pasó como tal por el Congreso y no llegó a ser modificado hasta el Senado, como artículo 229³¹⁸. Sólo posteriormente, fue reformado a través de la aceptación de la enmienda N° 342 del Grupo Socialista, que dejó al precepto en los términos en los que fue definitivamente aprobado con el número 228³¹⁹. Al no regular expresamente el perdón de la persona ofendida, se confirmaba la ineficacia del mismo en esta materia.

La regulación del delito de inasistencia familiar-conyugal logró su configuración definitiva con la aprobación de la enmienda N° 612 que presentó el Grupo Socialista durante la tramitación en el Congreso del artículo 218 del Proyecto de 1994. Añadía al párrafo primero la expresión "legalmente establecida" (en referencia a la

³¹⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 23 de octubre, Núm. 87 (g) y 8 de noviembre, Núm. 87 (h); y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de noviembre, Núm. 77-15.

³¹⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 20 de julio de 1995, Núm. 87 (a).

³¹⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c) y 9 de octubre, Núm. 87 (e), así como *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de noviembre, Núm. 77-15.

asistencia necesaria para el sustento), al incluir a los ascendientes, suprimía la frase "a no ser respecto a este último que estuviesen separados por causa imputable al referido cónyuge" y sustituía la pena de multa por la de arresto de 8 a 20 fines de semana, con la justificación común de mejora técnica³²⁰. El artículo pasó al Senado en los términos indicados como artículo 227 y fue definitivamente aprobado como artículo 226³²¹.

El delito de desobediencia grave del artículo 541 del Proyecto tampoco fue objeto de cambios a lo largo del debate parlamentario, salvo en lo relativo a su numeración, por lo que acabó convirtiéndose en el artículo 556 del nuevo Código Penal, conservando la pena prevista en el Proyecto y confirmando el distanciamiento con el delito de impagos³²². La falta de desobediencia leve del artículo 622 terminó siendo regulada sin cambios y con igual pena en el artículo 634³²³.

³²⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6. Otras cuatro enmiendas que no fueron aprobadas en realidad eran sólo partes de la aprobada.

³²¹ *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 20 de julio de 1995, Núm. 87 (a). La falta regulada en el artículo 612 del Proyecto no fue objeto de enmienda alguna, por lo que permaneció inalterada a lo largo de todo el proceso parlamentario, salvo en lo relativo a su numeración que cambió, pasando definitivamente a ser el artículo 622.

³²² Solamente fue suprimido el párrafo segundo previsto en el Proyecto, en el que se sancionaba con la misma pena "al que resistiere o desobedeciere gravemente órdenes de fuerza armada definida en el artículo 539", debido a la admisión de la enmienda N° 860 presentada en el Congreso con base en que los funcionarios militares son también funcionarios, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6; 5 de abril de 1995, Núm. 77-7; y 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8. No prosperó la enmienda N° 527 que proponía volver a la denominación del Título XIX en el Proyecto de 1992: "Delitos contra los poderes y orden públicos".

³²³ El artículo 450 del Proyecto de 1994 (similar al previsto en el Proyecto de 1992) fue definitivamente suprimido al aceptarse en el Congreso una enmienda para su supresión (la N° 1075), que se basaba en su consideración como un supuesto de "prisión por deudas" y en la suficiencia del delito de desobediencia: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de

El delito de alzamiento de bienes del artículo 257 se mantuvo inalterado, aunque la excusa absolutoria por relación familiar en los delitos contra el patrimonio quedó definitivamente regulada en el artículo 268 añadiendo en su texto la exclusión de los cónyuges separados "legalmente o de hecho" y de los inmersos en "proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio" (y no sólo de divorcio como decía el Proyecto).

I.- 4. La regulación del delito en el Código de 1995 dentro del marco de las infracciones contra las relaciones familiares: la reforma introducida 15/2003, de 25 de noviembre

I.- 4. a. La regulación originaria de 1995

El delito de inasistencia económica derivada de las crisis matrimoniales se encuentra regulado desde 1995, junto al delito de inasistencia económica matrimonial, entre los "delitos contra las relaciones familiares"³²⁴, a los que el Código ha dedicado por primera vez en la historia de la Codificación española, un título, el XIIº de su Libro IIº, que se estructura a su vez en tres Capítulos.

Entre sus Capítulos Iº y IIº se refuerza la protección del "estado civil familiar" o pertenencia legal de una persona a una familia con base en el matrimonio y la filiación, por lo que (aparte del delito de usurpación del estado civil, previsto entre las falsedades en

Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6; 5 de abril de 1995, Núm. 77-7; y 22 de mayo de 1995, Núm. 77-8.

³²⁴Aunque el "elemento familiar" está recogido a lo largo de todo el Código, como en la circunstancia mixta del artículo 23, como en las agravaciones de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los artículos 180 y ss., en la excusa absolutoria del artículo 268, o en los preceptos relacionados con la violencia doméstico-familiar, artículos 153, 173, 2 y 3, o 620.

el artículo 401) en relación al primero, se regulan en el Capítulo I° los delitos de “matrimonios ilegales”, como el de bigamia (artículo 217), celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente (artículo 218³²⁵) y el de autorización de matrimonios nulos (artículo 219). En relación a la filiación, en el Capítulo II°, son regulados los delitos de “suposición de parto, alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, en el artículo 220, párrafos 1, 2 y 3 respectivamente los de suposición de parto, ocultación o entrega de un hijo y sustitución de un niño por otro y en el artículo 221 el de tráfico de menores³²⁶.

En el Capítulo III° se refuerza penalmente la protección jurídica de algunos “derechos y deberes familiares” (los más importantes), a través de figuras delictivas muy diversas, como las de “quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores e incapaces al abandono del domicilio” (reguladas en la primera de las dos Secciones Del Capítulo en 1995³²⁷, entre los artículos 223 y 225) y las de “abandono de familia, menores e incapaces” (previstas entre los artículos 226 y 233) en la Sección segunda (tercera desde la reforma de 10 de diciembre de 2002).

³²⁵ Ya sin la previsión específica de indemnización.

³²⁶ Además de la disposición común del artículo 222 relativa a la pena de inhabilitación especial aplicable a los educadores, facultativos, autoridades o funcionarios que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realicen las mencionadas conductas.

³²⁷ Tres Secciones desde la reforma de L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores, que reguló figuras de nueva creación como la sustracción de menores por uno de sus progenitores u otros parientes (artículo 225 bis y nueva Sección segunda), inducción de menores por su progenitor/a a infringir el régimen de custodia establecido judicial o administrativamente (artículo 224, 2) e incumplimiento por los padres del régimen de custodia de los hijos menores establecido judicial o administrativamente (falta del artículo 622).

Cabe resaltar la especial protección de los derechos de menores e incapaces a lo largo de todo el Capítulo, en la línea de reformas como la de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, que están dirigidas a asentar la supremacía de su intereses y el ejercicio directo de sus derechos, en consonancia con la concepción personalista de la Constitución, ya señalada³²⁸.

Entre los delitos de la vigente Sección tercera están regulados los de inasistencia familiar-conyugal y post-conyugal en los artículos 226 y 227 (complementados por el 228, sobre procedibilidad). En el primero quedan sancionados el incumplimiento de los deberes legales de asistencia a menores e incapaces³²⁹ que se

³²⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.15. Nos parece interesante su interpretación de “la seguridad personal” de menores e incapaces como objeto jurídico protegido en muchos de estos delitos, entendida como “el aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias sociales que producen una especial vulnerabilidad” (*Ibid.*, pp. 16-17). Según él queda protegida *en el marco de la guarda material* (custodia consistente en el derecho/deber de vigilancia y convivencia) a través de los delitos de “omisión de presentación del menor o incapaz” (artículo 223), “inducción al abandono del domicilio” (artículo 224 y 225 y falta del artículo 622 antes del 2002) (*Ibid.* pp.16 y 20); y *en el área de la guarda personal* (derechos/deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, educación y formación integral o promoción de la mejor inserción social del incapaz adulto, junto a la adquisición o recuperación de su capacidad) a través de los delitos de “abandono propio” (artículos 229 y 230) (asociados a derechos/deberes de convivencia y vigilancia) e “impropio” (artículo 231) (asociado a los derechos/deberes de alimentación, educación y formación integral) y del delito de utilización o préstamo para la mendicidad (artículo 232), relativo a los derechos/deberes de educación y formación integral, promoción e inserción social del incapaz adulto, *Ibid.*, pp.109-110.

³²⁹ Objeto jurídico protegido según doctrina mayoritaria; *vid. entre otros* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Los delitos contra las relaciones familiares” en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, T.S. VIVES ANTÓN Coord., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp.1063 y ss; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador: Comentario al texto y debate parlamentario*, Edit. Eurojuris, 1996, p.126; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, M. COBO DEL ROSAL Dir., Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.307 y ss y MORETÓN TOQUERO, M.A., *El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares*, Edit. Bosch, 2001, p.8.

derivan de la patria potestad, guarda, tutela, y acogimiento³³⁰ y el incumplimiento de la prestación de “la asistencia necesaria para el sustento legalmente establecida” de descendientes, ascendientes y cónyuges necesitados. En el artículo 227 quedan sancionados los incumplimientos del pago de las prestaciones derivadas de los procedimientos de separación, divorcio, nulidad, filiación y alimentos a los hijos.

De este modo, desde 1995 el delito de impago de prestaciones económicas determinadas judicialmente en los supuestos de separación legal, divorcio y declaración de nulidad matrimonial (proceso de filiación y proceso de alimentos a favor de los hijos) se encuentra regulado en el artículo 227 con el texto siguiente:

- ”1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.
2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

³³⁰ Los derivados de la patria potestad (artículos 154-180 del Código civil) son: el cuidado o la vigilancia, la convivencia, los alimentos, la educación y en lo posible una formación integral, el respeto, la representación y la administración de sus bienes; los derivados de la tutela (artículos 215 siguientes Código civil): el cuidado o la vigilancia, los alimentos, la compañía, la educación y en lo posible una formación integral y la promoción en la adquisición o recuperación de la capacidad de la persona incapacitada y su mejor inserción social; para la guarda (de hecho, artículo 303 del Código civil) sirve lo expuesto respecto de la tutela; y como derechos derivados del acogimiento familiar (artículo 173 y ss) podemos mencionar: el cuidado, la compañía, los alimentos, la educación y la formación integral.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Por su lado, el delito de abandono de familia o de inasistencia familiar-conyugal del artículo 226, tiene desde entonces, salvo en materia de penas, la redacción siguiente:

“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

La perseguibilidad de ambos delitos está regulada en el artículo 228 que, previsto como precepto común, tiene como texto el siguiente:

“Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

El Código de 1995 reguló, sin faltas específicas de inasistencia familiar relacionadas con el delito de abandono de familia o el delito de impagos³³¹, otras faltas contra las relaciones

³³¹ Como, por ejemplo, proponían el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, en relación al abandono de familia.

familiares entre las relativas a las personas (Título Iº del Libro IIIº), como la del artículo 618 (de único párrafo en 1995) sobre la no restitución de menores e incapaces y denegación de auxilio a los mismos sujetos y como la prevista en el artículo 622, sobre el apoderamiento de menores por padres, tutores y guardadores de menores, quebrantando resoluciones judiciales³³². También la del artículo 619, relativa a la inasistencia o falta del auxilio requerido a las personas de edad avanzada o discapacitadas que se encuentren desvalidas y sean dependientes, familiares o no³³³.

I.- 4. b. La reforma introducida en las penas por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre

La LO 15/2003, de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, que entró en vigor un año después, aparte de los cambios en las reglas generales del Libro I y de algunos específicos en materia de relaciones familiares³³⁴, reformó las penas de los delitos de inasistencia post-matrimonial (y de impago a los hijos de otras prestaciones económicas determinadas judicialmente) y de inasistencia conyugal (y familiar), dejando intactas la reparación del daño procedente del delito, que comporta siempre el pago de las cuantías adeudadas (artículo 227,3) y la posible aplicación motivada

³³² Heredera del artículo 584,6 del viejo Código penal, tras la reforma de 21 de junio de 1989.

³³³ Similar a la prevista en el artículo 584,3 del Código penal de 1973 tras la reforma de 21 de junio de 1989 y en la línea del delito del artículo 536 del Código de 1928.

³³⁴ Como la modificación del delito de tráfico de menores del artículo 221,1, al añadir la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela, curatela o guarda a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la reforma de la atenuación del artículo 225 (cuya pena mínima de prisión bajó de seis a tres meses, aumentando la pena alternativa de multa, de seis a veinticuatro meses (antes de cuatro a ocho).

de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar de cuatro a diez años del artículo 226, así como la perseguibilidad semipública de ambos delitos y la ineficacia en ambos del perdón, según lo previsto en el artículo 228.

Al hacer desaparecer del Código los arrestos de fin de semana, las penas de ocho a veinte arrestos de fin de semana de los mencionados delitos fueron sustituidas, en el caso del artículo 227, por la de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en el caso del artículo 226, por la de a prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

Cabe, por tanto, resaltar como importante el cambio en las penas principales previstas para ambos delitos, pues de iguales y únicas en la redacción de 1995 (8-20 AFS) desde la reforma de 2003 son más graves en ambos casos y (por primera vez desde la regulación en 1989 de ambos delitos) aún más la de los impagos (en cuanto a sus límites máximos) y además están reguladas como penas alternativas (prisión o multa)³³⁵.

La reforma también aprobó una nueva falta que desde entonces ha quedado regulada en el nuevo párrafo segundo del artículo 618 sobre el incumplimiento de obligaciones familiares no constitutivo de delito, en los mismos supuestos del artículo 227, es decir, en los de separación legal, divorcio, declaración de nulidad,

³³⁵ Desde entonces el distanciamiento penológico que hemos venido señalando entre la desobediencia grave del artículo 556 (prisión de seis meses a un año) y el delito de impagos se ha visto recortado. Puede añadirse que ni el delito señalado ni la falta de desobediencia leve del 634 han sufrido modificaciones, pese a las innumerables reformas penales acontecidas desde 1995, como tampoco el delito de alzamiento de bienes del artículo 257,1,1º ni la excusa absolutoria del artículo 268,1.

matrimonial, proceso de filiación y proceso de alimentos a favor de los hijos, por lo que puede considerarse residual³³⁶.

Su texto dice así:

“El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o procesos de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.

I.- 5. Similitudes y diferencias entre el viejo artículo 487 bis y el artículo 227

Lo primero que cabe resaltar al comparar la regulación de ambos Códigos es la continuidad en la criminalización de la inasistencia económica post-matrimonial en un Código y otro, la consolidación del delito³³⁷. En 1989 fue introducido, con la influencia de los sectores sociales ya señalados, sin debate doctrinal ni apenas debate parlamentario, y el Código de 1995 ha mantenido su incriminación sin cuestionamiento parlamentario, pese a las

³³⁶ O “precepto de recogida, por mor de su cláusula de subsidiariedad expresa” como dice GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES Coord., Thompson-Aranzadi, 4ª edic., 2005, p.2608.

³³⁷ Junto a la reducción a inasistencia económica del delito tradicional respecto de los cónyuges, teniendo en cuenta, como dice LAURENZO COPELLO; P., *Los delitos...cit.*, p.14 que “la eliminación en el Código penal de 1995 de los deberes asistenciales relativos al “matrimonio” en el supuesto más genérico de abandono de familia no es ajena, muy probablemente, a la plena integración de la mujer en el mundo laboral y cultural, con la consecuente valoración de los dos miembros de la pareja como personas iguales en derechos y oportunidades”.

numerosas objeciones críticas planteadas por la doctrina penal. Como dice GARCÍA ARÁN, “pese a las críticas doctrinales recibidas, el peso de la opinión pública en relación a estos temas ha condicionado considerablemente la opción del legislador de 1995, atrapado, en cierta forma, entre la reivindicación de algunos sectores sociales y la opinión doctrinal”³³⁸.

La segunda línea de continuidad entre un Código y otro es, pese a sus diferentes sistemáticas y pese a tratarse de crisis conyugales, la consideración del delito como una figura más de inasistencia familiar-conyugal o derivada de la familia y el matrimonio.

El tercer aspecto común es la referencia exclusiva en ambos casos al modelo de pareja matrimonial³³⁹.

En cuarto lugar podemos señalar la falta compartida de regulación expresa de restricciones típicas como la exigencia expresa de “situación de necesidad” de los sujetos pasivos o la de “peligrosidad de la acción (omisión) para los bienes jurídicos fundamentales”³⁴⁰.

Las diferencias entre la regulación de un Código y la del otro afectaron a los siguientes aspectos particulares que resultaron modificados: la sistemática, los plazos de incumplimiento, las

³³⁸ GARCÍA ARÁN, M., “El impago ...”, *cit.*, p.17.

³³⁹ *Vid.* DOLZ LAGO, M.J, "La protección penal de la familia entre los viejos y nuevos paradigmas familiares", *Actualidad Penal*, N° 18, 1-7 de mayo, 1995, marginales p.281 (en referencia al Proyecto de 1994) y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...* *cit.*, p.58.

³⁴⁰ Mantenedas respectivamente por PÉREZ MANZANO, M. “El delito...”*cit.*, pp.47-48 y LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, pp.787 y ss.

prestaciones objeto de incumplimiento, la perseguibilidad y el perdón, la reparación y los plazos de prescripción.

1. Como hemos visto, la opción sistemática es distinta en ambos Códigos. Mientras que el viejo Código insertaba el delito de impagos, junto al delito de inasistencia familiar tradicional entre los delitos contra la “libertad y la seguridad”, el Código de 1995, con mayor precisión, lo hace entre los delitos contra las “relaciones familiares” y “contra los derechos y deberes familiares”, aunque, como veremos, en nuestra opinión es preciso hablar de seguridad a la hora de delimitar el bien jurídico asistencial.

2. Entre una regulación y otra se acortaron los plazos de incumplimiento, pasando de los 3 meses consecutivos (ó 6 no consecutivos) del artículo 487 bis a los 2 meses consecutivos (ó 4 no consecutivos) del artículo 227.

3. La adición en el párrafo 2 del artículo 227 de los impagos de cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única, es decir, de las prestaciones no periódicas y de las no mensuales, como las indemnizaciones por nulidad y las prestaciones sustitutivas de las pensiones compensatorias previstas en el artículo 99 del Código civil, marcó otra diferencia importante entre la vieja y la entonces nueva regulación³⁴¹.

4. El delito pasó a convertirse en semipúblico desde 1995, siendo expresamente regulada su perseguibilidad en común con el delito de abandono tradicional en el nuevo artículo 228, frente a su

³⁴¹ Además de la incorporación al artículo 227 de los impagos derivados de procedimientos de filiación y alimentos a favor de los hijos, cubriendo la laguna de la reforma de 1989 que se entendía discriminatoria y, por ello, inconstitucional respecto de los hijos no matrimoniales, como ya hemos indicado anteriormente. *Vid.* STC de 67/18-3-1998 y 84/20-4-1998.

carácter público en la reforma de 1989. Pero, a partir de entonces, ni para él ni para el delito del artículo 226 tiene eficacia alguna el perdón de la persona ofendida.

5. Quizás la diferencia más importante a efectos prácticos es la relativa a la reparación del daño. La adición del párrafo 3 del artículo 227 que la regula expresamente, dio respuesta a la polémica sobre si la responsabilidad civil derivada de este delito podía o no incluir las cuantías adeudadas y si era procedente cuando el único perjuicio evaluable económicamente eran precisamente las cantidades impagadas. El viejo artículo 487 bis nada decía al respecto, debiéndose resolver la cuestión según las reglas generales previstas en el Código Penal, artículos 109 y siguientes.

6. Por último, cabe destacar la diferencia en los plazos de prescripción del delito previstos en uno y otro Código, pues en el viejo Código era de cinco años según el artículo 131 frente a los tres años del artículo 131,1 del Código de 1995.

Como valoración evolutiva global puede añadirse el claro endurecimiento punitivo (salvo en lo relativo a la prescripción) por el que ha optado el legislador al acortar los plazos de incumplimiento y al incrementar las prestaciones objeto del delito (pese a poder interpretarse como la corrección de un fallo técnico). La reforma de 25 de noviembre de 2003 vendría a corroborar la línea al modificar las penas, dejando que la de prisión fuese algo mayor para los impagos que para el tradicional delito de abandono de familia (por vez primera), y al abrir la puerta a una factible ampliación de su ámbito de aplicación a través de la nueva falta residual del artículo 618,2.

I.- 6. Referencia a las últimas reformas y al reciente Derecho penal Projectado

Desde la reforma de 25 de noviembre de 2003 no se ha aprobado ninguna modificación del artículo 227 en ninguna de las numerosas reformas que en los últimos años ha tenido el Código penal vigente, ni siquiera en la última de 22 de junio de 2010.

Tampoco ha sido realizada propuesta de reforma del delito de impagos ni en el Proyecto de 18 de diciembre de 2006 (Anteproyecto de 13 de julio de 2006) ni en el Anteproyecto de reforma del Código aprobado en Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, ni en el Proyecto de 23 noviembre de 2009.

A la vista de lo señalado, puede afirmarse la consolidación del delito de impago de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales y de sus consecuencias jurídicas. No obstante y antes de hacer una referencia algo más detallada a los efectos derivados de la última reforma de 22 de junio de 2010, quisiéramos apuntar siguiendo un criterio cronológico algunos aspectos interesantes del Derecho penal proyectado que podrían tener relación con la figura de impagos.

Así, el Anteproyecto de 13 de julio de 2006, que ofrecía la reintroducción de los arrestos de fin de semana (artículos 33 y 36 bis) como pena sustitutiva de la de prisión en algunos supuestos (artículo 88), regulaba en la responsabilidad civil del artículo 116,3 la investigación judicial del patrimonio de la persona obligada civilmente³⁴² y, por otro lado, reorientaba la excusa absolutoria del

³⁴² Con el texto siguiente: “Los Jueces o Tribunales ordenarán la investigación del patrimonio del obligado civilmente como responsable directo o subsidiario, si este se manifestara total o parcialmente insolvente, y tomarán cuantas medidas procedan sobre los bienes del responsable civil que aparezcan en poder de terceros, salvo que concurra la excepción prevista en el artículo 111.

artículo 268 hacia una condición de perseguibilidad, incluyendo la regulación expresa del perdón, como causa de extinción de la acción penal, según el siguiente texto:

“Cuando no concurra violencia o intimidación los delitos patrimoniales que se causaren entre sí los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viesen juntos, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 5º del artículo 130”.

El Proyecto 18 de diciembre de 2006, en cambio, dejó de proponer la reintroducción de los arrestos de fin de semana y de la investigación judicial para determinar la responsabilidad civil y su propuesta de reforma de la excusa absolutoria del artículo 268 fue redactada en términos muy similares a la vigente (lejos de la prevista en el Anteproyecto), aunque en ella se incluía expresamente, por vez primera, a “las personas unidas por análoga relación de afectividad”.

El Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008 y el Proyecto de 23 de noviembre de 2009 nada aportaron en relación a los aspectos indicados u otros que pudieran relacionarse con los impagos (descartados los arrestos de fin de semana), salvo la modificación de la

Igualmente acordarán en su caso deducir las responsabilidades penales en que haya podido incurrir el responsable civil o el tercero detentador de los bienes. Los Jueces o Tribunales podrán ordenar que sea investigado el patrimonio del obligado civilmente en los términos previstos en el artículo 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal”.

pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar que estaba prevista (sin la referencia a la legislación autonómica) en el Anteproyecto de 2008 y en el Proyecto de 2009.

Finalmente hay que añadir que la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en la nueva redacción del artículo 56,1,3º incluye ahora la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar que, como pena accesoria, podrá ser aplicada junto a la principal, respecto de hijos e hijas en los supuestos del artículo 227, pena que, como principal, estaba ya expresamente prevista en el artículo 226 (a diferencia de lo que sucedía con el delito de impagos).

En materia de prescripción, el plazo ha sido cambiado, pues ha pasado de tres años, a cinco años, según la nueva regulación del artículo 131,1º (volviendo, en realidad, a la misma regulación que en esta materia tenía el delito en el Código penal anterior).

Resulta interesante la introducción por la reforma de la atenuante de dilaciones indebidas en el artículo 21,6º, pues se trata de una modificativa que ha sido aplicada frecuentemente en el delito de impagos, aunque a través de la atenuante analógica del artículo 21,6º hasta la reforma y desde ella a través del nuevo apartado 7º.

Dada la duración de la pena de prisión en el delito de impagos, también hay que tener en cuenta los cambios de la reforma en la sustitución de las penas (artículo 88), pues ahora también puede ser sustituida la pena de prisión, siempre que no exceda de seis meses, por la de localización permanente, lo que se añade a las sustituciones anteriormente previstas (como regla general) de la pena

de prisión de hasta un año, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

Capítulo II.- El bien jurídico-penal protegido en el artículo 227

Introducción

La polémica suscitada primero en torno al bien jurídico protegido en el artículo 487 bis del viejo Código y seguidamente en el artículo 227 del Código de 1995 (aspecto en el que entre ambos no existen variaciones significativas) es sobresaliente y relevante en la medida en que le subyace la legitimidad de la intervención penal en esta materia.

Como muestra de lo señalado exponemos a continuación las diferentes y variadas interpretaciones que se han planteado por la doctrina y la jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido en el vigente artículo 227 (y en el viejo artículo 487 bis) para pasar, en un segundo momento, a explicar nuestra postura personal.

II.- 1. Posiciones sobre el bien jurídico protegido en el artículo 227 (y en el 487 bis)

En primer lugar desarrollaremos las posiciones que inciden en la **innecesariedad** del precepto (del viejo 487 bis y del nuevo 227) y en la eventual **inconstitucionalidad** de ambos como supuestos de

“**prisión por deudas**” (y del viejo 487 bis también por discriminatorio de los hijos no matrimoniales).

En segundo lugar expondremos las posiciones en torno al bien jurídico-penal protegido en el artículo 227 (y en el 487 bis del VCP), diferenciando entre las que lo consideran un delito de **desobediencia** y las que lo interpretan como un delito de **inasistencia familiar**.

Entre las interpretaciones del artículo 227 (y más claramente del 487 bis) como un delito de desobediencia conviene además distinguir: aquellas para las que el único bien jurídico-penal protegido es **la Administración de justicia, la eficacia de la función jurisdiccional, o el orden público**, de aquella otra para la que el bien es doble: **el orden público** (de modo inmediato) **y la seguridad relacionada con los derechos familiares de asistencia** (de manera mediata).

Entre las posiciones que consideran al actual 227 y al viejo 487 bis como reguladores de un delito de abandono de familia, de inasistencia familiar, se presenta, a su vez, cuatro opciones diferentes:

a. La que opta por considerar que el bien jurídico protegido es **la seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares** entendidos en sentido individual como bien jurídico principal, **junto al orden público**, como bien jurídico secundario.

b. La que interpreta que el único bien jurídico protegido es **la seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares** entendidos en sentido individual.

c. La que mantiene que el bien jurídico-penal son **los derechos asistenciales familiares** entendidos en un sentido colectivo como **buen funcionamiento de los deberes de asistencia en el marco de la familia** (bien principal) **y la salud, la dignidad o la libertad** como bienes secundarios.

d. Y aquella otra que considera que el bien protegido es **la integridad personal en sentido amplio**, es decir, **la vida, la salud física y psíquica, así como el conjunto de condiciones materiales para una vida digna**.

II.- 1. a. Posiciones sobre la innecesariedad e inconstitucionalidad del precepto

Se trata de posiciones diversas entre sí que, sin embargo, se centran, más que en la búsqueda del bien jurídico protegido en el 487 bis y en el 227, en tratar de demostrar la innecesariedad de los mencionados preceptos y en su posible inconstitucionalidad, como supuesto (en ambos casos) de “prisión por deudas” (y en el caso del viejo 487 bis por discriminatorio con los hijos no matrimoniales, que ya fue modificado en la dirección correcta)³⁴³.

El punto de partida es, según esta posición, la falta de referencias valorativas claras tanto en el 487 bis como en el vigente 227; los argumentos giran en torno a la interpretación de los requisitos establecidos en los preceptos, más que en torno a criterios sistemáticos o teleológicos.

³⁴³ Propias de la primera época, tras la reforma de 1989, en la que, como mantienen LAURENZO COPELLO P., “El impago...” cit., p.772 y PÉREZ MANZANO, M., “El impago...” cit., p.225, la doctrina penal se dedicó más a enfatizar la suficiencia de otros recursos penales y extra-penales que a la búsqueda del bien jurídico protegido.

II.- 1. a. 1) Innecesariedad del precepto

Para estas posturas desde un principio se trató de un precepto innecesario regulador de un conflicto que podía ser solucionado con los medios penales, civiles y procesal-civiles ya existentes antes de la reforma de 1989. Puesto que el precepto se entendía innecesario, resultaba contrario al *principio de intervención mínima*.

En efecto, a juicio de los defensores de esta posición, los medios civiles, procesales y penales preexistentes a la reforma, considerados desaprovechados, hubieran bastado para resolver el problema: las medidas cautelares, la ejecución civil o las infracciones penales de desobediencia, así como el delito de abandono de familia o el de alzamiento de bienes³⁴⁴.

³⁴⁴BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, pp.79 y 80, y BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 3ª edic., 1995, pp.53 y ss; BOIX REIG, J., *La reforma penal...cit.*, pp.170-173; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 2ª edic., 1991, pp.79-80; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (destacando la "absurda inaplicación" de la desobediencia) *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 4ª edic., 1993, pp.746-7; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord. E. ORTS BERENGUER, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp.379-380; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. y JAÉN VALLEJO, M., Comentarios a los delitos contra las relaciones familiares, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, BACIGALUPO ZAPATER, E. y otros, Tomo II, Edit. Trivium, 1997, p.2488; PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., "Tratamiento penal de las obligaciones económicas derivadas de la relación jurídica-familiar", *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Vol. IX, 1993, p.267 y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de derecho Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp.239-240. Enfatizando desde el ámbito civil la suficiencia de medios *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., "El delito de impago de prestaciones, una intromisión del legislador penal en el campo del Derecho civil por la vía de resucitar la vieja prisión por deudas", en *Hominum causa omne ius constitutum est, escritos sobre el matrimonio*, en homenaje al Prof. Dr. J.M^a DÍAZ MORENO, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp.1210 y ss.

Por ello llegó a hablarse, a propósito del 487 bis, de "triplicidad" de preceptos³⁴⁵, de "huida hacia el derecho penal"³⁴⁶, de "demagógico recurso a la inflación penal"³⁴⁷ y de legislación "a golpe de periódico"³⁴⁸.

En términos similares se ha venido manteniendo la postura respecto del vigente artículo 227³⁴⁹.

II.- 1. a. 2) Inconstitucionalidad como supuesto de "prisión por deudas"

³⁴⁵ GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago..." cit., pp.307-309.

³⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 2ª edic., 1991, pp.79-80; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial, cit.*, 2ª edic., 1992, pp.185-186 y 3ª edic., 1996, p.292, 3ª edic., 1996, p. 292 y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...cit.*, pp.239-240.

³⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 3ª edic., 1990, pp.757-758.

³⁴⁸ Añadiendo BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, J., *Manual de Derecho penal. Parte Especial...cit.*, 3ª edic., 1995, p.54 que "en lugar de hacer un análisis político criminal riguroso de la realidad criminológica actual en función de las estadísticas judiciales y criminológicas que los distintos organismos de administración pública elaboran, se ha preferido operar con la improvisada y frívola política-criminal, que se deriva de observaciones más o menos ingeniosas de periodistas y otros profesionales que opinan en un medio efímero como es el de los diarios".

³⁴⁹ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Los delitos contra las relaciones familiares" cit., pp.1071-2; Derecho Penal. Parte Especial, VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Edit. Tirant lo Blanch, 1996, Valencia, p. 305 y *Derecho penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.376 (y CD de la 2ª edic., 2008); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Los delitos contra las relaciones familiares, *Compendio...cit.*, 1998, pp.327; ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Compendio de Derecho Penal, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.526; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 14ª edic., 2009, p.343 y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal comentado, Editoriales de Derecho Reunidas*, 1996, Madrid, p.333.

Desde estas posiciones se ha denunciado la inconstitucionalidad del viejo artículo 487 bis como supuesto de "prisión por deudas", además de por discriminatorio respecto de los hijos no matrimoniales, excluidos de su protección, a diferencia de los matrimoniales³⁵⁰.

Según este punto de vista, la conducta prohibida era un mero ilícito civil, no un ilícito penal, un simple incumplimiento de deudas u obligaciones civiles, puesto que el tipo previsto no exigía requisito alguno de lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penal, lo que hacía desaparecer la línea divisoria entre el ámbito penal y el civil, elevándose así a la categoría de delito el mero dejar de pagar, propio de las deudas civiles³⁵¹.

En este sentido se veía al artículo 487 bis como un mero refuerzo de la legislación privada, lo que "no significa que la ley penal no garantice con sus preceptos una serie de derechos ya reconocidos en otras ramas del ordenamiento, pero siempre y cuando la infracción

³⁵⁰ Cabe recordar aquí las constantes referencias de la FISCALÍA GENERAL durante los primeros años 90 a la inconstitucionalidad del precepto en relación a los hijos no matrimoniales y para evitar su aplicación como un supuesto de "prisión por deudas", *vid.*, por ejemplo, La Circular N°2/1990, sobre *la aplicación de la reforma de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal* o la Consulta N°1/1993, en la que se hacía eco de las críticas doctrinales sobre las dificultades de justificación del precepto en un Derecho penal de principios limitadores.

³⁵¹ BOIX REIG, J., *La reforma penal cit.*, pp.172-175; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 2ª edic., 1991, pp.79-80; COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 3ª edic., 1990, pp.757-758; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 4ª edic., 1993, pp.746-7 y CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio cit.*, 1994, pp.379-380; GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago ..." *cit.*, p.299; PANÍZO Y ROMO DE ARCE, A., *op.cit.*, p.267; POLAINO NAVARRETE, M., "Impago de prestación económica familiar", en *Comentarios a la legislación penal*, Dir. M. COBO DEL ROSAL y Coord. M. BAJO FERNÁNDEZ, XIV, Vol. 2, Madrid, 1992, pp. 814-815 y 817-818 y *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA, L. y POLAINO NAVARRETE, Dir. M. COBO DEL ROSAL, Edit. Revista de Derecho Privado, 1993, pp.479-480 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª/SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 18ª edic., 1995 p.346.

penal suponga un "plus" de gravedad, la lesión o peligro de un bien jurídico", y no sólo la infracción civil³⁵².

Consecuentemente, en la medida en que la conducta típica era interpretada como el mero incumplimiento de una deuda civil y su sanción era la de prisión (opcional con la de multa), se consideraba al precepto como un supuesto de "prisión por deudas", antigua institución resucitada³⁵³ contraria a los principios del Derecho penal moderno, prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 y de más que dudosa constitucionalidad³⁵⁴. Para evitarla, se añadía, debería haberse exigido expresamente que el impago produjese "la efectiva falta de

³⁵² GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago..." *cit.*, p.299 y "Comentario..." *cit.*, pp.921-923.

³⁵³ TOMÁS Y VALIENTE, T., "La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés", Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXX, Madrid, 1960, pp. 251 y ss; Para GONZÁLEZ DELEITO N., "Un retorno al siglo XI: resurrección de la prisión por deudas", *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 6, 1989, p.89 "con la apariencia de una "reforma progresista", no dejaba de ser la resurrección de una modalidad anacrónica, desterrada de nuestro Derecho positivo a raíz del prevalimiento de normas constitucionales y penales inspiradas en criterios liberales y humanistas".

³⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización...cit.*, pp.79 y 80; BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, 3ª edic., 1995, p.56; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., *Prólogo a la decimocuarta edición del Código Penal*, Edit. Civitas, 1989, pp.17-18; BOIX REIG, J., *La reforma penal cit.*, p.170-173 (a su juicio contrario al principio de "prohibición de exceso" y de "proporcionalidad"); BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 2ª edic., 1991, pp.79-80; COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, 3ª edic., 1990, pp.757-758; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, 4ª edic., 1993, pp.746-7 y CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio cit.*, 1994, pp.379-380 (contrario, a su juicio, a los principios más elementales del Estado de Derecho como el de "prohibición de exceso" y el de "proporcionalidad"); GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago..." *cit.*, pp.299 y 309; POLAINO NAVARRETE, M., "Impago..." *cit.* pp. 814-815 y 817-818 (contrario en su opinión al principio de culpabilidad y a la prevención general y especial) y *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, *cit.*, 1993, pp.479-480; REIG REIG, J.V., "Comentarios a los artículos 340 bis d), 424 y 487 bis", *Poder Judicial*, Nº XII (especial): *La nueva reforma del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 199, pp.212-213; RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª/SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 18ª edic., 1995 p.346.

asistencia o sustento”, defendiendo la constitucionalidad de “una interpretación en este sentido”³⁵⁵.

Igual posición y la misma esencia argumental se han mantenido respecto del 227 del nuevo Código³⁵⁶.

Como ya hemos avanzado, la inconstitucionalidad del viejo artículo 487 bis también se planteó por razones distintas a las hasta ahora expuestas, sobre todo, por resultar discriminatorio respecto de los derechos de los hijos no matrimoniales³⁵⁷, pues el precepto sólo incluía los derechos de los hijos matrimoniales, excluyendo los relativos a los hijos e hijas no matrimoniales. En este sentido, el Código de 1995 cerró la cuestión al modificar la regulación anterior e incluir en el nuevo artículo 227 los derechos derivados de los procesos de filiación y de los procesos de alimentos a favor de los hijos. También era considerado discriminatorio por entender injustificable el tratamiento penal otorgado al incumplimiento de las prestaciones económicas familiares frente al exclusivamente civil dado a supuestos similares, como los impagos de las rentas a cargo del arrendatario, los de

³⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 2ª edic., 1991, p.79, (énfasis del autor); en sentido similar BOIX REIG, J., *La reforma penal cit.* pp.172 y 176; COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 3ª edic. 1990, pp.757-758; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 4ª edic., 1993, pp.746-747.

³⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 1996, p.318; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 14ª edic., 2009, p.343; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal comentado cit.*, p.333 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op.cit.* p.1201. Por su parte FERNÁNDEZ PINÓS, J.E. y FRUTOS GÓMEZ, C., *Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998, p.247 señalan las dificultades de determinación del bien jurídico y en relación con la necesidad y constitucionalidad del precepto.

³⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 3ª edic. 1990, pp. 757-758 y GÓMEZ PAVÓN, P., “El impago...” *cit.*, pp. 299-300 y “Comentario...” *cit.*, p.922.

resolución de los contratos de compraventa con indemnización a cargo de una de las partes, o los de incumplimiento de las reparaciones civiles fijadas en los procesos penales³⁵⁸.

II.- 1. b. Como delito de desobediencia

Frente a las posiciones expuestas en torno al bien jurídico protegido en el 487 bis del viejo Código y en el nuevo 227 se han mantenido y se mantienen, como ya hemos avanzado, otras diversas entre sí que, con argumentos variados, giran en torno a su interpretación como un delito de desobediencia o como un delito contra la asistencia familiar. También existen posiciones mixtas que sitúan la figura a caballo entre la desobediencia y la inasistencia familiar, poniendo más el acento en unos casos en el abandono familiar y en otros en la desobediencia a la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

II.- 1. b. 1) La Administración de justicia, la eficacia de la función jurisdiccional o el orden público como único bien jurídico protegido

Según este punto de vista, el 487 bis podía entenderse como un tipo de desobediencia tutelador exclusivamente del mismo bien jurídico de carácter supraindividual y público: “la

³⁵⁸ REIG REIG, J.V., "Comentarios..." *cit.*, pp.212-213.

Administración de justicia”, “el orden público”³⁵⁹ o “la eficacia de la función jurisdiccional”³⁶⁰.

Por ello se mantenía que la figura delictiva o bien era innecesaria³⁶¹ o bien hubiera debido ser incardinada en el Capítulo VI, del Título II, del Libro II, del viejo Código, como una figura "cualificada" de desobediencia del tipo básico previsto en el artículo 237³⁶².

Los argumentos utilizados para fundamentar esta interpretación fueron diversos.

Pese a la declaración del legislador en el Preámbulo de la ley de reforma de 1989 y a la ubicación sistemática del precepto en el viejo Código, se interpretaba que no podía ser una figura de abandono de familia, dada la falta de exigencia típica de efectiva

³⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 10ª edic., 1995, p.742.

³⁶⁰FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, Edersa, Madrid, 1994, pp.248-250, para quien "la finalidad pretendida con la incorporación de la nueva figura al derecho positivo no ha sido otra que arbitrar un cauce penal de garantía para el cumplimiento de los pronunciamientos judiciales de contenido económico, recaídos en los procedimientos civiles de separación, nulidad y divorcio, tanto contenciosos como de mutuo acuerdo", lo que –en su opinión– resulta injustificado porque la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es un deber constitucionalmente atribuido a los Tribunales en cada orden judicial (artículo 117,3).

³⁶¹ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Código Penal. Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Aranzadi 1991, p.985; GARCÍA ARÁN, M., *La reforma penal... cit.*, p.118; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 10ª edic., 1995, p.179 y PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., "Tratamiento penal de las obligaciones económicas derivadas de la relación jurídica-familiar", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IX, 1993, p.271.

³⁶²FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.251 (al igual, en su opinión, que el incumplimiento del régimen de visitas de los artículos 226 del Anteproyecto y 230 del Proyecto de Código Penal de 1992, *Ibid.*, p.292).

lesión a la seguridad³⁶³ (o a la seguridad y asistencia familiares), por lo que se descartaba que éste fuera el bien jurídico-penal protegido³⁶⁴. Según GARCÍA ARÁN, "pese a incluir el incumplimiento de una obligación exigible, la lesión de dicha seguridad (o, si se quiere, el abandono) sólo puede estimarse recogida a partir del dato puramente formal del transcurso de tres meses consecutivos o seis no consecutivos, sin hacerse efectivo el pago de la prestación, con independencia de la situación de inseguridad que ello provoque y que puede ser inexistente si el beneficiario de la pensión dispone de medios suficientes, sin que por ello deje de cumplirse la figura"³⁶⁵.

Al carecer de relevancia suficiente en la configuración delictiva el elemento familiar, y dado que la figura se limitaba a sancionar los impagos de prestaciones económicas controladas judicialmente, se entendía que cobraba todo su protagonismo la desobediencia a las resoluciones judiciales. La duplicidad de los supuestos regulados (los derivados de "resolución judicial" y los derivados de "convenio judicialmente aprobado") no impedía dicha interpretación, puesto que ello sólo apunta a la diversidad de los supuestos previstos (los litigiosos y los no litigiosos) y puesto que "en

³⁶³ Para FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Ibid.*, pp.206 y 212, 248 y 304 las dificultades para identificar el artículo 487 bis con el 487 impedían considerarlos preceptos del mismo tipo, pues –añadía– "un pronunciamiento favorable sobre su incorporación en el Capítulo III del Título XII, a continuación del artículo 487, no es posible alcanzarla *a priori*, sino que debe deducirse de una análisis particularizado de todos y cada uno de los elementos indeterminados que engloban el concepto de familia y su extensión" (p.246).

³⁶⁴ Teniendo en cuenta, según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 10ª edic., 1995, p.192 que en el delito de abandono de familia más que la familia se protegen "sólo determinadas relaciones, sobre todo de tipo asistencial, que se dan en ella y en las que prevalece más la idea de seguridad que la propia concepción familiar"; y considerando con él que la "seguridad" ha de ser entendida como "la expectativa que puede tener toda persona de que si se encuentra en determinada situación de peligro va a ser ayudada por los demás, o que, por lo menos, no va a ser puesta en situación peligrosa por otra persona" (p.190).

³⁶⁵ GARCÍA ARÁN, M., *La reforma penal... cit.*, p.119.

uno y otro supuesto se trata de una decisión en la que se ejercen funciones judiciales y, por tanto, permite la calificación de su incumplimiento como desobediencia"³⁶⁶.

La importancia del elemento judicial en el artículo 487 bis se entendía reforzada por otros argumentos que favorecían su consideración como delito de desobediencia: la identidad de las penas ³⁶⁷ y la perseguibilidad de oficio (sin exigencia de previa denuncia de la persona ofendida, a diferencia de la semipública del abandono de familia); también la identidad en la ineficacia del perdón de la parte ofendida (a diferencia del artículo 487, 4 y 5), lo que, según se indicaba, venía "a confirmar, que la inobservancia de la resolución judicial prima sobre la consideración de la situación familiar, que en los otros tipos de abandono se toma en cuenta para tales especialidades procesales"³⁶⁸. Se señalaba a su vez la falta de relación con las faltas de abandono de familia del viejo artículo 584, párrafos primero y segundo, y la falta de previsión de la pena de privación del ejercicio de la patria potestad (a diferencia del delito tradicional de abandono de familia)³⁶⁹.

³⁶⁶ GARCÍA ARÁN, M., *Ibid.*, pp.118-119 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, p.196, quien ya antes de la reforma de 1989 consideraba que la intervención judicial convertía los deberes familiares en obligaciones de otra clase, cuyo incumplimiento podía dar lugar a otros delitos diferentes, como el de desobediencia grave a los Tribunales, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 7ª edic., 1988, p.166.

³⁶⁷ Arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas; pese a lo cuál GARCÍA ARÁN M., *Ibid.*, pp. 120-121 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 10ª edic., 1995, p.197 valoran críticamente dicha identidad tomando como hilo conductor de su razonamiento los impagos inferiores a los plazos previstos en el artículo 487 bis que, antes de la reforma podían ser sancionados con la pena señalada, mientras que después sólo podían serlo como faltas de desobediencia leve con la pena de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, por lo que resultaban privilegiados (algo contradictorio con los fines de protección expuestos por el legislador en el Preámbulo de la Ley de reforma); solución tan insatisfactoria como la del castigo con igual pena de los impagos (más graves) por un tiempo superior a los plazos legales.

³⁶⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Ibid.*, p.122.

³⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, pp.246 y 304-305.

Aún hoy hay quien sigue considerando los impagos del artículo 227 como "una forma específica de desobediencia", dado el incumplimiento de las decisiones judiciales que implica, poniendo el acento de su contenido de injusto material en la lesión al buen funcionamiento de "la Administración de justicia"³⁷⁰.

II.- 1. b. 2) El orden público como bien jurídico inmediato y la seguridad relacionada con los derechos de asistencia familiar como bien mediato

Como variante de la posición anterior y formando parte de las que hemos llamado "mixtas", también se ha mantenido que el bien jurídico-penal inmediato del artículo 487 bis era "el orden público" (en cuanto obediencia a las decisiones de las autoridades judiciales) mientras que "los derechos y deberes familiares" sólo eran su bien jurídico mediato o secundario³⁷¹.

Esta posición partía del cuestionamiento de la necesidad de un precepto específico como el 487 bis (por inaplicación de los recursos previamente existentes, civiles y penales)³⁷², pero también

³⁷⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 19, 2007, pp. 19-21; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., "La regulación del impago de pensiones en el vigente Código Penal", en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Parte Especial*, Tomo II, Colex, 1997, pp.170 y 181; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Coord. M. Cobo del Rosal, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p.417 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 18ª edic., 2010, p. 323 (y 15ª edic, 2004, p.314).

³⁷¹ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "El incumplimiento..." *cit.*, p.121.

³⁷² Como el delito de desobediencia, aún reconociendo su aplicación judicial restrictiva: como último recurso, con exigencia de requerimiento previo y mediante una compleja interpretación como "grave" para constituir delito (aún siendo utilizado por las Audiencias como referente para la no fijación de la responsabilidad civil derivada del artículo 487 bis, argumento añadido de identificación entre ambas figuras según GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ibid.* pp.108 y ss. y 125.

negaba su carácter de mero ilícito civil y su apreciación como supuesto de "prisión por deudas"³⁷³.

En opinión de GONZÁLEZ GUITIÁN, el objeto jurídico protegido de manera inmediata era “el orden público”, que conlleva la obediencia a la autoridad y, en concreto, a las resoluciones de los Jueces y Tribunales en el sentido del artículo 118 de la Constitución Española, lo que se hacía derivar de la letra del artículo 487 bis al regular sólo los incumplimientos de obligaciones controladas judicialmente ³⁷⁴, sin exigencia expresa de necesidad por quien detenta el derecho a la pensión, haciendo así innecesaria la afectación a la seguridad y a la asistencia material familiar ³⁷⁵ y diluyendo el sentido real de la protección en la medida en que “permite que el precepto entre en juego de forma automática una vez que se produce la situación de impago con independencia de la necesidad real del ex cónyuge afectado, es decir, aunque no tenga necesidad alguna de asistencia de ningún tipo”³⁷⁶. De ahí que, en su opinión, debiera colocarse la desobediencia en primer plano y sólo en segundo, de forma mediata, la protección familiar.

³⁷³ Al entender que la cuantía de la prestación se determina judicialmente en función de las posibilidades económicas de la persona obligada al pago y al resultar inaplicable el delito en caso de insolvencia no punible (preexistente o sobrevenida), GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ibid*, p.106.

³⁷⁴ Quedando fuera de su alcance los incumplimientos derivados de acuerdos meramente privados, GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ibid.*, pp.101-102 y p.118.

³⁷⁵ Para el autor los bienes jurídicos protegidos en el delito de abandono familiar (no la institución familiar), *Ibid.*, pp.118-119; *vid.* en este sentido GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "El abandono..." *cit.*, pp.232 y ss. Reconoce, sin embargo, el mantenimiento por el precepto de la dimensión estrictamente económica de los deberes de asistencia exigibles penalmente en el abandono de familia.

³⁷⁶ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "El incumplimiento...", *cit.*, p.119.

Consideraba también este autor que era desobediencia “grave” por la gran trascendencia para la Administración de Justicia en el sentido de que: “La autoridad judicial, como poder legítimo del Estado, merece y precisa el respeto de los ciudadanos. El incumplimiento generalizado de las resoluciones judiciales produciría, sin duda, un absoluto deterioro de esta institución esencial, de muy graves consecuencias” para la vida social³⁷⁷.

La perseguibilidad de oficio y la ineficacia del perdón no eran, sin embargo, tomadas como argumentos para determinar el bien jurídico, sino sólo como “un mero despiste”, dada la precipitación del legislador, o como “una opción diferente”, debido a la frontera que implica la ruptura matrimonial³⁷⁸.

II.- 1. c. Como delito de inasistencia familiar

Aunque hay que avanzar que ésta es la posición doctrinal y jurisprudencialmente³⁷⁹ dominante, conviene también aclarar que en

³⁷⁷ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ibid.*, pp.116-117 y p.121.

³⁷⁸ Destacando la paradoja de que la víctima de una conducta más grave (de la inasistencia indispensable para el sustento) tuviese la facultad de perdonar, pero no la víctima de un delito de menor gravedad familiar, GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ibid.*, pp.104-105, para quien estos delitos deberían ser o bien todos públicos o todos privados, *Ibid.*, p.105.

³⁷⁹ También es así para el Ministerio Público, para quien el concreto bien jurídico protegido es: “la asistencia familiar”, “la seguridad familiar” y “la seguridad relacionada con la asistencia familiar”, “el orden familiar” o “las relaciones familiares” y también “el orden público” o “el principio de autoridad” o “la vida digna” (MEMORIAS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de los años 1989 a 2009).

ella se contienen líneas matizadamente diversas entre sí, en cuanto al concreto bien jurídico protegido en el delito de impagos³⁸⁰.

Antes de explicar los argumentos de las posiciones “puras” de inasistencia familiar, empezaremos por exponer los de otra interpretación “mixta” (inversa a la anteriormente referida), como es la que mantiene que en el viejo artículo 487 bis y en el vigente artículo 227 se protegen a la vez los derechos de asistencia familiar (como bien jurídico principal de carácter individual) y el orden público (como bien jurídico secundario, mediato, de carácter obviamente supraindividual o colectivo).

II.- 1. c. 1) La seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares como bien jurídico principal y el orden público como bien jurídico secundario

II.- 1. c. 1) a) Necesidad del precepto y exclusión como supuesto de “prisión por deudas”

Desde este punto de vista se considera que el viejo precepto resultaba necesario por dos razones fundamentales:

- por la insuficiente regulación penal y civil anterior a la reforma de 1989 y

- como medio de defensa del bien jurídico, por razones de prevención general, positiva y negativa o intimidatoria.

Los recursos civiles y penales existentes antes de la reforma

³⁸⁰ Vid. CASTIÑEIRA PALOU, M^aT., “Delitos contra las relaciones familiares”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, AAUU., Dir. J.M^a SILVA SÁNCHEZ y Coord. R. RAGUÉS i VALLÉS, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, p.175.

de 1989 se valoraban, desde esta posición, como insuficientes para regular adecuadamente la materia ³⁸¹ porque, "aunque existiesen previamente otras normas penales aplicables al caso, lo cierto es que no describían la conducta de forma que un lego en Derecho pudiera deducir de una primera lectura su adecuación al caso. Sólo tras una labor de interpretación no siempre sencilla, y en algunos casos contraria al principio de legalidad y al reo, podría afirmarse que todos los supuestos incluibles en el actual 487 bis podrían haberse castigado conforme a los delitos de desobediencia del artículo 237, alzamiento de bienes de artículo 519, o infracción de los deberes de asistencia familiar del artículo 487, párrafo 2"³⁸².

Un precepto específico de impagos derivados de separación, divorcio y nulidad se consideraba necesario, a su vez, por razones de prevención general positiva, porque "la aparición de un delito específico en este ámbito supone la llamada de atención a la sociedad sobre un conflicto social importante y sobre una conducta socialmente dañosa"³⁸³y también por razones de prevención general negativa o intimidatorio, al sancionar una conducta grave lesiva de un bien jurídico digno de protección penal y acorde con los principios de intervención mínima y proporcionalidad de la pena³⁸⁴.

³⁸¹ DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, pp.41-42 y pp.120-121; MARTÍN LÓPEZ, M^aT., *op.cit.*, pp.26-27 y PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, pp.36-46 (esp. p.44).

³⁸² PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.34, lo que según ella explica no sólo los incumplimientos (efecto criminógeno), sino también la inaplicación judicial de las normas penales existentes a estos supuestos.

³⁸³ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.34., quien, pese a creer que el Derecho no es el instrumento más idóneo para configurar la moral social, considera importante la creación del precepto, a los efectos de poder contrarrestar legítimamente las arraigadas convicciones sociales contrarias al divorcio (incluidos sus efectos), manifestadas socialmente desde la polémica ley del divorcio.

³⁸⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, pp.34-35.

Negar la necesidad del precepto sería, en suma, “desconocer la obligación que incumbe a los poderes públicos de proteger bienes superiores a la supervivencia y educación de sus ciudadanos, olvidando afirmaciones constitucionales programáticas como la seguridad y el libre desarrollo de la personalidad (arts.1 y 10), así como la protección constitucional de la familia y los hijos (art. 39)”³⁸⁵.

Consecuentemente, para esta perspectiva, ni el viejo artículo 487 bis ni el vigente 227 son supuestos de “prisión por deudas” (contrarios al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya finalidad es la de evitar que la desigualdad económica produzca desigualdad jurídica, tratando de impedir que los más pobres sean encarcelados por no poder pagar sus deudas civiles) porque las obligaciones relacionadas con el delito de impagos son determinadas en función de la capacidad económica de la persona obligada y porque, además, penalmente, la insolvencia excluye la responsabilidad penal y remite a la impunidad. Tampoco se trata de “prisión por deudas” porque las obligaciones económicas derivadas de separación, divorcio o nulidad no lo son estrictamente, pues ni el matrimonio es sólo un contrato, ni los deberes de solidaridad familiar y postfamiliar son exigibles en el ámbito de las relaciones estrictamente contractuales (mientras que el Pacto se refiere sólo a obligaciones meramente contractuales)³⁸⁶. En último término tampoco

³⁸⁵ MARTÍN LÓPEZ, M^aT., *op.cit.*, pp.28-29; en sentido similar *vid.* HERRERA MORENO, M., “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en *Mujer e igualdad: La norma y su aplicación, Aspectos penales, procesales y penitenciarios*, Tomo II, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, p.218.

³⁸⁶ DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.114; MARTÍN LÓPEZ, M^aT., *Ibid.*, p.30, para quien “el impago de las pensiones acordadas judicialmente es “algo más” que un mero incumplimiento económico (superior al mínimo indispensable para el sustento y la educación), porque tras ello subyace la infracción de especiales relaciones personales, económicas, sociales, asistenciales, etc., que vinculan los sujetos deudor y acreedor y que derivan de la especial naturaleza “familiar” de tal obligación” (*Ibid.* p.29.) y PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, pp.45-46.

cabría la “prisión por deudas” porque el precepto “está penalizando el incumplimiento de una resolución judicial, y no de un convenio privado entre particulares, cuya vulneración nunca sería constitutiva de una conducta delictiva”³⁸⁷.

II.- 1. c. 1) b) Delito de inasistencia familiar y sus bienes jurídicos protegidos

Para esta posición el delito regulado en el viejo artículo 487 bis y en el 227 del Código vigente es un delito de abandono de familia ³⁸⁸, pero de carácter pluriofensivo, protector de intereses particulares y secundariamente de intereses públicos³⁸⁹:

³⁸⁷ LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO de ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E. y GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I, Coord. C. LAMARCA PÉREZ, Edit. Colex, Madrid, 5ª edic., 2010, p.228 (y 1ª edic., 2001, p.211). Por ello DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.55 destaca la exclusión de los supuestos asociados a las separaciones de hecho (con convenio firmado ante Notario o sin él) y los derivados de las relaciones no matrimoniales.

³⁸⁸ Vid. MOYNA MÉNGUEZ, J., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, AAUU, Edit. Colex, Madrid, 1991, p.376; MOYNA MÉNGUEZ, J.; GÓMEZ GUILLAMÓN, R.; LUZÓN CUESTA, J.Mª; ORTIZ ÚRCULO, J.C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Edit. Colex, 2ª edic., 1996, pp.414 y MOYNA MÉNGUEZ, J., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Edit. Colex, Madrid, 4ª edic., 1999, p.542. GARCÍA PÉREZ, S., "Notas sobre la reforma del abandono de familia y de niños en la ley orgánica 3/89, de 21 de junio", *Poder Judicial*, N° XII (especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, p.225 resalta que se trata de un delito autónomo del abandono de familia tradicional, al no coincidir los sujetos ni el objeto de protección, que va más allá del estricto ámbito familiar.

³⁸⁹ Vid. LLARÍA IBAÑEZ, B., *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, AAUU, Dir. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.282; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. y MENDOZA BUERGO, B., *Código Penal*, Coord. G. RODRÍGUEZ MORULLO, Edit. Thompson-Civitas, 2004, pp. 1273-1274; MAGRO SERVET, V., "La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código Penal", *Diario La Ley*, año XXV, N° 5934, Ref. D-13, 2004, p.1631 y SAAVEDRA RUIZ, J., en *Comentarios al Código Penal*, AAVV y Dr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y Coord. J. LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Tomo 3, Edit. Bosch, Barcelona, 2007, p.1679.

- defensor, por un lado, (con base en el Preámbulo de la ley de reforma de 1989 y en la sistematización del viejo Código) de “los derechos asistenciales derivados de la familia” (subsistentes incluso tras la ruptura matrimonial), como parte de “la seguridad”, entendida ésta como “la certeza de que los derechos más elementales (derechos de la personalidad) van a ser respetados por los demás y que los demás van a cumplir con los deberes de asistencia y reconocimiento”³⁹⁰; y

- protector, por otro lado, aunque de modo secundario, del “orden público”, que conlleva la obediencia a las decisiones judiciales, en la faceta recogida en el artículo 118 de la Constitución Española al decir que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”³⁹¹, puesto que el precepto sólo regula los impagos de las prestaciones económicas “reconocidas judicialmente”; de ahí el carácter menos estricto de los requisitos para la notificación de la orden en los impagos, resultando suficiente la de la sentencia o la del convenio, sin necesidad de requerimiento judicial³⁹².

³⁹⁰ PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.* pp.50 y 39; para DE VEGA RUIZ, J.A. *op.cit.*, p.53. se trata de una lesión “especial” de la “seguridad” porque, en su opinión, sólo puede estimarse a partir del dato formal del transcurso de los plazos indicados en el propio precepto, independientemente de la inseguridad que ello provoque, que incluso puede ser inexistente si el beneficiario tiene medios suficientes, sin que por ello deje de cumplirse la figura.

³⁹¹ BERMÚDEZ OCHOA, E., “El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 487 bis del Código Penal”, *Actualidad Penal*, N° 21, 1994, pp. 434-435; DE VEGA RUIZ, J.A. *op.cit.*, p.52; GARCÍA PÉREZ, S., *op.cit.*, pp.224-225; LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 5ª edic., 2010, pp. 228-229 (y 1ª edic., 2001, p.211; MARTIN LÓPEZ, M^ªT., *op.cit.*, pp.30-31; PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.* p.50 y RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I. Universidad Complutense, Madrid, 1997*, pp.75-76 y 79 (*edic. cit.* 1990, p.302) y *Código penal y leyes penales especiales y complementarias (Concordado y comentado con Jurisprudencia sistematizada)*, AAUU, Dir. L. RODRÍGUEZ RAMOS y Coord. MARTÍNEZ GUERRA, A., Edit. La Ley, Madrid, 2009, pp.758-759.

³⁹² PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.52, quien destaca el carácter no esencial del requerimiento para apreciar el delito de desobediencia cuando se pone de manifiesto el conocimiento real y positivo de la orden que se debía acatar, pese a lo cual no se obedece, lo que puede suceder “en algunos casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo en los que la ratificación o la posterior notificación de la

Es la interpretación mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo N° 576 de 3 de abril de 2001 y por un sector de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales³⁹³.

A los bienes jurídicos señalados también se ha añadido por doctrina y jurisprudencia “el derecho al divorcio o a la disolución de las relaciones matrimoniales”, dado que su efectividad depende, en gran medida, de la de las prestaciones económicas³⁹⁴.

Desde este punto de vista se ha resaltado el problema derivado de la amplitud del tenor literal del artículo 487 bis del viejo Código, que mantiene el vigente artículo 227, al permitir su aplicación a supuestos no estrictamente asistenciales³⁹⁵. De ahí que, para lograr

homologación del convenio, de la elevación a definitivas de las medidas provisionales, o de la resolución judicial, pueden ser suficiente prueba del conocimiento de la orden por el obligado" (*Ibid.*, p.41).

³⁹³ Para la STS el bien jurídico protegido es tanto la “seguridad familiar considerada en el sostenimiento económico de los integrantes de aquella necesitados de tal asistencia”, como “el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales como manifestación del principio de autoridad que conductas como las enjuiciadas suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra lo poderes del Estado”. En igual sentido, y entre otras sentencias de Audiencias, podemos citar aquí las siguientes: SAP de Badajoz de 13 de marzo de 1991; SAP de Oviedo de 4 de mayo de 1991; SAP de Toledo de 30 de septiembre de 1991; SAP de San Sebastián de 10 de julio de 1992; SAP de Ciudad Real de 8 de octubre de 1993; SAP de Toledo de 5 de mayo de 1993; SAP de Toledo de 4 de julio de 1994; SAP de Toledo de 2 de octubre de 2000; SAP de La Rioja de 18 de junio de 2002; SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2002; SAP de Castellón, N° 16, de 27 de enero de 2003; SAP de Soria de 10 de abril de 2003; SAP de Madrid, N°252, de 6 de mayo de 2003; SAP de Sevilla de 21 de mayo de 2004; SAP de Cantabria, N°47, de 29 de junio de 2004 y SAP de Sevilla, N°613, de 9 de noviembre de 2006.

³⁹⁴ PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, p.50, para quien el derecho al divorcio (reconocido constitucionalmente entre los derechos y deberes de los ciudadanos) debe ser protegido por los poderes públicos que tienen el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas y el deber de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9, 2 de la CE), teniendo en cuenta que uno de sus mayores obstáculos es el incumplimiento de las prestaciones económicas (*Ibid.* p.35). En sentido similar *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal...cit.*, p.759 y las SAP de Málaga de 3 de mayo de 2000 y la SAP de Barcelona , N° 93, de 5 de febrero de 2001.

³⁹⁵ Pues según DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.* p.56 "no se precisa la menor quiebra en la situación económica real. Sólo una interpretación muy restrictiva del tipo legal permitiría llegar a otra conclusión".

una aplicación justa y desde una interpretación teleológica restrictiva, se entienda como *conditio sine qua non* la existencia de personas necesitadas, de modo que pueda justificarse la equiparación entre los impagos alimenticios y compensatorios³⁹⁶. Por ello, consecuentemente, se propone la impunidad por delito de impagos en aquellos supuestos en los que no haya alguna persona necesitada, es decir, en los que no haya hijos, o en los que el cónyuge o excónyuge beneficiario tenga recursos propios, ya que en dichos casos "no se lesiona el bien jurídico al no peligrar el derecho al divorcio y al tener menos trascendencia el deber de solidaridad familiar"³⁹⁷.

II.- 1. c. 1) c) Exclusión como delito de desobediencia

Por lo dicho hasta ahora, desde esta posición se ha descartado considerar a los impagos como un delito de desobediencia ³⁹⁸ , al desechar, además, los argumentos de la

³⁹⁶ Así PÉREZ MANZANO, M., *op.cit.*, pp.40 y 47, para quien lo determinante no es la clase de prestación, sino la situación de necesidad, la existencia de una "persona necesitada", como los hijos menores (necesitados en todo caso) "porque tienen una necesidad objetiva y subjetiva de que sus padres se ocupen de ellos (también económicamente) y porque en todo caso tienen derecho a participar de la solvencia económica de sus padres (no en vano no se modifican las reglas sucesorias por la separación o divorcio de sus padres y la cuantía del derecho de alimentos se determina en proporción al caudal de los padres), los cónyuges y los ex cónyuges que carecen de medios para mantenerse" (*Ibid.* pp.47-48).

³⁹⁷ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.54 y p.48, quien se manifiesta contraria a entender que el tipo pueda cubrir una especie de "derecho adquirido" a mantener la posición económica obtenida con el matrimonio y a costa del otro cónyuge, lo que podría valorarse como una "cuasijubilación" a temprana edad y siempre a costa del otro cónyuge, añadiendo que "ni mucho menos consideramos adecuado que el Derecho penal proteja *buenos negocios matrimoniales* y no a los más desfavorecidos en las situaciones de crisis matrimoniales, como pretendía el legislador" (*Ibid.* p.48, énfasis de la autora).

³⁹⁸ Por lo que seguiría quedando abierta la puerta del delito de desobediencia para cubrir el incumplimiento de las decisiones judiciales, según PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.48 (Notas 109 y 114), quien, además, consideraba aplicable la falta de desobediencia a los impagos por plazos inferiores a los establecidos en el artículo 487 bis (por entender ausente el requisito de "la gravedad") (*Ibid.* p.52).

persecución de oficio y el del perdón de la persona ofendida, interpretados como un olvido del legislador que no debe tomarse como razón suficiente para la determinación del bien jurídico protegido en el delito, ni tampoco como argumento favorable para la igualación de los diferentes delitos de abandono de familia en una común perseguibilidad de oficio³⁹⁹.

II.- 1. c. 2) La seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares como único bien jurídico protegido

Dentro del amplio grupo de posiciones que consideran los impagos como un delito de abandono familiar⁴⁰⁰ se encuentran aquellas que interpretan que el único bien jurídico-penal protegido en el precepto (tanto en el viejo artículo 487 bis como en el nuevo artículo 227) son los derechos asistenciales familiares, pero sobre todo, la “seguridad” relacionada con ellos⁴⁰¹, entendida en un sentido individual, como protección y amparo al sujeto pasivo, como ayuda a sus necesidades vitales⁴⁰² o como “seguridad personal” relacionada con

³⁹⁹ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.50 (Nota 60).

⁴⁰⁰ Interpretación claramente predominante en la Jurisprudencia, para la que se trata de tipo más de abandono familiar.

⁴⁰¹ CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código Penal Comentado*, Deusto Jurídico, 2004, p.500; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *op.cit.* pp.126-127; MARCHENA GÓMEZ, M., *op.cit.*, p.117; MORETÓN TOQUERO, M.A., *op.cit.* pp.8-9 y 24; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., en *Comentarios al Código penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G; JORGE BARREIRO, A.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., Dir. G. RODRÍGUEZ MOURULLO y Coord. A. JORGE BARREIRO, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p.666. También QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 2ª edic., 1992, pp.104 y 180; 3ª edic., 1996, p.281 y 6ª edic. Edit. Atelier, 2010, pp.363 y 383.

⁴⁰² MARCHENA GÓMEZ, M., *op.cit.*, pp.118-9, para quien "el bien jurídico protegido ha de conectarse a la necesidad de reforzar, más allá de los preceptos llamados a normar la ejecución civil de sentencias, la obligatoriedad de un cumplimiento regular, en favor del cónyuge y los hijos, de los efectos económico-asistenciales inherentes a la separación, divorcio o nulidad matrimonial. La aprobación judicial de las condiciones económicas del convenio o la fijación por decisión del Juez de tales consecuencias, genera en los beneficiarios de la asistencia una fortalecida

“las condiciones materiales mínimas de bienestar personal⁴⁰³; también se entiende protegida en el precepto la “seguridad de los miembros de la familia a través de la protección de sus deberes de asistencia y solidaridad que subsisten, incluso, tras la ruptura matrimonial”⁴⁰⁴. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN matizan que “no se trata de proteger a la familia como institución, sino determinados deberes derivados de la misma cuyo incumplimiento repercute en el bienestar material de sus miembros”⁴⁰⁵.

Los argumentos que sostiene esta posición son el Preámbulo de la Ley de reforma penal de 1989 y la sistemática de los dos Códigos, la del viejo y la del nuevo, por lo que se descarta la consideración del precepto como un mero injusto civil y como supuesto de "prisión por deudas"⁴⁰⁶.

Puede afirmarse con fundamento que ésta es la posición mayoritaria de la jurisprudencia⁴⁰⁷.

seguridad de que la superación de la patológica crisis matrimonial no va a verse perturbada por una frívola desatención de cargas voluntariamente aceptadas o impuestas por el Juez a la vista del material probatorio suministrado en el correspondiente proceso matrimonial" (*Ibid.*, pp.118-9).

⁴⁰³ Además de “la vida” y “la salud”, GARCÍA ARÁN, M., “El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996 pp. 16-17 y 21 y *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, AAUU, Dirs. J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN Tomo I, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p.587.

⁴⁰⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., *op.cit.*, p.666.

⁴⁰⁵ Por lo que los deberes incumplidos deben ser sólo aquellos de contenido material o económico”, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *op.cit.*, p.126.

⁴⁰⁶ *Vid.* MARCHENA GÓMEZ, M., *op.cit.*, p.117, para quien "el impago de prestaciones económicas derivadas de un proceso matrimonial no es equiparable, sin más, a un incumplimiento crediticio", pues, “la vertiente económica predicable de algunos de los deberes asistenciales, no estigmatiza su incumplimiento hasta el punto de desaconsejar la fórmula de la tipicidad penal" y LUZÓN CUESTA, J.M^a, *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 5^a edic., 1995, p.114. y 17^a edic., 2010, p.142. *Vid.* en igual sentido constante jurisprudencia, como, por ejemplo la STS N° 1148 de 28 de julio de 1999 y la STS N°185, de 13 de febrero de 2001.

Desde esta perspectiva se recalca asimismo la necesidad de restringir el alcance del vigente artículo 227, al entender que debe ser exclusivamente aplicado a los impagos de las prestaciones de genuino carácter asistencial, con exclusión del impago de "aquellas otras cantidades que no participen del sustrato asistencial"⁴⁰⁸. Según LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN la no regulación vigente como delito contra "la seguridad" y la factible aplicación del artículo 227 por el mero incumplimiento de la prestación (aun sin provocar situación de desamparo) "supone una cierta formalización del bien jurídico, que, sin embargo, no debería conducir a apreciar aquí meras

⁴⁰⁷ *Vid.* entre otras muchas, las siguientes sentencias de Tribunal Supremo: STS N°1350, de 8 de julio de 2002; STS N°560, de 27 de marzo de 2002; STS N°1486, de 13 de diciembre de 2004; STS N°1301, de 8 de noviembre de 2005; STS N°487, de 18 de abril, de 2005 y STS N°937, de 21 de noviembre de 2007. *Vid.*, también entre otras muchas, las siguientes sentencias de Audiencias: SAP de Barcelona (10^a) de 14 de marzo de 1991; SAP de Sevilla de 26 de septiembre de 1991; SAP de Sevilla (1^a), de 6 de julio de 1993; SAP de La Coruña (1^a) de 18 de noviembre de 1993; SAP de Sevilla (1^a) de 11 de noviembre de 1994; SAP de Jaén N°62, de 13 de abril de 1999; SAP de Cantabria (1^a) de 11 de junio de 1999; SAP de Barcelona (8^a) de 23 de febrero de 2000; SAP de Cantabria (1^a) N°43, de 3 de marzo de 2000; SAP de Valencia (2^a) N° 345, de 27 de junio de 2000; SAP de Madrid N°320, de 30 de julio de 2001; SAP de Tarragona N°363, de 20 de mayo de 2002; SAP de Castellón (3^a) N°202, de 9 de julio de 2002; SAP de Málaga (1^a) de 2 de septiembre de 2003; SAP de Madrid (3^a) N°378, de 12 de julio de 2005; SAP de Las Palmas (1^a) N°193, de 26 de mayo de 2005; SAP de Valladolid N°333, de 27 de septiembre de 2006; SAP de Valencia (2^a) N°594, de 18 de octubre de 2006; SAP de Madrid (3^a), N°545, de 20 de noviembre de 2007; SAP de Madrid (3^a) de 28 de enero de 2008; SAP de Barcelona (10^a) de 16 de abril de 2008; SAP de Cádiz (1^a) N° 270, de 3 de septiembre de 2008; SAP de Madrid (2^a) N°83, de 13 de febrero de 2009 y SAP de Las Palmas (2^a) de 16 de febrero de 2009.

⁴⁰⁸ MARCHENA GÓMEZ, M., *op.cit.*, pp. 117 y 119 en referencia también al artículo 487 bis y en relación al artículo 227 "Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procedimientos matrimoniales, de filiación y alimentos", *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, AAVV y Coord. Edit. I., SERRANO BUTRAGUEÑO, Edit. Comares Granada 1998, p.1156 y "Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procedimientos matrimoniales, de filiación y alimentos", *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Vol. VIII de la *Revista Expansión*, Madrid, 1999, p.798. También RODRÍGUEZ MESA, M^aJ., *Comentarios al Código penal*, AAUU; Dirs. L. ARROYO ZAPATERO, I. BEDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I., J.C. FERRÉ OLIVÉ, N. GARCÍA RIVAS, J.R. SERRANO PIEDECASAS, J.M^a TERRADILLOS BASOCO y Coords. A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA, Edit. Iustel, Madrid 2007, p.517.

infracciones formales de deberes. Los principios derivados del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal obligan a concebir estos delitos con un mínimo de afectación a los derechos de quienes son acreedores del cumplimiento del deber”⁴⁰⁹.

Finalmente cabe añadir que, sin tener en consideración el elemento judicial, desde este punto de vista se descarta el entendimiento de la figura prevista en el artículo 227 (y antes el artículo 487 bis) como un delito de desobediencia por razones varias como: la ausencia de un ánimo específico de menospreciar a la autoridad judicial, la falta de exigencia de previo requerimiento y la posición sistemática ⁴¹⁰; también se descarta lo anterior con el argumento de la responsabilidad civil prevista en el artículo 227 vigente (que incluye el pago de las cuantías adeudadas) y con el de la perseguibilidad semipública/semiprivada, que actualmente comparten los delitos de abandono familiar e impagos, por considerarlas a ambas impropias de los delitos eminentemente públicos como el de desobediencia⁴¹¹.

II.- 1. c. 3) El buen funcionamiento de los deberes de asistencia en el marco de la familia y la salud, la dignidad y la libertad como bienes jurídicos protegidos

Se trata de la posición mantenida en este caso por PÉREZ MANZANO en relación al artículo 227 del Código penal vigente. Para esta autora el fundamental bien jurídico protegido (de carácter

⁴⁰⁹ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *op.cit.*, p.126-127.

⁴¹⁰ MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma... cit.* p.118.

⁴¹¹ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *op.cit.*, p.127 y GARCÍA ARÁN, M., “El impago...” *cit.*, pp.14-15.

supraindividual) es el buen funcionamiento de los deberes de asistencia en el marco de la familia, que se mantienen incluso cuando se disuelve el matrimonio y, además, la salud, la dignidad o la libertad, como bienes de carácter individual⁴¹².

Como indica LAURENZO COPELLO en esta interpretación se da un retorno a “la institución familiar” como objeto jurídico, aunque entendida no en un sentido tradicional, asociado al valor intrínseco del matrimonio como núcleo de la sociedad, sino en sentido moderno, con acento en el interés del Estado en garantizar el buen funcionamiento del conjunto de derechos y deberes que componen la realidad jurídica familiar, y que se mantienen tras la disolución del matrimonio⁴¹³.

En este caso se parte del valor social otorgado a la familia y al matrimonio, instituciones que cumplen funciones asistenciales básicas reconocidas por el Derecho mediante el establecimiento de un estatuto de derechos y deberes que se mantienen incluso disuelto el matrimonio. Son institutos de gran valor social y jurídico que el Estado tiene interés en proteger mediante la punición del incumplimiento de los deberes más importantes conectados a ellos. Según PÉREZ MANZANO, esto es lo que explicaría la ausencia en el artículo 227 del requisito explícito de la existencia de una “persona necesitada” y la falta de necesidad de comprobación de “la peligrosidad *ex ante*” respecto de los bienes de carácter individual; también daría sentido el escaso número de impagos exigidos (que no serían más que una representación de la

⁴¹² PÉREZ MANZANO, M., "El impago de prestaciones económicas en favor de cónyuge y/o hijas e hijos", en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp.226-228.

⁴¹³ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.64.

voluntad definitiva de incumplimiento del deber) y a la indiferencia respecto de las cantidades adeudadas⁴¹⁴.

Incidiendo en la legitimidad del bien jurídico protegido en el delito de impagos (regulado conforme al principio de intervención mínima) PÉREZ MANZANO aporta como argumentos el reconocimiento constitucional y la repercusión directa sobre las posibilidades de participación en la vida social.

En cuanto al primero destaca los artículos 32 y 39 de la Constitución, que reconocen al más alto nivel jurídico tanto la institución del matrimonio (incluida la separación, su disolución y sus efectos), como la familia (su protección social y los deberes de asistencia a los hijos por parte de sus padres).

Por lo que concierne al segundo, mantiene que bastaría demostrar la incidencia de la conducta prohibida en un colectivo social determinado, “porque la repercusión global de la conducta en el colectivo convertiría a la protección penal en garantía de un reparto no discriminante de bienes o derechos sociales que permitirían la participación e integración social del colectivo en condiciones de igualdad”⁴¹⁵. Según PÉREZ MANZANO, es lo que sucede en materia de impagos, puesto que el colectivo sobre el que repercute (además

⁴¹⁴ PÉREZ MANZANO, M., "El impago..." *cit*, pp. 226-227, para quien “la no exigencia de peligrosidad de la conducta puede explicarse, tanto si tomamos en cuenta el aspecto supraindividual de este delito, es decir, la tipificación de los deberes especialmente relevantes desde la perspectiva de la configuración actual, como los efectos contraproducentes en la aplicación del delito, que se pueden producir al aumentar los requisitos para su aplicación, dado que se pueden utilizar para obstaculizar su aplicación. La tradicional falta de neutralidad del sistema penal puede encontrar una nueva excusa para su asentamiento” (*Ibid.*, p.232).

⁴¹⁵ PEREZ MANZANO, M., *Ibid.*, pp.227-228.

del relativo a los hijos e hijas menores) es el de las mujeres⁴¹⁶, siempre dentro del ámbito familiar en el que los roles han provocado una abrumadora mayoría de parejas en las que sólo el hombre trabaja o en las que, trabajando ambos, la capacidad económica del hombre es superior a la de la mujer. Por esto añade que “en este contexto, de feminización de la pobreza, y específicamente de feminización de la pobreza de las familias monoparentales en el contexto de una mayor dificultad de la mujer para acceder al mercado de trabajo, máxime si tiene hijos e hijas a su cargo, es en el que hay que ubicar el delito de impago de pensiones y valorar la gravedad de los incumplimientos”⁴¹⁷.

Como ya hemos avanzado, para PÉREZ MANZANO los impagos pueden afectar también a bienes individuales, como “la salud”, en los casos de necesidad (la mayoría), en los que existe menoscabo de la salud personal en la medida en que se deterioran las condiciones mínimas de existencia de cónyuge, hijos e hijas, que en muchas ocasiones no entienden la desatención, se culpabilizan por la disolución del matrimonio, o en los impagos como un castigo; y también puede resultar afectada “la dignidad personal” en la medida en que el poder económico es utilizado como instrumento de dominación, pudiendo presentarse, por tanto, los impagos como una demostración de poder y un recordatorio de la inferioridad. A su vez, pueden repercutir en “la libertad personal” y en “la autoestima”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Las mujeres como colectivo, por lo que no resulta necesario demostrar la incidencia concreta en la salud de las personas afectadas en particular, PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.228.

⁴¹⁷ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.220.

⁴¹⁸ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.228.

Descarta “la seguridad” como el bien jurídico protegido al considerarla como un objeto mediato de protección que oculta los bienes materiales realmente protegidos” y descarta también “el orden público”, puesto que “la pena con la que se sanciona en el nuevo Código Penal este delito (art. 556 seis meses a un año de prisión) obliga a entender que la lesión de este objeto de tutela no se ha tenido específicamente en cuenta en el impago de pensiones”⁴¹⁹.

En su opinión tampoco se trata de un supuesto de “prisión por deudas”, al no estar relacionado el precepto con la protección de la propiedad ni con los meros incumplimientos contractuales y dado que civilmente las prestaciones se determinan en función de la capacidad económica de la persona obligada y penalmente la incapacidad es causa de impunidad⁴²⁰.

Considera, finalmente (al menos hasta 1998) que el delito continua/ba resultando necesario, dado “el evidente fracaso del Derecho civil y la insuficiencia de medios de tutela previstos en este ámbito”, lo que a su entender no significa que no deban profundizarse dichos medios o que no se atienda a las propuestas de creación de un Fondo de Garantías de Pensiones (que ya ha sido aprobado), hecho que, en su opinión, tampoco evitaría la necesaria protección penal⁴²¹.

⁴¹⁹ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, p.225.

⁴²⁰ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, pp. 229-230.

⁴²¹ PÉREZ MANZANO, M., *Ibid.*, pp. 228-229.

II.- 1. c. 4) La integridad personal en sentido amplio (la vida, la salud física y psíquica y el conjunto de condiciones materiales para una vida digna) como bien jurídico protegido

II.- 1. c. 4) a) Delito de peligro protector de la vida y la integridad personal en el ámbito familiar

Según esta interpretación, tanto el artículo 487 bis como el artículo 227 protegen penalmente “la integridad personal, en sentido amplio”, de los beneficiarios de las prestaciones familiares, es decir, su vida y su integridad personal, comprensiva esta última no sólo de la salud física y psíquica, sino también de “todas aquellas condiciones materiales que hacen posible una vida digna”⁴²². Se protege así a “determinadas personas frente al posible riesgo que comporta el incumplimiento de las obligaciones nacidas en el ámbito de las relaciones familiares más relevantes, obligaciones que permiten la salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales de los beneficiarios: vida, salud, educación, etc.”⁴²³.

⁴²² LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, pp.791-794; “La nueva configuración típica del delito de abandono de familia”, en *Homenaje al Dr. M. BARBERO SANTOS. In Memoriam*, AAVV y Coord. A. NIETO MARTÍN, Edics. de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, Vol. 2, 2001, pp.285 y ss; *Los delitos... cit.*, pp.15 y 69 y *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, AAUU, Coords. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y C.M^a ROMEO CASABONA, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2^a edic. 2004, p.1276, quien relaciona “integridad” y “dignidad personal” con base en la S.T.C. de 11 de abril de 1985 cuando dice que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental “la dignidad” de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a la integridad física y moral (art.15)”, “El impago...” *cit.*, pp.791-792 (Nota 74).

⁴²³ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.38, aunque “esta configuración del bien jurídico en el delito de impago se contradice, sin embargo, con la descripción de la conducta típica; tanto en la redacción del tipo procedente de la reforma de 1989 como en su configuración en el nuevo Código Penal, el delito se consuma simplemente con la omisión de las prestaciones debidas, con independencia de la real situación de inseguridad o indefensión de los receptores de la prestación” (*Ibid.*, p.38). Para BERNAL DEL CASTILLO *Ibid.*, pp.37-38 cabe añadir “la familia” como objeto de protección común a los delitos de abandono familiar, ya que,

Esta manera de concebir el objeto jurídico de los impagos surge de la crítica al concepto de “seguridad” entendida como mera expectativa ⁴²⁴ y con un carácter altamente formalizado e intermedio⁴²⁵. En palabras de LAURENZO COPELLO, "en concreto es difícil explicar por qué se recurre a un objeto de tutela que bien podría catalogarse de *intermedio* -la "seguridad"- cuando existe en Derecho penal una clase de delitos perfectamente reconocida y aceptada que se adapta sin inconvenientes al contenido material específico de estas figuras: los delitos de peligro"⁴²⁶.

Una vez situado el bien jurídico en el plano individual y teniendo en consideración que ni el viejo ni el nuevo precepto regulan expresamente la exigencia de lesión de la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, desde este punto de vista se llega, por tanto, a la conclusión de que se trata de una figura con la estructura típica de un delito de peligro. También para PRATS CANUT el mero incumplimiento de las prestaciones económicas es sólo el presupuesto del delito "que deberá completarse con la puesta en peligro significativo de bienes esenciales del cónyuge o del hijo

aunque su finalidad no sea protegerla en cuanto tal, “no se puede negar tampoco que a través de la punición de los delitos de abandono y de impago de pensiones se produce secundariamente un efecto ético-social de refuerzo de la institución familiar en sí misma considerada, con una mayor conciencia de su valor y necesidad de garantía”.

⁴²⁴Valor abstracto y genérico, desconectado de los bienes jurídicos personales que son los que se ponen en riesgo, lo que para BERNAL DEL CASTILLO J., *Ibid.*, pp.36-37 queda superado en el Código de 1995 al sistematizar la infracción como un delito contra “las relaciones familiares”, conectada a bienes jurídicos personales.

⁴²⁵ Cuya consecuencia es según LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, pp.15 y 66 y ss. y “Comentario...”, 2004, p.1274 y ss la interpretación de estos delitos como meras “infracciones de un deber”.

⁴²⁶LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, p.790, para quien “la seguridad” lleva siempre implícita la idea de "riesgo". En la consideración de los delitos contra la seguridad como delitos de peligro *vid.* MAQUEDA ABREU, M.L., *op.cit.*, p.92, quien, en referencia a los delitos contra la inasistencia familiar, habla de "bienes de entidad relevante, concretos e individualizados, como la integridad corporal, la salud o la vida".

(criterio teleológico), a través de comportamiento que quepa equiparar con el abandono (criterio sistemático), a los efectos de dotar de ofensividad suficiente para constituir una infracción penal⁴²⁷.

En el ámbito de las figuras penales de peligro y en la medida en la que no cabe identificar requisito típico alguno susceptible de ser interpretado como un “resultado de peligro” (dada la falta de exigencia de una situación de necesidad en los beneficiarios y la no supeditación de la consumación del delito al surgimiento de un estado de desamparo provocado por la inobservancia del deber), la conclusión desde este punto de vista es que se trata de un delito de peligro abstracto⁴²⁸.

Al igual que en las posiciones defensoras de “la seguridad” relacionada con los derechos asistenciales como bien jurídico protegido (único o principal), en este caso resulta también necesaria una interpretación restrictiva (por exigencias del principio de mínima intervención y de fragmentariedad) que se traduce en supeditar la aplicación del delito al juicio previo de peligrosidad de la acción, lo que supone la no punición de las conductas formalmente subsumibles en el tipo, cuando se descarte *ex ante* en ellas la posibilidad de lesionar el bien jurídico tutelado⁴²⁹.

⁴²⁷ PRATS CANUT J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAUU, Dir. G. QUINTERO OLIVARES y Coord. J.M. VALLE MUÑIZ, Aranzadi, 1ª edic., 1996, p.1071; *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAUU, Dir. G. QUINTERO OLIVARES, y Coord. F. MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 4ª edic., 2005, pp.1188-1189 y *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, AAUU, Dir. G. QUINTERO OLIVARES y Coord. F. MORALES PRATS, Edit. Thomson-Aranzadi, 2ª edic., 1999 p.459 y 8ª edic. 2009, pp.562-563.

⁴²⁸ LAURENZO COPELLO, P., “El impago...” *cit.*, p.790 y “Comentario...”, 2004, p.1277; también SANZ MORÁN, C., “Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004, p.1636.

⁴²⁹ Como los impagos de pensión compensatoria cuando el cónyuge o ex cónyuge tenga medios suficientes para tener una vida digna (dejando así fuera del ámbito

Por lo dicho, esta interpretación implica la consideración de los impagos como un delito de abandono o inasistencia familiar con los argumentos de la ubicación sistemática del precepto, la justificación del legislador en el Preámbulo de la Ley de Reforma de 1989, la identidad de las penas (hasta la reforma de 25 de noviembre de 2003) y de los requisitos de procedibilidad y, sobre todo, el común bien jurídico protegido con los delitos de abandono familiar y la naturaleza marcadamente asistencial de las prestaciones económicas objeto de protección⁴³⁰.

Lógicamente desde esta perspectiva se descarta entender el precepto como un delito de desobediencia, también mediante el rechazo como argumento de la vieja perseguibilidad de oficio (considerada un mero olvido legislativo) y la vigente inclusión de la responsabilidad civil y destacando la distancia entre las penas del delito de desobediencia y del de impagos⁴³¹. Según LAURENZO COPELLO “si el Código penal se

penal los supuestos de mero incumplimiento de una obligación civil y evitando la “prisión por deudas”) y los impagos de las prestaciones que se encuentren suficientemente aseguradas a través de las garantías personales o reales establecidas en la correspondiente resolución judicial, LAURENZO COPELLO, P., “Los impagos...”, *Ibid.*, pp.771-773 y 792 y ss.; *Los delitos de abandono... cit.*, p.60 y “Comentario...”, 2004, p.1278 y en una línea similar, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.* p.42.

⁴³⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibid.*, pp.33 y ss y LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, pp.783 y ss; *La configuración...cit.*, pp.285 y ss; *Los delitos... cit.*, pp.59 y ss y *Comentarios... cit.*, pp.1268 y ss, para quien el hecho de no ser siempre evidente el carácter asistencial de las prestaciones, como en las pensiones compensatorias, resulta insuficiente para negar totalmente el carácter asistencial de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales, teniendo especialmente en cuenta que en la práctica la pensión compensatoria tiene muchas veces contenido asistencial al carecer el cónyuge beneficiario de otros medios de vida, “El impago...”*cit.*, pp.783-785 (y Nota 49) y *Comentario...cit.*, pp.1275-1276.

⁴³¹ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp.28 y ss y LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, pp.774-775 y *Comentarios... cit.*, pp.1269-1272, quien se manifiesta contraria a equiparar como desobediencia “grave” a todos los impagos, con base en la importancia del órgano del que emana la orden (la autoridad judicial), por no ser este criterio ni el único ni el más importante para diferenciar entre la desobediencia grave (delito) y la leve (falta). Admiten la aplicación del delito de desobediencia (grave) a los impagos que conlleven una grave actitud de rebeldía, manifestada en la reiterada y expresa oposición a cumplir lo mandado BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibid.*, p.33 y LAURENZO COPELLO, P., “El impago...” *cit.*, pp.780-782.

refiere siempre a resoluciones judiciales, ello se debe a que ha acotado las conductas punibles ateniéndose a lo regulado en la legislación civil para establecer las cargas económicas derivadas de una crisis matrimonial o de filiación. Y en ese contexto, el Código civil siempre concede un papel decisivo a la autoridad judicial⁴³².

No obstante lo dicho, cabe añadir que desde esta posición también hay quien considera que en los impagos, junto al familiar, se protege el bien jurídico protegido en la desobediencia⁴³³.

II.- 1. c. 4) b) Exclusión como supuesto de “prisión por deudas”

Pese al posicionamiento crítico frente a la criminalización de los impagos⁴³⁴ desde esta posición se considera con firmeza que la regulación del delito no constituye un supuesto de “prisión por deudas” por razones diversas como: la existencia de un bien jurídico digno de

⁴³² LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...cit.*, pp.1272; quien ya decía en 1993 que “la referencia que se realiza en el artículo 487 bis al carácter “judicial” del instrumento en el que se imponen las prestaciones no puede considerarse como el dato esencial para determinar el objeto de protección de este delito. Con esa referencia el legislador no ha hecho más que circunscribir el ámbito de las conductas relevantes partiendo de la regulación civil que existe en la materia”, “El impago...” *cit.*, pp.782-783.

⁴³³ *Vid.* CERES MONTES, J.F., *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, Colex, 26, 1996, p.53 y FLORS MATÍES, J., “Sobre el impago de prestaciones económicas del artículo 487 bis del Código Penal”, *Revista General de Derecho*, Julio/Agosto, 1993, pp. 6744- 6747.

⁴³⁴ Según BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.* p.21 fruto de una política criminal equivocada que “intenta solucionar por la vía rápida de la tipificación conflictos sociales que en otras circunstancias hubieran sido objeto de un estudio más atento y de una intervención menos precipitada, y que hubiera dado lugar a una regulación jurídica de dichos conflictos en otros sectores del Ordenamiento”, pese a lo cual otorga importancia a la necesidad del precepto tras analizar las medidas cautelares y la vieja regulación del delito tradicional de inasistencia familiar y del alzamiento de bienes, *Ibid.*, pp.38 y ss. Para LAURENZO COPELLO P., “El impago...” *cit.*, p.788, sin embargo, la creación de un delito autónomo no es “el camino más adecuado -ni necesario- para resolver las situaciones de peligro que para ciertos bienes esenciales puedan derivarse del incumplimiento de los deberes económicos establecidos judicialmente con motivo de una crisis matrimonial”.

tutela; la naturaleza especial de las prestaciones económicas objeto del delito (cuyo contenido asistencial les confiere un carácter "especial"); además, la supeditación del deber de pago (y de la responsabilidad penal) a la posibilidad concreta de afrontar el pago por la persona obligada y por la adecuación de la conducta a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, a diferencia de "la prisión por deudas" que implicaría una responsabilidad objetiva, sin relevancia de las categorías penales del dolo y de la imprudencia en el plano de la culpabilidad⁴³⁵.

⁴³⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibid.* p.25, quien añade, con base en reiterada jurisprudencia, que no cabe fundamentar este delito en el principio de la tutela judicial efectiva (*Ibid.* p.25 y Nota 29).

II.- 2. Opinión personal

II.- 2. a. Concepto e importancia del bien jurídico protegido en el artículo 227 (y en el viejo artículo 487 bis)

La principal función del Derecho penal, en opinión de la doctrina mayoritaria, es la protección de los bienes jurídico-penales fundamentales frente a los ataques más intolerables, como instrumento de *última ratio*, es decir, cuando no existan otros medios, sociales o jurídicos, menos gravosos. Ello se desprende en el Derecho español de la misma definición constitucional del Estado como Social y Democrático de Derecho⁴³⁶.

Partiendo de la opinión comúnmente aceptada de que, desde un punto de vista político-criminal, los bienes jurídicos han de funcionar también como límites para el poder punitivo, puede afirmarse que constituyen el elemento central de los procesos de criminalización primaria⁴³⁷ y que a través de ellos se expresa, o debe expresarse, el concreto objeto jurídico de protección o tutela de cada una de las figuras delictivas. Cabe añadir que su lesión o puesta en peligro deviene la pieza clave según la teoría jurídica del delito para toda posición acorde con el principio de ofensividad⁴³⁸.

⁴³⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Presupuestos fundamentales del Derecho Penal", *Eguzkilore*, 3, 1989, p.61.

⁴³⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Ibid.*, p.62 y GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Sobre la teoría del "bien jurídico (aproximación al ilícito penal)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69, 1983, pp.85 y ss.

⁴³⁸ Con COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª edic., 1991, p.247, para quienes es el "nódulo" o corazón del delito, que ofrece "un *criterio material*, sumamente decisivo, en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito y, por tanto, de los tipos penales en particular".

Entendemos con DE LA CUESTA ARZAMENDI que todo bien jurídico debe tener una base material junto a su “componente ideal”, resultado de la abstracción de las situaciones materiales que constituyen su “sustrato”, el cual ha de extraerse de la realidad social⁴³⁹. Ante la insuficiencia de un concepto meramente formal, compartimos el decantamiento por uno de carácter material o sustancial que pueda servir como límite al legislador y como guía para la interpretación, sistematización y crítica jurídicas⁴⁴⁰.

Dentro de la prolífica doctrina sobre el bien jurídico-penal⁴⁴¹, nos parece particularmente interesante el concepto de bien jurídico-penal aportado por TERRADILLOS BASOCO, para quien los bienes jurídico-penales propios de un Estado Democrático y Social de Derecho, han de ser “condiciones de satisfacción de las necesidades humanas”⁴⁴².

⁴³⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Presupuestos...”*cit.*, p.62.

⁴⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Ibid.*, p.62.

⁴⁴¹Entre otros: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991 (*producto histórico concreto*); JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, Barcelona, 1981, p.351 (y 4ª edic., Comares, Granada, 1993, pp.6 y ss); MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1982, pp.124 y ss. y “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp.159-167; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIII, fasc. I, 1990, pp. 5-27; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Sevilla, 1974; SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, 1992, esp. pp.267 y ss.

⁴⁴² TERRADILLOS BASOCO, J., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1981, N° 63, pp. 123-149 (esp. pp.136 y ss), para quien los bienes jurídicos no son ni intereses generales (concepto de carga ideológica generalizadora), ni tampoco valores (mínimos a respetar pero pertenecientes a un ámbito ajeno al Derecho, aunque los bienes jurídicos no sean totalmente ajenos a ellos); desde su punto de vista el concepto de “necesidad”, que no es ajeno al mundo de los valores, permite eliminar los riesgos de postergación

Siguiendo a A. HELLER distingue TERRADILLOS BASOCO tres clases de necesidades humanas:

- las “existenciales” (como la alimentación entre otras) que constituyen o marcan el mínimo vital, y son, por ello, constantes y universales, pese a lo cual su contenido concreto varía históricamente, sobre todo, el modo de satisfacerlas

- “las necesidades propiamente humanas” (como, por ejemplo, el descanso superior al necesario, la actividad cultural, o la actividad moral)

- y “las necesidades radicales”, incompatibles con la idea de subordinación (como, entre otras, la igualdad real o la necesidad de abolición de toda forma de dominación social...).

Según TERRADILLOS BASOCO, compete al Derecho penal la defensa prioritaria de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales, que son las que suscitan un mayor consenso social, frente a los ataques más graves, aunque también le compete la defensa de las restantes necesidades señaladas, pese al menor consenso social que puedan suscitar⁴⁴³.

Este concepto de bien jurídico señalado por TERRADILLOS BASOCO, concebido como una condición para la satisfacción de necesidades humanas, existenciales, permite explicar adecuadamente, a nuestro entender, el bien jurídico protegido en el delito de impagos.

del individuo o de utilización ético-ideológica del Derecho penal y “contiene además elementos de generalidad y contrastabilidad que le hacen especialmente apto para ser la base de un discurso racional”, *Ibid.*, p.137.

⁴⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J., *Ibid.*, pp.139-140.

La especial trascendencia que la problemática del bien jurídico protegido tiene en el delito que nos ocupa queda probada mediante la intensa polémica anteriormente expuesta (oscilante entre las reticencias a su reconocimiento y la gran variedad de interpretaciones en torno al mismo), que tiene como base la configuración excesivamente amplia del precepto y su apego a la legislación civil y procesal en la materia, a falta de una regulación penal más autónoma y restringida, hecho que, por otro lado, resulta ya una tradición legislativa en este ámbito de normas punitivas de muy amplio alcance, aplicadas por una jurisprudencia generalmente poco restrictiva⁴⁴⁴.

Es por ello que, en nuestra opinión, resulta necesaria una interpretación restrictiva de un “delito de tan infeliz configuración como el impago de pensiones”⁴⁴⁵, ya desde su bien jurídico y en concordancia con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, así como por razones teleológicas y de coherencia sistemática con la protección asistencial matrimonial del artículo 226.

Para desarrollar nuestro punto de vista hemos optado por examinar separadamente los dos bienes jurídicos que consideramos protegidos:

- primero, como principal, el asistencial familiar y

⁴⁴⁴ Como señalan, entre otros, ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Código Penal. Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1991, p.981; BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. *Manual de Derecho Penal cit.*, 3ª edic., 1995, p.47; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “El abandono...” *cit.*, pp.228-230; HIJAS PALACIOS, J., *op.cit.*, p.1169; LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.12; MAQUEDA ABREU, M.L., *op.cit.* p.122; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 10ª edic., 1995, p.192; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Consideración jurídico-penal...” *cit.*; PRATS CANUT, J.M., *Comentarios a la Parte Especial cit.*, 1999, p.450.

⁴⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.66 y *Comentarios...cit.* p.1274.

- posteriormente el bien jurídico secundario, relativo al buen funcionamiento de los poderes públicos.

Además, nos ha parecido importante examinar el bien “familiar” de un modo evolutivo en cuanto a su “merecimiento”, “necesidad” de pena y en cuanto a su “susceptibilidad” de protección penal⁴⁴⁶. Pensamos que entre 1995 (y desde luego 1989) y el presente han tenido lugar en el ámbito familiar y de las crisis matrimoniales cambios que deben ser tenidos en consideración: tales como los operados por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero y por la reforma del Código civil de 8 de julio de 2005, que han dado pie a la aparición de nuevos medios extra-penales de prevención y sanción de los impagos, menos gravosos que los penales, teniendo también en cuenta que la reforma civil reduce el contenido asistencial de las prestaciones económicas derivadas de divorcio respondiendo al cambio sociológico en el perfil de las parejas matrimoniales, respecto de las que puede afirmarse una mayor independencia económica de las mujeres y un avance en el proceso igualitario real entre mujeres y hombres.

Todo ello sin olvidar, por otro lado, la consolidación en los últimos años de otro modelo de pareja socialmente relevante, con el que ahora convive el matrimonio, como es el de las uniones estables, que tiene ya reconocidos derechos económico-asistenciales, pero que funciona sin que se criminalicen los impagos asociados a sus crisis.

⁴⁴⁶Siguiendo a MIR PUIG, S., *Introducción...cit.*, pp.124 y ss. y “Bien jurídico...”*cit.* pp.159 y ss y SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Aproximación...cit.*, pp.267 y ss.

II.- 2. b. El carácter pluriofensivo del artículo 227: la seguridad económico-asistencial matrimonial y postmatrimonial como bien principal y el buen funcionamiento de los poderes públicos como bien secundario

En nuestra opinión, a través del artículo 227 (y anteriormente a través del viejo artículo 487 bis) se protegen dos bienes jurídicos que se relacionan con los dos elementos que caracterizan el precepto, como son el elemento “familiar” y el elemento “judicial”.

Mantenemos, por tanto, que el delito de impagos es una figura pluriofensiva en la que los bienes jurídicos penalmente protegidos son: la seguridad económico-asistencial conyugal y postconyugal⁴⁴⁷ de manera principal y, de forma secundaria, el buen funcionamiento de los poderes públicos.

II.- 2. b. 1) La seguridad económico-asistencial matrimonial y postmatrimonial como bien jurídico principal

II.- 2. b. 1) a) La principalidad del bien jurídico familiar

La figura regulada en el artículo 227 del Código penal es un delito contra la asistencia familiar y derivada de las relaciones conyugales, pues consiste, como en el caso del artículo 226, en el incumplimiento de prestaciones económicas que tienen su origen último en una relación familiar-conyugal, a lo que se añade en el artículo 227, el control judicial de las mismas. Por ello puede decirse que es una ampliación a los supuestos de crisis matrimonial (y a los

⁴⁴⁷ Y la paterno-materno-filial, que no es objeto de nuestro estudio.

procedimientos relacionados con los hijos) de la figura de inasistencia conyugal (familiar), a los que, por exigencia legal, se añade el control judicial que, en nuestra opinión, es preciso valorar con entidad propia.

Nuestra opción, con base en la doctrina y en la jurisprudencia ya expuestas, se fundamenta en lo siguiente:

1. En el propio texto del Preámbulo de la Ley de reforma de 21 de junio de 1989, que considera al delito de impagos como “una nueva modalidad de abandono de familia” y donde se establece como finalidad de la entonces nueva figura delictiva “la tutela de los miembros más débiles del grupo familiar”.

2. En la posición sistemática que el Código vigente otorga a los impagos entre los delitos contra “las relaciones familiares” (Título XII) y, dentro de ellos, contra “los derechos y deberes familiares” (Capítulo III)⁴⁴⁸ y junto al delito de “abandono de familia” (Sección 3ª)⁴⁴⁹.

3. Por compartir desde 1995, con el delito de inasistencia familiar-conyugal una común perseguibilidad semiprivada (artículo 228), cuya falta de regulación expresa para el artículo 487 bis en la reforma de 1989 puede considerarse un mero olvido⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Línea confirmada, en ambos casos, desde los Proyectos de 1992 y 1994.

⁴⁴⁹ Línea mantenida en el Derecho positivo por el Código penal de 1973 y en el Derecho proyectado por los Proyectos de 1992 y 1994, pudiendo añadirse la consideración de los impagos como “delito de abandono de familia” en el precedente de la IIª República, *vid. supra*. pp.68 y ss.

⁴⁵⁰ Cabe recordar que ambos delitos comenzaron su andadura siendo perseguibles de oficio y que ambos fueron posteriormente reformados.

4. En consideración a la similitud de las penas previstas en el artículo 226 y en el artículo 227, pues siempre se han tenido como referentes mutuos⁴⁵¹.

5. Y por la inclusión en el precepto, desde 1995, de la reparación del daño (que comporta siempre el pago de la deuda), lo que viene a confirmar su carácter primordialmente familiar⁴⁵².

II.- 2. b. 1) b) La seguridad económico-asistencial *versus* la vida, la salud y la integridad personal

Entre las dos grandes opciones interpretativas existentes sobre el bien jurídico protegido en el delito de impagos -el que lo identifica con “la integridad personal en sentido amplio” (la vida, la salud física y psíquica y el conjunto de condiciones materiales para una vida digna) y aquel otro que lo centra en “la seguridad” relacionada con “los derechos asistenciales”, nos decantamos por esta última.

En nuestra opinión, defender que el bien jurídico protegido es en este caso “la seguridad económico-asistencial” permite engarzar la figura delictiva con el ámbito civil, lo que puede ayudar a delimitar mejor las infracciones penales y las civiles, y facilita la integración en el delito de la perspectiva evolutiva del componente asistencial del matrimonio y, sobre todo, de las crisis matrimoniales, lo que resulta

⁴⁵¹ Recordemos que la regulación vigente es la primera que, tras la reforma de L.O. 15/2003 de 25 de noviembre sanciona los impagos con penas algo mayores (en sus límites máximos) que el artículo 226, pues en su regulación originaria se sancionaba con igual pena ambos delitos, mientras que en la regulación del Código anterior se sancionaban con igual pena el delito menos grave de inasistencia y el de impagos, y con pena mayor el delito de inasistencia más grave.

⁴⁵² Aunque, en este caso, la vieja regulación y la de los Proyectos 1992 y 1994 no la contemplaban.

clave para plantear y revisar la criminalización de los impagos respecto a cónyuges y ex cónyuges prevista en el artículo 227 del Código penal, según venimos manteniendo.

La obligada consideración de la figura como delito de peligro abstracto, una vez decidido que su bien jurídico protegido es directamente la vida, la salud física y psíquica y el conjunto de condiciones materiales para una vida digna, significando que todo impago es apto objetivamente de partida para poner en peligro los bienes mencionados, nos parece que debe ser tomada con cautela, pues no deja de formar parte de la controvertida aplicación de la estructura delictiva mencionada a bienes jurídicos individuales.

En cualquier caso, cabe reconocer con GARCÍA ARÁN, que ambas formas de considerar el objeto jurídico de protección no son a la postre tan diferentes en sus efectos finales, pues, en ambos casos, el/la intérprete se ve obligado/a a exigir elementos no recogidos directamente en el tipo penal pero que resultan de la necesidad constitucional de contención de la intervención penal y del propio carácter material y político-criminal del concepto de bien jurídico⁴⁵³. Estos son, por un lado, “el examen previo de peligrosidad de la acción” (a través del cual se consideran atípicos los impagos no aptos para poner en peligro los bienes jurídicos esenciales) y, por otro, “la existencia de una situación de necesidad en la persona beneficiaria” (sin la cual no debe ser apreciado el delito de impagos).

⁴⁵³ GARCÍA ARÁN, M., *El impago...cit.*, pp.16-17.

II.- 2. b. 1) c) Nuestra propuesta evolutiva de interpretación restrictiva

Aunque ya no resulte obligado por razones sistemáticas hacer referencia a “la seguridad” como bien jurídico protegido, pensamos que ésta sigue siendo la base material que, extraída de la realidad social, compone su sustrato, expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares (o por quien ha sido cónyuge) obligados a ello, en el caso de que así lo necesite⁴⁵⁴. También podría entenderse como garantía⁴⁵⁵ o como la protección otorgada a personas en situaciones de especial vulnerabilidad, entendiendo las separaciones y los divorcios como contextos de especial “vulnerabilidad económica” para quienes son o han sido económicamente dependientes, por carecer de medios económicos propios o no tener la posibilidad de obtenerlos⁴⁵⁶ (tal como ha venido sucediendo durante años con la inmensa mayoría de las mujeres casadas).

Entendemos la seguridad en un “sentido individual”, por el carácter personalísimo de la asistencia a la que va asociada, que siempre se relaciona con un sujeto concreto e independiente de otros, como puede suceder en el caso de concurrencia de prestaciones al cónyuge o excónyuge e hijos⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 18ª edic. 2010, p.320.

⁴⁵⁵ *Vid.* Preámbulo del Proyecto de Código de 1992.

⁴⁵⁶ *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op.cit.* pp.16-17, en referencia exclusiva a menores e incapaces en el ámbito familiar.

⁴⁵⁷ *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., *El impago...cit.*, pp.16-17 y 21, quien aplica a los impagos el concepto de “seguridad personal”. Con CASTIÑEIRA PALOU, M^aT., *op.cit.*, p.173. pensamos que la asistencia entendida en sentido colectivo “podría conducir a una interpretación sumamente amplia del delito”.

Hay que añadir que se trata de una seguridad exclusivamente “material”, “económica”, en atención a la conducta típica consistente en no pagar, pero con un “carácter especial” que impide equipararla rasamente con una deuda civil ordinaria⁴⁵⁸.

En nuestra opinión, la “seguridad” protegida en el delito de impagos debe ser entendida como seguridad “asistencial” en sentido civil, es decir, como seguridad “alimenticia” o seguridad de cobertura económica de las condiciones materiales básicas de cónyuges y ex cónyuges en “situación de necesidad”, por lo que podría decirse que la realidad valiosa protegida de manera principal en el delito de impagos es la seguridad (económica) derivada jurídicamente (derechos subjetivos) de determinadas relaciones familiares (como las conyugales) respecto a las “condiciones materiales básicas de bienestar personal”⁴⁵⁹, destinadas a cubrir las necesidades humanas existenciales⁴⁶⁰.

Nuestra interpretación restrictiva de un precepto de tan amplio enunciado como es el artículo 227 del Código penal, busca aportar un fundamento constitucional y legítimo a la criminalización de los impagos, respetuoso de los principios de intervención mínima y proporcionalidad, tratando de limitar la interpretación del delito desde el fin de protección de la norma (razones teleológicas), para la defensa de los más débiles en las situaciones de crisis matrimonial (como enunciaba el legislador en su presentación de la figura) y para

⁴⁵⁸ MARTÍN LÓPEZ M^aT., *op.cit.*, p.29 razona ese “algo más” que un mero incumplimiento económico por subyacerle “especiales relaciones personales, económicas, sociales, asistenciales, etc., que vinculan a los sujetos deudor y acreedor y derivan de la especial naturaleza “familiar” de tal obligación”.

⁴⁵⁹ GARCÍA ARÁN, M., *El impago... cit.*, pp.17 y 21.

⁴⁶⁰ TERRADILLOS BASOCO, J., *op.cit.*, pp.136 y ss.

que ésta no quede destinada a defender el mero nivel de vida (lo que sería una manifestación de la “prisión por deudas”), teniendo siempre en cuenta que el ejercicio del derecho al divorcio depende en gran medida de las prestaciones económicas; también tratamos de dar una coherencia sistemática a la regulación de la protección asistencial conyugal y sus penas en el artículo 226 y a la protección asistencial conyugal y post-conyugal en las crisis matrimoniales y sus penas, en el artículo 227, todo ello en coherencia con el ordenamiento jurídico civil y manteniendo la autonomía del ámbito penal⁴⁶¹.

Creemos que la interpretación propuesta resulta problemática a la luz de la regulación de ciertos elementos típicos tales como el comportamiento (incumplimiento de los deberes de pago) y los objetos materiales, ya que los impagos pueden serlo de cualquiera de las prestaciones económicas y éstas tienen en unos casos carácter asistencial (pensiones alimenticias en las separaciones), pero no en otros (prestaciones compensatorias (en separaciones y divorcios) e indemnizaciones de nulidad)⁴⁶², por lo que los incumplimientos de estas últimas puedan considerarse impagos de meras deudas civiles.

⁴⁶¹ *Vid. supra*, pp.243 y 244 y 247 y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, pp.595-596. En *contra*, MARTÍN LÓPEZ M^ªT., *op.cit.*, p.33-35. En este sentido también cabe citar la siguiente Jurisprudencia restrictiva : SAP de Cantabria (1^ª) N^º 43 de 3 de marzo de 2000; SAP de Catellón de 11 de septiembre de 2000; SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2000; SAP de Zaragoza de 26 de febrero de 2002 y SAP de Tarragona de 21 de diciembre de 2004; también son partidarias de una interpretación restrictiva la SAP de Madrid (3^ª) N^º 378 de 12 de julio de 2005 y la SAP de Madrid (7^ª) N^º 24, de 22 de enero de 2009 en referencia ambas al “estado de incertidumbre” que se crea en los sujetos pasivos; otras sentencias utilizan como criterio restrictivo el elemento volitivo del impago: la SAP de Badajoz de 24 de noviembre de 1996, la SAP de Castellón de 20 de junio de 1997, la SAP de Murcia de 2 de octubre de 2002 y la SAP de Cuenca de 16 de noviembre de 2002 (en referencia a la “malicia” y el “capricho”).

En nuestra opinión, el apego del legislador penal a la legislación civil y procesal sobre separación, divorcio y nulidad, según la redacción del vigente artículo 227 (y del viejo artículo 487 bis) ha distorsionado el carácter estrictamente asistencial que debería tener el precepto⁴⁶³, en coherencia con la protección asistencial (alimenticia) del matrimonio en el artículo del 226⁴⁶⁴ y con la relativa a los hijos en los procedimientos de alimentos y filiación del propio artículo 227.

Pese a todo, pensamos desde una perspectiva sustantiva y material (no formalista) que puede mantenerse (lo que no siempre es compartido) que las prestaciones económicas compensatorias (especialmente las pensiones) y, con mayores dificultades, las indemnizaciones por nulidad, pese a no estar así concebidas y reguladas en el orden civil, pueden cumplir, en el caso concreto, una “función asistencial”, que siempre deberá ser valorada judicialmente para la aplicación del artículo 227 (SAP de Cantabria (1ª) N° 43 de 3 de marzo de 2000 y SAP de Tarragona (2ª) N° 1164, de 21 de diciembre de 2004).

Desde nuestra propuesta de interpretación restrictiva del bien jurídico protegido en el artículo 227 pensamos que sólo deberían ser admitidos como delictivos los impagos estrictamente inasistenciales, entendiendo por tales los incumplimientos del deber de pago de prestaciones directamente alimenticias y los de aquellas otras que, aun no siéndolo nominalmente, cumplan, de hecho,

⁴⁶³ A diferencia de la regulación asistencial del artículo 34 de la Ley republicana (también apegada a su legislación civil) en la que sólo se criminalizaron los impagos de pensiones alimenticias a ex cónyuges.

⁴⁶⁴ Ya que el artículo 226,2 puede interpretarse claramente referido a los alimentos civiles, *vid.* DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E M^a, *op.cit.*, pp.124 y ss y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, pp.44.

materialmente, una “función” asistencial o alimenticia que el/la juez deberá valorar en cada caso. Creemos, por ello, que aun cuando el artículo 227 no exija expresamente “la situación de necesidad” del sujeto pasivo (como, en nuestra opinión, debería hacerlo), ésta debería ser siempre judicialmente constatada⁴⁶⁵.

Por el carácter evolutivo de la interpretación restrictiva propuesta (que nos permite ir acomodando el ámbito de aplicación del delito a la evolución social y civil del matrimonio y, consecuentemente, de las prestaciones derivadas de sus crisis) a partir de la reforma en materia de separación y divorcio llevada a cabo por la Ley 15/2005 de 8 de julio, la restricción deviene aún mayor, dado que, entre otras cosas, se acentúa el carácter compensatorio y/o indemnizatorio de las prestaciones compensatorias, disminuyendo su ya relativo y/o discutido carácter asistencial⁴⁶⁶.

II.- 2. b. 1) d) Bien jurídico “merecedor” de protección penal

Pensamos que el bien jurídico propuesto es “merecedor” de la protección penal por la importancia de la asistencia familiar, que tiene un directo reconocimiento constitucional para los hijos e hijas menores (aunque no así para cónyuges y ex cónyuges) y por la relevancia del modelo de pareja constitucionalmente reconocido,

⁴⁶⁵ Cuestión sobre la que volveremos al tratar la tipicidad.

⁴⁶⁶ A la vez que simplifica y agiliza los trámites del divorcio, *vid.* MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.203 y ss y MARÍN LÓPEZ, M^a.J., “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” (artículos 90 y ss en Comentarios al Código civil, AAUU, Coord. R. BERCOITZ RODRÍGUEZ-CANO, Edit. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2^a edic., 2006, p.227. Según parece la Ley propició en un primer momento el aumento de los divorcios y el descenso de separaciones, abriendo así la puerta al posible incremento de los incumplimientos compensatorios cuando están perdiendo su ya relativo sentido asistencial.

como es el matrimonial, y el papel socio-estructural desarrollado en él por la mujer.

La relevancia social y constitucional del matrimonio se manifiesta en su reconocimiento expreso en el artículo 32 de la Carta Magna como unión estable de pareja (modelo prácticamente único o hegemónico en 1978 y 1989). La Constitución establece la plena igualdad jurídica de los cónyuges y, sin hacer un directo reconocimiento del divorcio (a diferencia del artículo 43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931), remite al ámbito civil para la regulación igualitaria de los derechos y deberes de los cónyuges y de las causas de disolución del matrimonio y efectos derivados. Su reconocimiento forma también parte de la protección social, económica y jurídica, que la Constitución hace de la familia en su artículo 39,1.

Dentro del conjunto de derechos y obligaciones que civilmente rigen en el matrimonio, los asistenciales tienen gran relevancia por su relación con las condiciones materiales básicas y con las necesidades humanas existenciales. Por ello, entre las distintas obligaciones familiares y derivadas del matrimonio, las asistenciales son de carácter muy cualificado, de modo que, con la SAP de Cantabria (1^a) N^o 43 de 3 de marzo de 2000, puede llegar a afirmarse que “desde la perspectiva constitucional, la protección de esas obligaciones puede alcanzar rango penal, pues la trascendencia de los bienes protegidos guarda proporción con la conminación que supone la amenaza de la pena. Esa clase de protección, sin embargo, no sería constitucionalmente admisible para asegurar el cumplimiento de cualquier clase de obligación, sino sólo de las muy cualificadas, esto es, de aquellas de cuyo incumplimiento se siguiera un mal cualificado”.

En las crisis matrimoniales, desde nuestro punto de vista, estos derechos y obligaciones cobran una especial trascendencia al ser puestos en conexión con el papel de dependencia económica y desigualdad material que durante largo tiempo ha tenido la mujer en la estructura familiar y conyugal, lo que aún en 1989 determinaba su posición económicamente vulnerable ante las crisis matrimoniales, su inseguridad e incertidumbre y, en numerosas ocasiones, su auténtica precariedad material. Se trata de un hecho de tanta trascendencia social, que sin poder obviarse fue tenido en consideración para la regulación civil de la materia en la tantas veces citada reforma del Código civil de 7 de julio de 1981.

Prueba de lo anterior es la especial incidencia del delito en el colectivo de las mujeres, pues la inmensa mayoría de los impagos está siendo realizada por maridos y ex maridos y está repercutiendo en las mujeres y ex mujeres (y, por supuesto en hijos/as) en razón de los roles familiares, que han determinado durante largo tiempo que en la gran mayoría de los matrimonios sólo el hombre fuera la fuente externa de ingresos o tuviera una mayor capacidad económica, reservándose para la mujer la dependencia económica⁴⁶⁷. En este sentido, con PÉREZ MANZANO, cabría concluir que la protección penal articulada a través del delito de impagos puede entenderse como “garantía de reparto no discriminante de bienes o derechos sociales que permitirían la participación e integración social del colectivo en condiciones de igualdad”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Según el estudio empírico de los casos enjuiciados en Málaga entre los años 1992 y 1993, el 96% de los casos son incumplimientos de maridos, siendo amas de casa que no desempeñan actividad remunerada el 63% de las mujeres afectadas, *vid.* SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P. *op.cit.* pp.76-78.

⁴⁶⁸ PÉREZ MANZANO, M., *El impago... cit.*, p.228. Lo consideran directamente como “violencia de género” MUÑOZ FERNÁNDEZ, S.; OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M. (Asociación de mujeres Themis) en *Violencia Económica de Género. El Impago de pensiones en Andalucía. Análisis Jurídico-procesal*, Instituto de la Mujer, Sevilla, 2004.

En el escenario actual pueden encontrarse, sin embargo, algunas razones para comenzar a replantearse el merecimiento de la protección penal de la seguridad asistencial de los cónyuges y ex cónyuges derivada de las crisis matrimoniales, con base en el nuevo perfil de las parejas matrimoniales, más independientes económicamente, y las reformas civiles que responden a dicho cambio.

Pese a lo mucho que aún queda por hacer en materia de igualdad social y familiar de mujeres y hombres, resulta hoy innegable el paulatino cambio real en la dependencia de la mujer en el seno de la familia y el matrimonio, su mayor independencia económica y la evolución social hacia una cultura igualitaria y una cada vez mayor práctica igualitaria entre mujeres y hombres (en la sociedad, en la familia y en el matrimonio) en los últimos años. En este sentido, la situación de dependencia económica de las mujeres ya no es hoy tan estructural como lo ha sido históricamente, sino que tiene un carácter más opcional o personal. Ello se refleja en el ámbito jurídico-familiar en el nuevo artículo 68 del Código civil, procedente de la reiterada reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que establece entre las obligaciones de los cónyuges (además de la convivencia, fidelidad y socorro mutuo): compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo⁴⁶⁹. También se refleja en las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales, que van respondiendo cada vez más al nuevo perfil sociológico de cónyuges independientes económicamente, al que parece responder la reforma del Código civil mencionada, que, como

⁴⁶⁹ Así como la posibilidad de custodia compartida prevista en el nuevo artículo 92 del Código civil, o el conjunto de valores y normas que se han ido consolidando en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral.

decíamos, reduce el ya relativo contenido asistencial de las prestaciones compensatorias y acentúa su carácter compensatorio-indemnizatorio⁴⁷⁰.

Como referente comparativo interesante, también debería tenerse en consideración la no criminalización de los impagos asociados a las crisis del otro modelo de pareja que hoy comparte con el matrimonio el espacio plural de modelos social y jurídicamente relevantes, como son las uniones estables o parejas de hecho.

II.- 2. b. 1) e). Bien jurídico “necesitado” de protección penal

Varias son las razones que avalaron en su momento la “necesidad” de protección penal del bien jurídico protegido en el delito de impagos⁴⁷¹.

En el contexto de incumplimientos masivos y de numerosas situaciones de inseguridad y precariedad derivadas, de falta de otros medios jurídicos o sociales adecuados, de expectativas frustradas ante las leyes civiles⁴⁷² y de fuertes resistencias al divorcio⁴⁷³ (más aún al

⁴⁷⁰ *Vid. supra* Nota 466.

⁴⁷¹ Con PÉREZ MANZANO, M., "El delito de impago..." *cit.* pp.33 y ss y "El impago de prestaciones..." *cit.* pp.228-229.

⁴⁷² Hacia las que se habían derivado los supuestos de impago relativos a los divorcios no vinculares previos a la ley de matrimonio y divorcio de 1981. Vid. en este sentido MAQUEDA ABREU, M., *op.cit.*, p.123 e HIJAS PALACIOS, J., *op.cit.*, pp.1173 y ss., quienes señalan el notable descenso de causas seguidas por el viejo artículo 487 a partir del año 1981. En igual sentido LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono...*, *cit.*, p.26. Vid. también FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis penal...* *cit.*, p.330 quien señala la tendencia despenalizadota en el hacer práctico de los Tribunales respecto del delito tradicional de abandono de familia, antes de 1989.

⁴⁷³ Enraizadas en profundas convicciones sociales avaladas por una larga y honda tradición histórica de indisolubilidad matrimonial, como vimos en la Parte I.

pago de dinero a él asociado) podía considerarse razonable la necesidad de ampliar la intervención penal para proteger la asistencia derivada de los procedimientos de separación, divorcio y nulidad.

La insuficiencia de las vías jurídicas distintas a las penales, como las civiles y las procesal-civiles, era palmaria y, sin embargo, no tuvieron lugar las posibles reformas en estos ámbitos, lo que ha sucedido años después. Como señalamos en la Parte I de la investigación, la reforma civil resultaba improbable y difícil, dada la cercanía de la socialmente polémica Ley del matrimonio y divorcio de 7 de julio de 1981, máxime teniendo en cuenta la amplitud con la que fueron reguladas las prestaciones derivadas de separación, divorcio y nulidad, que cubrían no sólo la necesidad, sino también el desequilibrio económico (para lo que se tuvo en cuenta la real desigualdad económica de las mujeres, una vez reconocida la igualdad jurídica en el artículo 32 de la Constitución y en el artículo 66 del Código Civil). Los medios procesales entonces existentes resultaban también insuficientes, aunque podía haberse afrontado la reforma de las medidas cautelares⁴⁷⁴ o la de la ejecución de sentencias. Esta tampoco tuvo lugar, probablemente a la espera de una reforma completa de la Ley procesal civil en la que insertar la regulación específica de los procedimientos matrimoniales, lo que tuvo lugar unos años después con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

En 1989 tampoco se consideró propicio la creación de un Fondo de Garantía para el pago de pensiones, aunque ya se había propuesto para el pago de los alimentos de las mujeres y de los hijos

⁴⁷⁴ En el sentido propuesto por YZQUIERDO TOLSADA M., *op.cit.*, p.1211 de condicionar la homologación judicial del convenio regulador a la previsión específica de medidas de garantía y, en defecto de acuerdo, de poder ordenar el juez la retención de salarios.

menores desde el mismo debate de la Ley del divorcio, a través de una Proposición de Ley en la que se reconocía a las mujeres el derecho a percibir un subsidio de paro a cuenta del Estado por el valor del salario mínimo interprofesional, salvo en el caso de disposición de medios económicos. Recordemos que la asunción por el Estado de las cargas mencionadas se justificaba con base en las circunstancias de inferioridad social y de dependencia de las mujeres respecto de sus maridos⁴⁷⁵.

La creación de un Fondo de Garantía de Alimentos, en nuestra opinión, hubiera podido aliviar numerosos supuestos de impagos alimenticios basados en la necesidad, pero tal vez no todos, como podían serlo los de impago de las prestaciones compensatorias y de las indemnizaciones derivadas de nulidad en los supuestos de necesidad⁴⁷⁶.

En una realidad sociológica de incumplimientos civiles masivos, provocadores de numerosas situaciones de inseguridad y auténtica precariedad material, ante la ausencia de medios eficaces diferentes a los penales y en la que los recursos penales o no podían resolver la situación o no eran directamente aplicados (como vimos en la Parte I de la investigación), podía pensarse que la asistencia conyugal de las separaciones judiciales y la postconyugal de los divorcios (y nulidades) debían ser penalmente protegidas por razones de prevención general y especial y podía entenderse necesario el

⁴⁷⁵ VALLADARES, E., *op.cit.*, pp.204-206. Recordemos también la propuesta realizada en el *Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres 1988-1990*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1987, p.28, así como las demás que desde entonces se han venido realizando, *vid. supra* pp.177 y ss.

⁴⁷⁶ En aquel contexto su creación podía no anular necesariamente la respuesta penal, como en el ejemplo francés *vid. PÉREZ MANZANO, M., El impago de prestaciones...cit.*, p.229. *Vid.*, por otro lado, la ya citada Proposición de Ley de IU-ICV, de 2004, *para crear un Fondo de Garantía de alimentos y pensiones compensatorias para casos de ruptura matrimonial o núcleo familiar*.

recurso a la pena, aun reconociendo que el Derecho penal no es el instrumento más idóneo para regular las relaciones familiar-matrimoniales⁴⁷⁷.

Por razones de prevención general negativa, pues la intimidación se justifica y es legítima, en la medida en que esté destinada a la protección de un bien jurídico digno de la misma, como en este caso es la estricta seguridad económico-asistencial conyugal y postconyugal, siendo la conminación con una pena el modo de dar a conocer a la ciudadanía que una conducta (la inasistencia conyugal y postconyugal en las crisis matrimoniales) es valorada negativamente por el Derecho. Por razones de prevención general positiva, de cara a lograr la socialización y fidelidad de la ciudadanía en torno al respeto al bien jurídico protegido, tras identificar como negativas las conductas de impago, por ir asociadas a la consecuencia negativa de una pena⁴⁷⁸.

La necesidad de la pena concreta prevista para el delito, su proporcionalidad y adecuación a los fines de prevención especial, es un aspecto que trataremos a propósito de las consecuencias jurídicas⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Con PÉREZ MANZANO, M. *El delito... cit.*, pp.34-35. A la entrada en vigor del Código de 1995, según la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, las diligencias abiertas por el delito de impagos se encontraban en ascenso. Desde entonces, y como señala MARTIN LÓPEZ, M^a.T., *op.cit.*, p.33, las crisis matrimoniales pueden ser consideradas como un factor “criminógeno” del incumplimiento de los deberes familiares asistenciales.

⁴⁷⁸Con PÉREZ MANZANO, M., *El impago de prestaciones...cit.*, pp.221 y ss puede afirmarse que no es un precepto meramente simbólico en la medida en que recoja legítimamente el carácter disvalioso de una conducta y en la medida en que sea aplicado, pues lo sería si no se aplicara, no sirviera a la finalidad para la que fue creado o fuese tan sólo un medio para acallar a los partidarios de la punición de la conducta.

⁴⁷⁹ Completando así el juicio de proporcionalidad sobre el que se basa la reiterada sentencia SAP de Cantabria (1^a) N^o43 de 3 de marzo de 2000 (una vez confirmada la relevancia penal del bien jurídico) con apoyo en reiterada jurisprudencia

Ahora bien, a pesar de lo dicho y argumentado hasta ahora sobre la necesidad de la protección penal de la seguridad económico-asistencial de cónyuges y excónyuges, pensamos que ésta merece comenzar a ser reconsiderada en el contexto de la segunda década del siglo XXI, a la luz de algunos cambios importantes que han venido aconteciendo en los últimos años, como son los representados por la aparición de medios distintos a los penales, creados para canalizar y sancionar los incumplimientos, así como para aliviar en alguna medida las situaciones de crisis familiar y matrimonial.

Por un lado, la esperada reforma procesal ha desarrollado medidas extrapenales que permiten aligerar el papel de la intervención penal, como la posibilidad de imponer multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 de la ley, y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas, “al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan”, previsión recogida en el artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (una de sus mayores novedades) relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, en cuyo apartado primero se regula. Como es lógico, en su aplicación habrá que tenerse en cuenta el principio de *ne bis in idem*, para evitar los problemas de constitucionalidad que pudieran derivarse de su inobservancia⁴⁸⁰.

Por otro lado, se han ido implantando diferentes ayudas materiales de carácter social tendentes a cubrir las necesidades y a aliviar las cargas económicas familiares, siendo dirigidas en unos

constitucional. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, esp. pp.128 y ss.

⁴⁸⁰Vid. BUSTOS MORENO, Y.B., *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p.186, quien plantea dudas sobre la constitucionalidad de las citadas multas.

casos a los miembros de las parejas y ex parejas y en otros a los hijos menores o al conjunto familiar. Es el caso de las medidas previstas en la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aplicables a las mujeres víctimas de dicha violencia e insertas, la mayoría de las veces, en procedimientos de crisis matrimonial, tales como las ayudas sociales de pago único, el acceso prioritario a las viviendas públicas y residencias públicas de mayores, la subsistencia de la renta activa de inserción (víctimas desempleadas). Además, conforme al artículo 87 *ter* 2) corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocer asuntos civiles tales como los alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio. También hay ayudas derivadas del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, regulador del Fondo de Alimentos para los hijos/as menores, que ha sido finalmente aprobado por la reiterada reforma del Código civil en materia de divorcio operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio⁴⁸¹, para cubrir sólo los alimentos de los hijos menores; por cierto que en su Disposición adicional única se establecía que el Estado garantizaría “el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos”. Mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres (Disposición transitoria décimoprimer) se consignó una habilitación expresa al Gobierno para regular en 2007 un Fondo que, según la citada Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos

⁴⁸¹ Con base en la Disposición adicional decimonovena de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección integral contra la Violencia de Género, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (a partir de una disposición introducida por enmienda del Grupo Parlamentario Socialista e IU-ICV en la tramitación de los Presupuestos Generales, aprobada por el pleno del Congreso el 15 de Noviembre de 2006) y la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Generales del Estado para el año 2007 (disposición adicional quincuagésima tercera) estaba dotado inicialmente con diez millones de euros, dirigidos a garantizar, mediante anticipos a cuenta, el pago de alimentos reconocidos en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad, en los supuestos de separación legal, divorcio, nulidad y procesos de filiación o de alimentos. En su Exposición de Motivos el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, declaraba expresamente que el Fondo nacía como una garantía del Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconocía el derecho a los alimentos⁴⁸².

Como recurso voluntario complementario de encauzamiento de los litigios conyugales (y familiares) por la vía del mutuo acuerdo y con la intervención de mediadores, merece ser también aludida la Mediación, prevista por la tantas veces citada Ley 15/2005, de 8 de julio a través de la reforma del artículo 770,7º de la Ley de Enjuiciamiento civil y su Disposición final tercera. Los diferentes Servicios y Programas de Mediación Familiar que, a falta de una Ley estatal⁴⁸³, han venido siendo puestos en funcionamiento por las Comunidades Autónomas⁴⁸⁴, constituyen en la actualidad un medio

⁴⁸² Podrían añadirse las diferentes ayudas a las familias monoparentales señaladas por VELA SÁNCHEZ, A.J., en *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Edit., Comares, Granada, 2005, pp.85 y ss.

⁴⁸³ Existe un *Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles* que ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes en febrero de 2010.

⁴⁸⁴ Como la Ley 15/2009, de 22 de Julio de Mediación en el ámbito privado de Cataluña (que sustituye a la Ley 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar); la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar de Valencia; la Ley 15/2003, de 8 de abril, De Mediación familiar de Canarias; la Ley 4/2005, de 24 de mayo del Servicio Social especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid; la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de

más, destinado a aliviar las tensiones y la incomunicación propias de muchas crisis conyugales, pudiendo repercutir en la prevención de los impagos asistenciales⁴⁸⁵.

II.- 2. b. 1) f) Bien jurídico “susceptible” de protección penal

El bien jurídico familiar protegido en el delito de impagos es “susceptible” de protección penal en la medida en que va asociado a derechos de carácter económico (fácilmente materializables) que, en nuestra opinión, pueden y deben ser interpretados en sentido estrictamente asistencial.

Por un lado puede decirse que el bien jurídico del delito de impagos no plantea más problemas en materia de susceptibilidad que los que pueda suscitar el bien jurídico protegido en el delito de abandono de familia, respeto a los cónyuges. Cabe, por tanto, afirmar que la seguridad económico-asistencial relacionada con la cobertura económica de las necesidades individuales básicas derivada del matrimonio queda protegida (como asistencia conyugal y parte de la asistencia familiar) a través del vigente artículo 226 e, igualmente, cabe añadir que la seguridad económico-asistencial relacionada con la cobertura económica de las necesidades individuales básicas derivadas de las crisis matrimoniales judicialmente controladas,

Mediación Familiar de Asturias y la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco y la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad de Andalucía.

⁴⁸⁵ Vid. BERNAL SAMPER, T., *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Edit. Colex, Madrid, 3ª edic 2006; GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003; JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996;

ORTUÑO MUÑOZ, P., “La Mediación Familiar”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV, 2005, pp.69 y ss (esp. pp.80 y ss); SÁEZ RODRÍGUEZ, C. Coord. *La mediación familiar, penal y penitenciaria, el estatuto del mediador y el programa para su regulación*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2008 y TORRERO MUÑOZ, M., *Curso básico de Derecho de familia*, Edit. Práctica del Derecho, Valencia, 2000., pp.61 y ss.

resulta protegida (como asistencia conyugal y postconyugal asociada a los procedimientos matrimoniales), a través del vigente artículo 227⁴⁸⁶.

Por otro lado, conforme a la interpretación restrictiva del bien jurídico que venimos manteniendo, resulta factible la protección penal en la medida en que las prestaciones económicas en las que se materializa la protección penal tienen una naturaleza jurídica parcialmente asistencial, responden a ciertos criterios asistenciales y pueden cumplir funciones estrictamente asistenciales.

Pese a todo lo dicho, no debería olvidarse que está deviniendo cada vez más restringido el contenido y la función asistencial de los derechos económicos derivados de las crisis matrimoniales, lo que hace que la seguridad entendida en sentido asistencial sea, en nuestra opinión, cada vez menos susceptible de protección penal.

II.- 2. b. 2) Especial referencia a la “prisión por deudas”

La denominada “prisión por deudas” está prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, en cuyo artículo 11 se establece que

"Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

Se trata de un Pacto ratificado por el Estado español a través de instrumento publicado en el B.O.E. de 30 de abril de 1977, que hay

⁴⁸⁶ Igualmente aplicable a los artículos 487 bis y 487 del viejo Código Penal.

que interpretar conjuntamente con el artículo 10,2 y con el artículo 96,1 de la Constitución española; el primero cuando establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”; y el segundo al determinar que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” y sus disposiciones quedarán derogadas, modificadas o suspendidas, conforme a lo previsto en los tratados o en las normas del Derecho internacional.

En nuestra opinión, el debate sobre la consideración del delito de impagos como un supuesto de “prisión por deudas” es una cuestión abierta subyacente en la regulación de la figura, si bien, desde nuestra propuesta de interpretación restrictiva del bien jurídico, consideramos que no se trata de un supuesto de “prisión por deudas” por tres razones fundamentales:

1. Primero, porque en él se protege, como principal, según venimos manteniendo, un bien jurídico-penal legítimo (coincidiendo la protección para cónyuges y ex cónyuges con la del vigente delito de abandono de familia), cuyo carácter material o económico debe ser siempre entendido en sentido estrictamente asistencial (alimenticio), ligado a la necesidad personal y a la cobertura de las condiciones materiales básicas. Sólo de este modo puede dejar de entenderse que en el delito de impagos se protegen como bien jurídico meras deudas civiles, cuyo incumplimiento se sanciona con pena privativa de libertad.

2. En segundo lugar, porque no cabe imponer pena alguna por este delito, sin la concurrencia demostrada de la capacidad o posibilidad de pago de la persona obligada. En otro caso, quedaría

excluida la responsabilidad penal y, por tanto, la pena, lo que, como veremos, está lógicamente avalado por una doctrina y una jurisprudencia unánimes, aunque con diferentes argumentaciones⁴⁸⁷.

3. Tampoco se trata de un supuesto de “prisión por deudas” en la medida en que la figura delictiva contiene otro elemento que debe siempre valorarse como es el judicial (la desobediencia a la resolución judicial) o, dicho en términos de protección, porque también contiene, aunque de forma secundaria, la defensa del buen funcionamiento de los poderes públicos.

En la medida en que el bien jurídico no sea interpretado en un sentido estrictamente asistencial (como el propuesto) o en la medida en que tal interpretación vaya dejando de ser factible, se irá acentuando el carácter de mera deuda civil de las obligaciones económicas entre cónyuges y ex cónyuges (especiales, eso sí, por las relaciones humanas y sociales implicadas) y resultará prácticamente imposible no considerar la sanción penal de su incumplimiento como un supuesto de prisión por deudas, prohibido por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

⁴⁸⁷Entre las numerosísimas sentencias que hacen referencia en su desarrollo a “la prisión por deudas”, merecen ser destacadas dos Sentencias del Tribunal Supremo, como son la N° 1148, de 28 de julio de 1999 y la N° 185, de 13 de febrero de 2001, en las que, en referencia a la inconstitucionalidad del precepto como supuesto de “prisión por deudas”, el Tribunal llega a la conclusión de que no concurre, puesto que nadie es encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir la obligación, ya que “la norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento (“no poder cumplir”, solución a la que hade llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida “pudiendo hacerla”; como dice el Tribunal en la citada sentencia de 28 de julio de 1999, es bien distinto “no poder cumplir” y no “querer cumplir”.

A través de este aspecto se hace patente la gran tensión interna que conlleva la regulación de la figura (tal y como está configurada), entre lo delictivo y el ámbito privado, exclusivamente civil.

II.- 2. b. 3) El buen funcionamiento de los poderes públicos como bien jurídico secundario

Además de la seguridad económico-asistencial, en el artículo 227 (y antes en el artículo 487 bis) se protege, secundariamente, otro bien de carácter colectivo y público como es “el orden público”, “el principio de autoridad” o “la dignidad de la función pública”, entendida funcionalmente, es decir, como “el buen funcionamiento de los poderes públicos”, en la medida en que los poderes legítimos de una sociedad democrática ejercen una función de protección a la comunidad que merece y precisa el respeto de la ciudadanía⁴⁸⁸. En el precepto se protege en concreto el buen funcionamiento de la Administración de Justicia⁴⁸⁹, pero sin que en ningún caso ello suponga la utilización de un orden jurisdiccional para la ejecución de las sentencias de otro orden diferente⁴⁹⁰.

Esta protección añadida, aun no siendo la principal, marca la diferencia entre el delito tradicional de abandono de familia (ahora

⁴⁸⁸ VIVES ANTÓN T.S. y CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ªedición, 1996, p.787 y CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios...cit.*, 1996, p.2071; para MESTRE LÓPEZ, J. *op.cit.*, pp.20-21 y 49-50 el bien jurídico es “el principio de autoridad” como presupuesto para el mantenimiento del “orden público” y de la coexistencia social y pacífica, mientras que es el “principio de autoridad”, despojado de sus connotaciones autoritarias precedentes para JUANATEY DORADO C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Edit. Tirant lo Blanch, Colección los delitos, 1997, pp.37 y ss.

⁴⁸⁹ *Vid. supra* doctrina y jurisprudencia citadas, pp.241 y ss.

⁴⁹⁰Lo que en ningún caso sería posible según STC de 14 de diciembre de 1989; *vid.* también BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.25 y Nota 29, para quien no cabe fundamentar el delito en el principio de la tutela judicial efectiva.

regulado en el artículo 226), que carece de ella, y el de impago de pensiones (previsto en el vigente artículo 227).

Pensamos que el elemento que hemos denominado “judicial” no puede ser obviado, desde el momento en que las conductas típicas previstas en el artículo 227 (y anteriormente en el artículo 487 bis) quedan limitadas a los supuestos de incumplimiento de las prestaciones económicas reconocidas por los jueces y tribunales (resoluciones judiciales y convenios judicialmente aprobados) en los procedimientos matrimoniales de separación divorcio y nulidad⁴⁹¹. Su importancia constitucional como bien jurídico queda determinada por el artículo 118 de la Constitución al establecer 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”.

En el delito de impagos, tal y como hemos venido manteniendo, la protección de este bien es secundaria, pues entendemos que la figura delictiva es una de inasistencia familiar, conyugal y postconyugal.

Consideramos, además, que la entidad con la que el ataque al bien protegido está valorada es a un nivel similar al de las faltas, por varias razones:

Por un lado, porque para apreciar el delito de impagos no es necesaria la concurrencia de los requisitos de la desobediencia grave, especialmente, del requerimiento formal y legal de pago de las obligaciones pertinentes a la persona que tenga el deber de cumplirlo, bastando la notificación y no siendo preciso un apercibimiento

⁴⁹¹Al igual que en los procesos de filiación y alimentos de los hijos, también previstos en el artículo 227, pero que no son objeto de nuestro estudio.

expreso previo de incurrir en delito⁴⁹². Como veremos, la notificación de la orden tiene en los impagos un carácter menos estricto que en la desobediencia, resultando suficiente la notificación del auto, de la sentencia o del convenio, cuando es manifiesto el conocimiento real de la orden que se debe acatar y que no se obedece. Tampoco podría explicarse teniendo en cuenta las penas previstas para cada una de las figuras delictivas (más similares tras la reforma de noviembre de 2003⁴⁹³), puesto que los impagos serían entonces un supuesto privilegiado de desobediencia de difícil justificación.

Por otro lado, porque no siendo automática la consideración como “grave” de la desobediencia basada en la importancia del órgano del que emana la orden - en este caso, la autoridad judicial (pues ni es el único criterio, ni el más importante para diferenciar entre el delito y la falta⁴⁹⁴)- lo cierto es que la desobediencia judicial en materia familiar ha sido considerada “leve” por el Código penal en numerosas ocasiones, como lo demuestran las faltas, en las que se incumplen decisiones judiciales, de los artículos 618,2, (introducida

⁴⁹²Además de los otros requisitos, exigidos por una constante jurisprudencia, como: a) la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones; b) que tal orden o mandato imponga al particular una conducta activa o pasiva indeclinable o de estricto cumplimiento; c) que sea conocida, real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarla; y d) la negativa u oposición voluntaria y obstinada al cumplimiento de la orden o mandato con la finalidad de desprestigiar el principio de autoridad, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *op.cit.*, p.15 y Nota 9 y PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal... cit.*, 4ªedic., 2005, pp.2466-2467.

⁴⁹³Prisión de 6 meses a 1 año para el delito de desobediencia (sin la opción de la multa) y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos, y multa de 10 a 60 días para la falta desobediencia leve.

⁴⁹⁴La diferencia entre el delito y la falta, entre la desobediencia “grave” y la “leve”, sigue estando caracterizada por la relatividad circunstancial, destacando entre otros criterios de distinción: el de la reiterada y manifiesta oposición, el de la grave actitud de rebeldía, la relevancia de la materia o del funcionario o el desprestigio que comporta la desobediencia,... etc, *vid. supra* pp.167-168 y JUANATEY DORADO C., *op.cit.*, pp.64 y ss; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. y MENDOZA BUERGO, B., *op.cit.*, p.2624 y PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal...cit.*, 2005, p.2467.

por la reforma de 25 de noviembre de 2003) y 622⁴⁹⁵.

En la regulación vigente, esta doble protección (principal y secundaria) podría permitir explicar que la pena de los impagos (artículo 227) sea algo más grave que la correspondiente al delito de inasistencia familiar (artículo 226), sin prejuzgar la solución de otros supuestos diferentes en los que, por ejemplo, una vez no constatada la inasistencia, pueda aplicarse sólo el delito de desobediencia (artículo 556) o que, habiendo inasistencia, quepa apreciar conjuntamente, en concurso ideal, los delitos del artículo 227 y del artículo 556, una vez constatada la concurrencia de los requisitos específicos ya señalados para poder aplicar el precepto de la desobediencia grave.

Capítulo III.- Caracterización general y elementos del delito

Introducción

En este Capítulo expondremos primero las características generales del delito, para pasar a tratar las diferentes problemáticas que se suscitan en cada uno de los elementos de la infracción penal. Dejamos para el Capítulo IV lo relativo a la penalidad y las consecuencias jurídicas, incluyendo la reflexión sobre la necesidad actual de pena para los impagos tras más de veinte años de criminalización.

⁴⁹⁵ LAURENZO COPELLO, P., “El impago...”*cit.*, p.780, en referencia al viejo artículo 584,6 del Código penal. Resaltando la diferente trascendencia y calificación penal de las diversas manifestaciones de incumplimiento de las resoluciones judiciales, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *op.cit.*, pp.11 y ss.

III.- 1. Caracterización general del delito

III.- 1. a. Delito pluriofensivo

Por lo dicho a propósito de sus bienes jurídicos protegidos, el delito del artículo 227 constituye, en nuestra opinión y a los efectos de nuestra investigación, una figura “pluriofensiva”, en la que se protegen dos bienes:

- uno principal y de carácter individual, como es la seguridad económico-asistencial de cónyuges y ex cónyuges,

- y otro secundario de carácter colectivo: el buen funcionamiento de los poderes públicos.

III.- 1. b. Delito autónomo

En relación con el abandono de familia previsto en el artículo 226, pensamos que se trata de un delito “autónomo” o independiente de inasistencia familiar y derivada de las relaciones familiares.

Desde nuestra perspectiva, existe entre ellos una coincidencia sólo parcial del bien jurídico protegido (asistencial familiar y derivado de las relaciones familiares) y de los sujetos pasivos (cónyuges e hijos, pero no ascendientes ni descendientes). El elemento judicial, con la consecuente protección adicional del buen funcionamiento de los poderes públicos y los plazos legales previstos para algunos de los supuestos del artículo 227 son, en nuestra opinión, los elementos diferenciadores fundamentales entre un delito y otro.

III.- 1. c. Delito especial propio

En función de los sujetos activos, y por lo que al elemento familiar se refiere, hay que decir que se trata de un delito “especial propio”.

Es “especial” porque sólo pueden ser autores del mismo determinados y muy limitados sujetos activos, aquellos que poseen las condiciones específicas requeridas por la ley⁴⁹⁶, como en este caso son los cónyuges y excónyuges judicialmente obligados al pago de determinadas prestaciones económicas derivadas de los procedimientos de crisis matrimonial.

Es un delito especial “propio” porque carece de correspondencia con un delito común que pueda cometer cualquiera que no reúna los requisitos especiales exigidos por la ley⁴⁹⁷.

También hay quien lo considera un delito de propia mano, del que sólo pueden ser autores quienes incumplen un deber personal⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, pp.14 y 47.

⁴⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Ibid.* p.31.

⁴⁹⁸ *Vid.* en relación al viejo Código FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6744 y DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, 2ª edic., p.52; en relación al Código de 1995 *vid.* CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.51 y RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, 1997, p.79.

III.- 1. d. Delito de omisión pura o propia

Se trata de un delito conceptualizado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia como una omisión propia o pura, ya que para su comisión es preciso un no hacer algo normativo y, en este caso, también judicialmente exigido, como es dejar de pagar las prestaciones debidas, sin que sea necesaria la producción de un resultado material separable espacio-temporalmente de la omisión.

También es valorado como una “omisión pura de garante”, dado que sólo es realizable por un círculo de sujetos específicos con deberes especiales (no genéricos), lo que les otorga una “posición individual cualificada de responsabilidad”, una posición de “garantía”⁴⁹⁹.

III.- 1. e. Delito permanente

Compartimos la interpretación de la jurisprudencia

⁴⁹⁹ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*, 1996, p.306 y 2004, p.377 y SAP de Barcelona (8ª), de 23 de febrero de 2000.

mayoritaria⁵⁰⁰ y de un sector de la doctrina⁵⁰¹ de que los impagos, en su modalidad de tracto sucesivo, son un delito permanente, al igual que el tradicional de abandono familiar. Se configura, en efecto, sobre la base de un comportamiento omisivo inicial que perfecciona el delito tras la realización de dos impagos mensuales consecutivos o cuatro alternos, pudiendo mantenerse por un tiempo más o menos prolongado a voluntad del autor. Ello permite, en nuestra opinión, canalizar adecuadamente los impagos de tracto sucesivo por plazos superiores a los legales, como veremos en su momento con más detalle.

III.- 2. El tipo del injusto

En la línea tradicional de los delitos contra la asistencia familiar⁵⁰², el vigente artículo 227 (y antes el viejo artículo 487 bis) es una norma penal en blanco impropia⁵⁰³, no tanto por la remisión obligada que conlleva a la normativa extrapenal civil y procesal-civil relativa a las crisis matrimoniales y los procedimientos correspondientes⁵⁰⁴, (lo que podría ser interpretado como una remisión

⁵⁰⁰ Así lo recogen LLARÍA IBÁÑEZ, B., *Doctrina Penal...cit.*, pp.285-286; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. y MENDOZA BUERGO, B., *Código Penal cit.*, pp.1275 y 1276 y ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., y ROIG TORRES, M., *Derecho Penal. Parte Especial, Esquemas*, T. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.115 y, entre otras muchas sentencias cabe destacar: la SAP de Madrid (5ª), de 24 de julio de 2000; la SAP de Vizcaya (2ª) N° 435 de 9 de octubre de 2001; la SAP de Madrid (2ª) N° 419, de 25 de octubre de 2001; la SAP de Sevilla (7ª), N°107, de 7 de marzo de 2002; la SAP de Tarragona (2ª) N° 363, de 20 de mayo de 2002; la SAP de Madrid (23ª), de 28 de junio de 2005; la SAP de Barcelona (7ª) N° 114, de 23 de enero de 2007 y la y SAP de Pontevedra N°82, de 14 de abril de 2009. La Audiencia Provincial de Madrid, en acuerdo de 15 de mayo de 2007, lo consideró “delito permanente de tracto sucesivo acumulativo”.

⁵⁰¹ DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, 1ª edic. pp.70-75; GARCÍA PÉREZ, S., "Nota sobre..."*cit.*, p.225 y MAGRO SERVET, V., *op.cit.*, p.1634.

⁵⁰² POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de abandono...cit*, p.666.

⁵⁰³ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.78 y DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, 2ª edic., pp.53 y 54 y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J.M., *op.cit.*, p.256 respecto del artículo 487 bis.

⁵⁰⁴ A los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del Código Civil: el primero relativo a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (artículos 90 y

sólo necesaria para precisar el alcance y el sentido técnico de algunos términos *iusprivatistas* convertidos así en elementos normativos el tipo penal⁵⁰⁵), sino porque resulta obligado acudir a la normativa civil para terminar de dotar de contenido a la prohibición penal en el estricto sentido asistencial que venimos manteniendo.

III.- 2. a. Tipo objetivo

III.- 2. a. 1) Sujetos activos y pasivos

Como en el resto de los delitos contra los derechos y deberes familiares los sujetos activos son los familiares (o ex cónyuges) obligados, pero en este caso los pasivos son, además de las personas beneficiarias, el Estado⁵⁰⁶.

El artículo 227 hace referencia expresa a los “cónyuges”, es decir, a las personas vinculadas por una relación matrimonial (artículos 42 y ss Código civil) aunque, en realidad, se trate de “cónyuges” legal o judicialmente separados (puesto que en tales casos

101) y el segundo referente a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio (artículos 102 a 104), teniendo en consideración la reforma de algunos de estos artículos llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Y en el ámbito procesal a las Disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; artículos 741 y ss 1880 y ss de Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (incluida la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre la Reforma Urgente de la Ley); y los artículos 769 y ss. de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (Capítulo IV, del Título I (Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores) del Libro IV (Procesos especiales).

⁵⁰⁵ Punto de vista mantenido por LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, pp.75 y 76 y “Comentario...” *cit.*, p.1281.

⁵⁰⁶ JUANATEY DORADO, C., *op.cit.*, p.76.

el vínculo matrimonial se mantiene) y de “ex cónyuges”, en los casos de divorcio (aplicable de modo extensivo aunque incorrecto en los supuestos de nulidad).

Con LAURENZO COPELLO puede decirse que el término utilizado por la ley adolece de cierta imprecisión⁵⁰⁷, pero, puesto que se refiere al impago de las prestaciones establecidas en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, resulta necesario interpretar el término “cónyuge” en un sentido amplio, incluyendo en él también a los que han dejado de serlo por causa de divorcio o nulidad matrimonial⁵⁰⁸.

Los sujetos activos y pasivos son, por tanto, los cónyuges y ex cónyuges, respectivamente obligados y beneficiarios del pago de las prestaciones derivadas de los procedimientos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad.

Pese a la obvia igualdad jurídica y a la evolución social en materia de igualdad social, familiar y económica, no debería olvidarse, como dice HERRERA MORENO, el importante trasfondo victimológico que la mujer ha venido alcanzando en esta conducta delictiva, pues atendiendo al perfil prototípico “se descubre a un ama de casa, sin formación laboral o profesional ni expectativas de trabajo, con hijos

⁵⁰⁷ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.74 y “Comentario...” *cit.*, p. 1280 y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 14^a edic. 2009, p.343 al expresar también su posicionamiento crítico “respecto del cónyuge en los matrimonios legalmente disueltos y nulos, pues queda resuelto disuelto el vínculo matrimonial, las partes son ex-cónyuges, por lo que debió utilizarse otra fórmula”.

⁵⁰⁸ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 1996, p.306 y 2004, p.377; GARCÍA ARÁN, M., *Comentario... cit.*, 2004, p.588 y MORETÓN TOQUERO, M^a A., *op.cit.*, p.24. El Código civil, al regular la separación, el divorcio y la nulidad, utiliza los términos “cónyuges” y “contrayentes”, sin hacer referencia expresa al término “ex cónyuges”, pese a lo cual creemos que este último vocablo es más expresivo y preciso porque ayuda a diferenciar los supuestos en los que el vínculo matrimonial aún se mantiene de aquellos otros en los que ya no existe por disolución del vínculo (divorcio) o porque ya no existe (nulidad).

convivientes a su cargo, y que padece el desamparo durante un período mucho más amplio que el que genéricamente establece el delito”⁵⁰⁹.

Por otro lado, como dice BERNAL DEL CASTILLO, el cónyuge o el ex cónyuge sólo será considerado sujeto pasivo del delito cuando sea directamente el beneficiario de la prestación y tenga derecho a ella, pero no “cuando reciba materialmente la prestación en nombre de los hijos, ostentando éstos entonces dicha cualidad. En este supuesto, el cónyuge solamente podrá instar la persecución del delito en favor de sus hijos cuando sea su representante legal, según expone el artículo 228 del Código penal, de acuerdo con las normas civiles reguladoras de la representación legal de los hijos menores no emancipados”⁵¹⁰.

No son, por consiguiente, sujetos del delito y quedan fuera del tipo:

1. Los cónyuges no separados o aquéllos que lo estén solamente de hecho, extrajudicialmente⁵¹¹. Si éstos dejan de prestar “la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento”, en caso de necesidad del otro cónyuge, pueden incurrir en el delito del segundo inciso del párrafo primero del artículo 226.

⁵⁰⁹ HERRERA MORENO, M., *op.cit.*, p.219. Recordemos que según SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P. *op.cit.* pp.76-78 en el 96% los incumplidores son los maridos y que el 63% de las mujeres afectadas son amas de casa que no desempeñan actividad remunerada. También su consideración como “violencia de género” por MUÑOZ FERNÁNDEZ, S.; OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., *op.cit.*

⁵¹⁰BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.68. No resultan excluidos del artículo 227, pero sí de nuestro estudio, los progenitores y/o padres y madres como sujetos activos y los hijos/as como pasivos (matrimoniales o no) incursores en los procedimientos de filiación y de alimentos.

⁵¹¹ De forma totalmente privada o, por ejemplo, con convenio firmado ante Notario, *vid.* DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.55, FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis penal...cit.*, pp.247-248 y GARCÍA ARÁN, M., *El impago de pensiones... cit.*, p.20 y *Comentarios...cit.*, 2004, pp.594.

2. Los ex miembros de las parejas de hecho que incumplan las prestaciones económicas asociadas a la crisis de sus relaciones, a los que tampoco puede aplicarse el artículo 226 por no ser o no haber sido “cónyuges”. Ello evidencia la exclusión de la protección penal del otro modelo de pareja social y jurídicamente relevante que hoy convive con el matrimonio en el contexto plural de modelos de familia y de pareja, como son las uniones estables de pareja. Por ser éste, en nuestra opinión, un tema importante le dedicaremos la parte III de nuestra investigación, a la que nos remitimos.

Desde el momento en que sólo determinados sujetos - los cónyuges y los ex cónyuges - pueden ser los sujetos activos, y puesto que se trata de una figura que no tiene correspondencia con otra común, puede afirmarse, como ya lo hemos hecho, su carácter de delito “especial propio”, con los correspondientes efectos en la autoría y participación, que serán tratados más adelante.

III.- 2. a. 2) Conducta típica

Según los párrafos primero y segundo del artículo 227, las modalidades de conducta típica que nos interesan consisten en “dejar de pagar” al “cónyuge” “cualquier tipo de prestación económica” “establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial”, durante dos meses consecutivos, cuatro no consecutivos o cualquier otra establecida de forma conjunta o única, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad matrimonial.

Puesto que la conducta consiste en un “no hacer” normativamente desvalorado, en un dejar de pagar prestaciones judicialmente controladas, sin tener asociada la producción de un resultado material separable espacio-temporalmente, nos

encontramos, como ya hemos avanzado, ante un tipo de omisión pura o propia.

Como tal clase de delito, implica, la existencia de uno o varios deberes de acción, en este caso de pago y obediencia, que integran junto a la situación de necesidad del cónyuge o ex cónyuge, la situación típica de esta omisión, a la que hay que añadir la infracción de los deberes, los impagos (como no realización de la acción esperada) y la capacidad o posibilidad de cumplimiento de los mismos.

III.- 2. a. 2) a) La situación típica: los deberes de pago y obediencia en los supuestos de necesidad

La situación típica es el punto de partida en los delitos de omisión, el supuesto del que parte el legislador y del que deriva uno o varios deberes de acción para el sujeto activo⁵¹².

En nuestra opinión, la situación típica del artículo 227 la conforman los deberes de pago de las prestaciones económicas derivadas de los procedimientos de separación, divorcio y nulidad que, a su vez, conllevan el deber de obediencia a las resoluciones judiciales, y la situación de necesidad en la que debe encontrarse el cónyuge o ex cónyuge.

III.- 2. a. 2) a) a)1. El deber de pago de las prestaciones económico-asistenciales derivadas de las crisis matrimoniales

⁵¹² HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1980 y SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, el delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, pp.283 y ss.

En las crisis matrimoniales, tras el cese de la convivencia, los derechos y a la vez deberes matrimoniales⁵¹³ se transforman en otros más restringidos, de carácter fundamentalmente económico, que el Código Civil regula en sus artículos 90 a 101 como "efectos comunes" a los supuestos de separación, divorcio y nulidad. Según GARCÍA RUBIO, "en las situaciones de crisis matrimonial derivadas de la separación legal o de hecho el deber de socorro se mantiene, pero se traduce ahora en la obligación legal de alimentos entre cónyuges sancionada en los artículos 142 y sigs. del CC. Disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio o la declaración de nulidad del matrimonio (...), en el ordenamiento jurídico español desaparece también el deber de mutuo socorro entre los esposos, que ya nada pueden recíprocamente exigirse – salvo que aparezca otro concepto económico distinto, el de pensión o indemnización, derivado precisamente de la quiebra del matrimonio"⁵¹⁴.

Nos encontramos, por tanto, con tres tipos de crisis matrimoniales -las separaciones, los divorcios y los supuestos de nulidad- de las que se derivan, como es propio en el ámbito de las relaciones familiares, por un lado deberes y, por el otro, derechos.

Las separaciones matrimoniales pueden conllevar deberes alimenticios y compensatorios, según los artículos 90, 97, 99 y 142 y siguientes del Código Civil. Los divorcios sólo pueden fundamentar

⁵¹³ Como el de convivencia y domicilio conyugal (artículos 68 y 70), el de fidelidad (artículo 68), mutua ayuda y socorro ((artículos 67 y 68) el de respeto y el de actuación en interés de la familia (artículo 67) y el de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo (artículo 68), introducido por la reforma 15/2005, de 8 de julio.

⁵¹⁴ GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, p.25 (y Nota 16) y también ONECHA Y SANTAMARÍA, C., *op.cit.*, pp.171-178 (esp. 178).

deberes compensatorios, con base en los artículos 97 y 99 del Código Civil, mientras que la nulidad matrimonial únicamente puede dar lugar al deber de indemnización previsto en el artículo 98 del Código civil.

Cada uno de estos deberes y derechos se concreta mediante el ejercicio de la correspondiente acción civil reconocedora, en su caso, de un deber de pago de prestaciones económicas periódicas (alimenticias y compensatorias) o de prestaciones económicas únicas, como en los supuestos compensatorios previstos en el artículo 99 y en los casos de indemnización por nulidad matrimonial.

Para el texto del artículo 227, en relación a los cónyuges, la existencia de cualquiera de estos deberes de pago derivados de los procedimientos matrimoniales conformaría la situación típica. Como el artículo no exige ningún otro requisito ni establece ninguna restricción, una interpretación literal y puramente formalista del mismo, permite entender la realización de la situación típica mediante el incumplimiento por el sujeto obligado de cualquier deber de pago, tenga o no éste un carácter estrictamente asistencial.

En nuestra opinión, existe, sin embargo, una falta de correspondencia entre los deberes de pago cuyo incumplimiento se incrimina (que por estar previstos sin cortapisa, calcando la regulación civil, pueden ser tanto asistenciales como no) y la seguridad estrictamente asistencial, que desde nuestra perspectiva debe proteger el precepto⁵¹⁵.

Como veremos al analizar las prestaciones objeto material

⁵¹⁵ A diferencia del delito de impagos de la IIª República, cuya conducta típica estaba limitada al impago de los alimentos derivados de divorcio, por lo que había una correspondencia entre el deber de pago y el derecho a percibir una prestación estrictamente asistencial.

del delito, el deber de alimentos es clara e indiscutidamente asistencial, al tener como presupuesto la situación de necesidad del alimentista (siempre que no haya sido provocada). Más controvertido es el carácter asistencial del deber de pago de las prestaciones compensatorias y mucho más aún el de las indemnizaciones por nulidad.

Tratando de dar coherencia a la protección penal de la asistencia económica conyugal y postconyugal (procurando evitar la incongruencia de proteger con mayor amplitud a los ex cónyuges que a los cónyuges) y con la finalidad de no convertir al Derecho Penal en un mero instrumento para el mantenimiento del nivel de vida de los cónyuges separados o de los ex cónyuges, pensamos, en efecto, que los deberes del artículo 227 deberían reducirse a los estrictamente asistenciales: es decir, a los alimenticios y también a los compensatorios e indemnizatorios, pero en estos dos últimos supuestos, sólo cuando en el caso concreto puedan cumplir una función estrictamente asistencial o alimenticia.

De lege ferenda habría que caminar por tanto, hacia la conformación de un tipo que integrara en la situación típica la concurrencia de la “situación de necesidad” de la persona beneficiaria⁵¹⁶, entendiendo por tal, como en los alimentos, la carencia de los bienes elementales para la vida o la extrema dificultad

⁵¹⁶ BUSTOS MORENO, Y., *op.cit.*, p.182-184 y PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.47, quien, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 sin exigir el requisito, explica dicha ausencia con base en el sentido colectivo de los deberes infringidos y en los efectos contraproducentes del aumento de los requisitos típicos, PÉREZ MANZANO, M. “El impago de prestaciones...”*cit.*, pp.226-227. También admiten la posibilidad de una interpretación restrictiva asistencial: BOIX REIG, J., *op.cit.*, p.175; BUSTOS RAMÍREZ, J., *op.cit.*, p.79; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004,p.595 y GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “El incumplimiento...”*cit.*, pp.107-108 y 120.

en conseguirlos sin poder cambiar la situación que padece y sin que deba llegar a ser necesaria la constatación de una estricta indigencia.

De lege data el Código no incluye ninguna exigencia expresa sobre la necesidad de la persona beneficiaria, a diferencia del artículo 226 (que requiere explícitamente la situación de “necesidad” del sujeto pasivo no constatada mediante una previa intervención judicial)⁵¹⁷; ni tampoco hace referencia alguna a la capacidad de pago del cónyuge o ex cónyuge obligado. Ahora bien, puesto que ambas son circunstancias ya valoradas por el juez civil al determinar o declarar la deuda ⁵¹⁸, a efectos penales pueden entenderse como presupuestos del deber asistencial ⁵¹⁹. Desde una perspectiva no meramente formal del injusto pensamos que éste debería ser, por ello, el punto de partida siempre a constatar por el/la juez penal, valorando en el caso concreto el carácter asistencial o no del deber de pago y teniendo también en consideración otras circunstancias sobrevenidas que puedan incidir en la obligación y que no hayan sido recogidas en la

⁵¹⁷ Existe un larga jurisprudencia en la que predominan claramente las sentencias que no exigen la situación de necesidad del sujeto pasivo, como entre otras muchas: la STS Nº 185, de 13 de febrero de 2001 y la la SAP de Vizcaya de 30 de abril de 1998; la SAPSS de 18 de junio de 1999; la SAP de Madrid de 10 de julio de 2000; la SAP de Palencia Nº 14, de 20 de febrero de 2001; la SAP de La Rioja Nº 110, de 18 de enero de 2002; La SAP de Barcelona de 24 de enero de 2002; la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004; la SAP de Madrid, de 4 de febrero de 2004; la SAP de Huesca Nº 101, de 26 de mayo de 2005; la SAP de Castellón de 4 de enero de 2006. Pero también existen otras sentencias en las que se exige la acreditación de una situación de necesidad en el sujeto pasivo, como entre otras muchas: la SAP de Tarragona de 10 de septiembre de 1998; la SAP de Segovia de 31 de diciembre de 1998; la SAP de Alava de 12 de mayo de 1999; la SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2000; la SAP de Madrid, de 31 de julio de 2001; la SAP de Tarragona de 21 de diciembre de 2004; la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de noviembre de 2009. *Vid.* también PARDO GONZÁLEZ, Y., “Delitos de impago de pensiones”, en *Mujer y Justicia, Estudio de la Jurisprudencia desde la perspectiva de género*, XV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Madrid, 2001), edic. a cargo de M^aJ. VARELA PORTELA, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002, p.112.

⁵¹⁸CASTIÑEIRA PALOU, *M^a T.*, p.175 señala la frecuencia con la que los tribunales prestan atención a la capacidad de pago de la persona obligada, sin que importe el grado de afectación a los beneficiarios.

⁵¹⁹ Y no el resultado del delito, *vid.* GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.592.

resolución civil, como las variaciones en la capacidad o posibilidad de pago de la persona obligada.

III.- 2. a. 2). a) a)2. El deber de obediencia a las resoluciones judiciales en los procedimientos matrimoniales

Pese a la gran importancia de la autonomía privada sobre los efectos derivados de las demandas y sentencias de nulidad, separación y divorcio⁵²⁰, aún mayor tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio⁵²¹, son los jueces civiles de familia los encargados de supervisar o establecer las diversas obligaciones conyugales y postconyugales (como las económicas y asistenciales) en resoluciones de obligado cumplimiento para las partes, tanto si éstas las han acordado en “convenio”, que debe ser “judicialmente aprobado”, como si no lo han hecho, en cuyo caso serán determinadas directamente a través de “resolución judicial”, en referencia en el primer caso a los supuestos consensuales o de mutuo acuerdo y en el segundo a los contradictorios o contenciosos.

Puesto que la intervención judicial en el ámbito mencionado es insoslayable y dado que el delito se comete mediante el incumplimiento de las obligaciones económico-asistenciales, establecidas en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, de ello y de la general obligatoriedad de las decisiones judiciales en el ejercicio de sus funciones, según artículo 118 de la CE, se deriva el deber de obediencia a las resoluciones judiciales adoptadas en los

⁵²⁰ Los cónyuges pueden convenir los efectos a través del "convenio regulador" (artículos 81, 86 y 90 del Código Civil) siempre que sean respetados los principios constitucionales de igualdad (artículo 14 y 32 de la Constitución Española) y, en su caso, la protección de los hijos (artículo 39).

⁵²¹ MARÍN LÓPEZ, M.J., *op.cit.*, p. 227, quien destaca el mayor carácter dispositivo en materia de prestaciones compensatorias.

procesos matrimoniales⁵²².

El término legal “resolución judicial” comprende, según opinión compartida, además de las sentencias, los autos relativos a las medidas provisionales, si se hubiesen acordado⁵²³, sobre los que volveremos al tratar de los objetos materiales del delito, debiendo recordar, como lo hace el TS en su sentencia N° 937, de 21 de noviembre de 2007, que “la escritura pública” no es resolución judicial.

En opinión compartida el deber de pago nace en estos casos con la notificación de la resolución (auto o sentencia) en la que se haya fijado la cuantía correspondiente y es a partir de este momento cuando puede decirse que la deuda es exigible y que el sujeto activo obtiene el conocimiento de sus obligaciones⁵²⁴.

Se suscita la polémica de si es o no necesaria, a efectos penales, la firmeza de las resoluciones civiles, especialmente de las

⁵²² Quedan al margen del precepto los deberes económico-asistenciales matrimoniales no controlados judicialmente (separaciones de hecho).

⁵²³ Medidas que el/la juez puede adoptar tras la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad con base en los artículos 102 y ss del Código Civil, en las que han de determinarse, entre otros efectos, la contribución a las cargas del matrimonio aún existente, (incluidos los alimentos). A favor de la admisión de “los autos” dentro del término de “resolución judicial” se pronuncian BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.* p.81; CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.54; DE VEGA RUIZ, J.A., *La prisión por deudas... cit.*, 1994, p.55; FLORS MATÍES, J., “Sobre el delito...” *cit.*, pp.6748 y 6749; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal ...cit.*, 2004, p.594; GÓMEZ PAVÓN, P., “EL impago...” *cit.*, p.301 y GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “El incumplimiento...” *cit.*, p.102, LAURENZO COPELLO, P., “El impago...” *cit.*, p.798, *Los delitos... cit.*, p.77 y “Comentarios...” *cit.*, p.1282 y la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, según su Circular 2/90.

⁵²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.82 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.78 y “Comentario...” *cit.*, p.1282. La SAP Sevilla de 15 de Marzo de 2000 y la SAP Badajoz de 2 de junio de 2000 mantienen que cuando no se hayan dictado medidas provisionales y la sentencia obligue al pago de cantidades con efectos retroactivos, el delito sólo pueda apreciarse a partir de la misma, pues la naturaleza penal del impago comienza tras la fijación por la resolución de una cantidad mensual, sin que constituyan ilícito penal los impagos anteriores.

sentencias ⁵²⁵ (cuando éstas son recurridas) pues se trata de un requisito que el precepto penal no exige y que plantea el conflicto entre una mayor garantía y seguridad jurídica para la persona obligada y una dilación en la tutela de los derechos asistenciales. En nuestra opinión debe priorizarse la protección de las situaciones de desamparo imaginables, junto a la conveniencia de no favorecer posibles pretensiones dilatorias⁵²⁶.

No es un requisito legal expreso y, en opinión unánime, no resulta necesario el requerimiento formal de pago, a diferencia del delito de desobediencia.

En el caso de la pensión compensatoria el deber de pago se extingue con el derecho a la misma, según el artículo 101 del Código Civil, cuando cesa la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona (no por muerte del deudor).

En el deber de alimentos las causas de extinción tasadas en los artículos 150 y 152 del Código Civil son, entre otras, la muerte de la persona obligada o la muerte del alimentista, la reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, o cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino, o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Los deberes persisten según lo dictaminado por la resolución

⁵²⁵Pues los autos de las medidas provisionales no son recurribles en sentido estricto y son directamente ejecutivos, manteniendo sus efectos hasta la sentencia.

⁵²⁶ En igual sentido CERES MONTES, J.F. *op.cit.*, pp.55-58; FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6749; y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.78 y "Comentario..." *cit.*, p.1282; a favor de la firmeza se manifiesta BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.82 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la STS N° 185 de 13 de febrero de 2001.

civil correspondiente, por lo que no hay que olvidar la posibilidad siempre abierta de modificar las medidas acordadas cuando varíen sustancialmente las circunstancias, según la fortuna de las partes implicadas (artículos 90,3, 91 *in fine*, 100) o cuando (conforme al artículo 147 del Código Civil) aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista o la fortuna del alimentante.

III.- 2. a. 2) b) La capacidad de pago

Que la persona obligada deba poder hacer frente efectivamente a su obligación económica, a su deber de pago, es otro aspecto de la omisión con especial trascendencia para el delito de impagos por su relación con “la prisión por deudas” de la que en ocasiones se acusa al precepto regulador del mismo⁵²⁷.

Puesto que ni el vigente artículo 227, ni el viejo artículo 487 bis, han venido haciendo referencia expresa a este requisito, ha resultado preciso interpretarlo de acuerdo con las reglas generales⁵²⁸.

Al tratarse, ciertamente de obligaciones establecidas judicialmente la capacidad de pago queda, en principio, valorada en la resolución judicial civil que determina la deuda y su cuantía, pero cabe admitir la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que no hayan

⁵²⁷ Por ello insisten en la exigencia de la rigurosa prueba de la capacidad económica de la persona obligada para afrontar la deuda (para evitar los riesgos de “prisión por deudas”) CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal. Parte Especial, 1999, p.341; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., op.cit., p.753 y MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 1999, p.298.

⁵²⁸ Recordemos que el viejo delito de abandono de familia del artículo 487 recogía la expresión “pudiendo hacerlo”, que fue suprimida en la reforma de 1989, quedando así igualada, desde entonces, la regulación de las figuras de abandono y de impagos (al igual que en los Proyectos de Código). Por su lado, el artículo 34 de la Ley de divorcio republicana hablaba de dejar de pagar “culpablemente”.

podido tenerse en cuenta y que imposibiliten el pago de manera parcial o absolutamente.

Si las circunstancias no varían, pensamos con GARCÍA ARÁN que ha de darse por buena la valoración judicial de la capacidad, pues “con ello el juez penal no efectúa una presunción *contra reo* (...) sino que parte de un hecho probado en otro orden jurisdiccional, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico y cosa juzgada⁵²⁹”.

Pero si existen circunstancias sobrevenidas que afecten a la capacidad de pago de la persona obligada (además de la posibilidad de instar un cambio de medidas en la vía civil,) el juez penal deberá poder siempre valorar la incapacidad de pago en el caso concreto, evitando así la responsabilidad objetiva y “la prisión por deudas”⁵³⁰.

Aunque existe un pleno consenso doctrinal y jurisprudencial en eximir de pena a la persona obligada carente de medios durante el tiempo de posible incumplimiento, no lo hay ni sobre la categorización

⁵²⁹ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios.....cit.*, 2004, p.590.

⁵³⁰ Superada la corriente jurisprudencial que rechazaba la prueba de la insolvencia de la persona obligada por entender que era una cuestión sólo pertinente y alegable en vía civil (*vid.* LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.80 y “Comentario...“*cit.*, p.1284) son muy numerosas las sentencias en las que se hace referencia a la capacidad económica de la persona obligada, admitiéndola o no, según los casos, y alegando en ocasiones falta de acreditación; así, por ejemplo: las STS de 13 de febrero de 2001 (Nº185) y de 8 de noviembre d 2005 (Nº1301) y la SAP de Pontevedra de 25 de enero de 1996; la SAP de Zaragoza de 26 de febrero de 1997; la SAP de Madrid (5ª) de 13 de octubre de 1997; la SAP de Cádiz (5ª) de 14 de noviembre de 1998; la SAP de Barcelona (2ª) Nº 928, de 11 de noviembre de 1998; la SAP de Málaga (3ª) de 3 de mayo de 2000; la SAP de Castellón (3ª) Nº16, de 27 de enero de 2003; la SAP de Madrid 82ª) Nº252, de 6 de mayo de 2003; la SAP de Cantabria 8ª) Nº57, de 29 de julio de 2004; la SAP de Madrid (3ª) Nº378, de 12 de julio de 2005; la SAP de Valencia (1ª) Nº594, de 18 de octubre de 2006; la SAP de Madrid (3ª) Nº378, de 20 de noviembre de 2005; la SAP de Toledo (1ª), de 30 de marzo de 2010); la SAP de Madrid (7ª) Nº378, de 12 de abril de 2010; la SAP de Barcelona (2ª), de 15 de mayo de 2010; la SAP de Murcia 85ª), de 24 de mayo de 2010 y la SAP de Islas Baleares (2ª), de 16 de julio de 2010.

dogmática de la causa de exención penal, ni sobre la parte en que debe recaer la carga probatoria de la incapacidad o imposibilidad de pago.

En nuestra opinión, hay que distinguir entre los supuestos de sobrevenida imposibilidad total o absoluta de pago o carencia total y permanente de medios por parte del cónyuge o ex cónyuge que no pueda automantenerse (insolvencia) los cuales, en nuestra opinión, serían atípicos⁵³¹, y los supuestos de sobrevenida incapacidad o carencia relativa en los que el cónyuge o excónyuge deudor disponga sólo de algunos medios, los indispensables para cubrir sus propias necesidades vitales, que encauzamos, como veremos, a través del estado de necesidad disculpante o de la no exigibilidad de una conducta distinta⁵³².

Se trata de una cuestión que el juez deberá valorar en cada caso concreto, debiendo verificarla con el auxilio de los expertos que considere oportunos y sin que deba conformarse con la mera manifestación de insolvencia. Con la SAP de Cantabria (1ª) N°75, de 17 de septiembre de 1998 puede decirse que las posibilidades económicas han de deducirse de circunstancias tales como: el importa mínimo de la prestación, las posibilidades de trabajo que tenga, el esfuerzo en conseguirlo, su salud, la cualificación laboral, la situación económica de la zona y la actitud adoptada por el sujeto en orden al pago. No debe admitirse la alegación de incapacidad de pago, cuando, ésta se deriva de una acción voluntaria del obligado, como es abandonar voluntariamente su actividad laboral (teniendo la

⁵³¹ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp.75-76 y LAURENZO COPELLO, P., Los delitos... *cit.*, p.79 y ss y “Comentario...”*cit.*, p.1283, quienes consideran los supuestos de imposibilidad de pago como causas de atipicidad, por incapacidad personal de acción.

⁵³²Con PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.49, cuando el conflicto es entre cónyuges o ex cónyuges.

posibilidad de continuar en ella), pues en tal caso se dejaría el cumplimiento del deber a la pura merced de la persona obligada⁵³³.

En cuanto a la carga de la prueba de la capacidad o de la imposibilidad de pago: ¿a quién corresponde? ¿a la persona obligada o a la beneficiaria? Se trata de una cuestión también polémica en la que caben (y se dan) las dos respuestas posibles, con razonamientos diferentes.

Así, mientras que la jurisprudencia mayoritaria, la Fiscalía General y parte de la doctrina mantienen que la persona obligada es quien debe aportar la prueba de su incapacidad económica - fundamentalmente porque la resolución civil determina en principio la capacidad de pago y también porque se entiende que quien alega la causa de justificación o de exculpación es quien debe probarla⁵³⁴- otra parte de la jurisprudencia y de la doctrina mantienen lo contrario: que es la acusación quien ha de demostrar la capacidad de pago, por tratarse de un elemento fundamentador de la tipicidad de la conducta⁵³⁵.

Desde esta perspectiva parece coherente que sea la persona obligada quien haya de cargar con el peso de la prueba, teniendo en

⁵³³ Así la STS nº1350, de 8 de julio de 2002 y la SAP de Sevilla de 5 de julio de 2000.

⁵³⁴ FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.653; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.591; la CIRCULAR 2/1990 de la Fiscalía General del Estado y la STS de 13 de febrero de 2001; la SAP de Toledo de 2 de octubre de 2000; la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2001 y la SAP de Islas Baleares de 19 de febrero de 2002, entre otras muchas.

⁵³⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp.75-76, para quien es garantía del principio de presunción de inocencia; *vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pp.2 y ss y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.81 y ss y "Comentario..."*cit.*, p.1285. Mantiene un planteamiento similar, por razones prácticas, VIDORRETA RUIZ, M., "Comentarios al artículo 227 del Código Penal de 1995", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 62, Madrid, 1997, p.508.

cuenta que la declaración de capacidad económica de la resolución civil es para el juez penal un punto de partida, una presunción de su concurrencia, hasta que se demuestre que por circunstancias sobrevenidas ya no es cierta. Tendrá que valorar también el hecho de si la persona obligada ha promovido o intentado promover en la vía civil la correspondiente modificación de medidas, si hay razones para ello, pudiendo así evitar su responsabilidad penal⁵³⁶.

Cosa distinta son los abusos fraudulentos a través de los cuales se trata de aparentar incapacidad económica, sustituyendo un trabajo habitual por cuenta ajena por uno autónomo de más difícil control en el plano económico, cambios de titularidad de los bienes propios, acuerdos con la empresa de ocultamiento del salario real, etc⁵³⁷. En tales casos podrían entrar en aplicación otros delitos, como el de alzamiento de bienes, tal y como veremos al tratar de la problemática concursal.

Cabe añadir que las obligaciones asistenciales, a efectos penales, no tienen un carácter solidario, ya que cada persona obligada tiene su propio deber y su omisión no puede quedar neutralizada por la ayuda de otras personas, sean éstas familiares o no. Como dice GARCÍA ARÁN, “aunque para el Derecho civil la obligación de alimentos entre parientes pueda reclamarse de forma solidaria a cualquiera de los obligados (art. 145 CC) para la mejor protección del beneficiario, el incumplimiento injusto por parte de alguno de ellos consume el delito por más que el beneficiario pueda

⁵³⁶ Con LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, pp.84-85 podría entenderse la total inactividad en el sentido señalado como prueba o serio indicio de solvencia o capacidad de pago; *vid.* en este sentido la SAP de Granada 82ª) N° 66, de 31 de enero de 2002.

⁵³⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.75; LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.85 y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *op.cit.*, p.69.

obtener la asistencia de otro pariente, puesto que la función motivadora de la norma penal debe dirigirse a todos y cada uno”⁵³⁸.

III.- 2. a. 2) c) La no realización de la acción esperada: los diferentes impagos

Puesto que la conducta es omisiva, consiste en un no realizar la acción esperada, en este caso, en no cumplir los deberes de pago judicialmente determinados. Tal y como establece el artículo 227 (lo que invariablemente se mantiene desde 1989) la conducta típica es la de “dejar de pagar” las prestaciones económicas debidas a cónyuges y ex cónyuges derivadas de los procedimientos matrimoniales, según decisión judicial.

Mientras que la descripción de la conducta típica se ha mantenido en parte inalterada desde la vieja regulación, tras la entrada en vigor del Código de 1995 se han ampliado las clases de impagos, incorporándose los de prestaciones establecidas de forma conjunta o única (artículo 227,2) y al ser acortados los plazos de los impagos de tracto sucesivo mensual.

Pese a tratarse, de hecho, de una ampliación punitiva, en realidad no fue sino una corrección técnica realizada por el Código de 1995 respecto de la regulación anterior⁵³⁹, pues de este modo podían incluirse en el precepto todos los impagos que el mismo enunciaba, incluyendo los relativos a las prestaciones indemnizatorias en los supuestos de nulidad y a las prestaciones compensatorias no periódicas, previstas respectivamente en los artículos 98 y 99 del

⁵³⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.592.

⁵³⁹ Que también hacían los Proyectos de Código de 1992 y 1994.

Código Civil, sólo como prestaciones únicas, a diferencia del viejo artículo 487 bis que regulaba los incumplimientos de las prestaciones derivadas de separación, divorcio y nulidad, pero sólo abarcaba los impagos de prestaciones de tracto sucesivo mensual.

Los plazos para los impagos de tracto sucesivo fueron acortados en 1995, pasando de “tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos”⁵⁴⁰ a “dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos”, respectivamente, lo que constituye un endurecimiento punitivo, sólo justificable, en nuestra opinión, con base en el sentido estrictamente asistencial de las prestaciones que se incumplen.

Los impagos abarcados por el vigente artículo 227 son, por tanto, los de tracto sucesivo, mensual o no y los de cantidades únicas, pudiendo también ser totales o parciales y retrasados o fuera de plazo.

III.- 1. b. 2) b) c)1. Los impagos de tracto sucesivo mensual

Según el párrafo primero del artículo 227, los impagos de tracto sucesivo mensual pueden ser consecutivos o alternos y en ambos casos el precepto exige el transcurso de unos plazos, dos meses para los consecutivos y cuatro meses para los no consecutivos, necesarios en cada modalidad para la consumación del delito (tracto sucesivo acumulativo)⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Al igual que en los Proyectos de 1992 y de 1994 y en el artículo 34 de la Ley republicana en la que, sin embargo, sólo se incriminaban los impagos durante tres meses consecutivos.

⁵⁴¹ Son condiciones objetivas de punibilidad para MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 2007, p.317 (quien señala que tanto pueden favorecer como perjudicar a la persona obligada), mientras que lo son de procedibilidad para PÉREZ MANZANO, M., “El impago de prestaciones”...*cit.*, p.235.

La decisión legislativa de establecer estos plazos para los impagos de tracto sucesivo mensual, sólo tiene sentido, en nuestra opinión, desde la perspectiva de la proporcionalidad o equivalencia con la penalidad de los impagos únicos, pues todos ellos conllevan la misma pena⁵⁴².

Los impagos alternos resultan problemáticos por la situación de inseguridad jurídica que provocan a la persona obligada, que ve prolongada casi indefinidamente la amenaza penal ante la posibilidad de acumulación de incumplimientos esporádicos a lo largo de los años. En este sentido, resulta acertada la crítica realizada al Código de no regular un plazo máximo para apreciar el delito en estos supuestos⁵⁴³.

Para solucionar dicha omisión, se ha entendido, durante tiempo, por doctrina, jurisprudencia y por la Fiscalía General del Estado, que deberán tenerse en consideración todos los meses impagados mientras la deuda no haya prescrito civilmente, interpretando que lo hace a los cinco años, por aplicación del artículo 1966 del Código civil⁵⁴⁴. Por ello, pensamos con LAURENZO COPELLO, que “será también el plazo máximo dentro del cual deberán producirse los cuatro impagos no consecutivos para realizar el tipo del art. 227 C.P., pues si alguno de estos incumplimientos se produjera después de

⁵⁴² Las motivaciones no quedan aclaradas en los debates parlamentarios.

⁵⁴³ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.87 y ss y “Comentario...”*cit.*, pp.1287-1288 y GÓMEZ PAVÓN, P., “El impago de pensiones...” *cit.*, pp.92 y ss, para quien se trata de una especie de “imprescriptibilidad” del delito.

⁵⁴⁴ Circular de la Fiscalía General 2/1990 y BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.78; BOIX REIG, J., *La reforma penal...cit.*, p.175; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, p.596-597 y MUÑOZ FERNÁNDEZ, S., OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., *op.cit.*, p.54. Cabía también la posibilidad de interpretar aplicable el artículo 1964 del Código civil, que fija en 15 años la posibilidad de reclamar las pensiones atrasadas “que no tengan señalado término especial de prescripción”, en este sentido *vid.* LLARÍA IBAÑEZ, B., *op.cit.*, p.286 indicando jurisprudencia contradictoria en la que se ha considerado tanto el plazo de los 5 como el de los 15 años.

superado ese lapso temporal, la primera deuda ya estaría prescrita, y al no ser exigible, carecería de trascendencia de cara a consumir el delito”⁵⁴⁵.

En la actualidad, el nuevo artículo 518 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, zanja la cuestión al establecer textualmente un plazo de caducidad (que deberá ser apreciado de oficio) para la acción ejecutiva fundada en sentencia, resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, estableciendo la posibilidad de interponer demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

Los impagos de tracto sucesivo mensual por periodos de tiempo superiores o muy superiores a los plazos legales constituyen una problemática bastante frecuente y lo suficientemente importante como para profundizarla autónomamente, cosa que haremos al tratar de los aspectos concursales y la continuidad delictiva, haciendo también una mención especial al tan debatido periodo de enjuiciamiento o cómputo de los incumplimientos, sobre el que ya venía advirtiendo la Consulta de la Fiscalía del estado 1/2007, *sobre la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código penal*.

En cualquier caso, siendo el número de meses de los impagos un requisito típico, es una cuestión que ha de quedar probada, siempre “que se supera el mínimo legal, siendo indiferente la prueba del número de meses que superen el umbral mínimo”⁵⁴⁶,

⁵⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P., Los delitos... *cit.*, p.87 y ss y “Comentario...”*cit.*, p.1288.

salvo en lo relativo a la reparación del daño prevista en el párrafo tercero del artículo 227.

III.- 1. b. 2) b) c)2. Los impagos de cantidades únicas y de tracto sucesivo no mensual

Como ya hemos avanzado, los impagos de cantidades únicas no fueron regulados como conducta típica en el viejo artículo 487 bis (que recogía sólo los de tracto sucesivo mensual, pese a hacer referencia a los impagos derivados de divorcio y nulidad matrimonial, que también podían y pueden consistir en el incumplimiento de prestaciones de cantidades únicas, según los artículos 97 y 98 del Código Civil.

La regulación penal resultaba incongruente y creaba una laguna punitiva respecto de las prestaciones no periódicas, así como de aquellas otras de periodicidad diferente a la mensual, de ahí que el legislador tuviera que optar en 1995 entre suprimirlas o incluirlas todas y optó por esto último.

Por ello puede afirmarse que la finalidad de la nueva regulación fue la de abarcar los supuestos señalados que antes resultaban atípicos⁵⁴⁷, como los relativos a las prestaciones únicas en caso de divorcio y los de indemnización por nulidad, pero también los de las prestaciones periódicas no mensuales, como las semanales,

⁵⁴⁶ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, p.596; también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 2007, p.317 y PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.47.

⁵⁴⁷O típicos, pero teniendo que reconvertir los jueces los módulos utilizados para establecer las prestaciones no mensuales en una medición mensual, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 1997, p.79 y BERNAL DEL CASTILLO, J. *op.cit.*, p.77. O considerando aplicable el viejo artículo 237 relativo a la desobediencia, *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial... cit.*, 1992, pp.178 y 182.

bimensuales, trimestrales, etc.... Como dice LAURENZO COPELLO, “este segundo apartado resulta necesario para no incurrir en la injusticia de dejar desprotegidos a determinados beneficiarios de esta clase de obligaciones asistenciales por el simple dato formal de que tales prestaciones vengan reconocidas con un formato diferente a la habitual pensión mensual”⁵⁴⁸.

Según el párrafo segundo del artículo 227, que no establece límites en este caso, basta un solo impago (de cantidad única o de periodicidad diferente a la mensual) para realizar la conducta típica, por lo que una sola prestación impagada, por ejemplo, semanal o bimensual o trimestral, podrá también constituir el delito si, siguiendo nuestra línea interpretativa, cumple en el caso concreto una estricta función asistencial.

Como la redacción legal de este párrafo 2 del artículo 227 es amplia (“dejar de pagar cualquier otra prestación...”) cabría incluir en el delito los impagos de otras deudas muy diferentes de carácter dudosamente asistencial, que en nuestra opinión deben quedar excluidos⁵⁴⁹.

III.- 2. a) 2) b) c)3. Los impagos parciales

⁵⁴⁸LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.78 y “Comentario...” *cit.*, p.1283.

⁵⁴⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios...cit.*, pp.667-668 expone los problemas que suscita la redacción legal del 227,2 al hacer parecer posible la inclusión en él de los impagos de las prestaciones surgidas de cualquier título no homologado judicialmente y se decanta por la interpretación que compartimos de que en él sólo caben los impagos de prestaciones judicialmente homologadas, diferentes de las de tracto sucesivo.

Son aquellos en los que el sujeto activo sólo satisface una parte de las prestaciones judicialmente determinadas, dejando de hacerlo respecto de otra parte de las mismas.

Hay consenso en entenderlos como los relacionados con la cuantía judicialmente determinada y no con los plazos⁵⁵⁰, ni con los sujetos pasivos cuando son varios -cónyuge o ex cónyuge e hijos, pues en estos casos, si se incumple la prestación respecto del cónyuge o ex cónyuge pero se pagan las prestaciones debidas a los hijos, se daría un supuesto de impago total y no parcial, dado que el bien jurídico protegido es individual, personal, y porque basta que no se pague una de las prestaciones judicialmente determinadas para que, en un principio y dándose los demás requisitos, pueda apreciarse la conducta típica⁵⁵¹.

Como el artículo 227 carece de una regulación expresa de este tipo de impagos, se trata de una cuestión interpretativa, aunque hay quien considera que deberían haber sido previstos expresamente y sancionados con una pena inferior a la de los impagos totales⁵⁵².

Siguiendo una posición consensuada y la doctrina del Tribunal Supremo⁵⁵³, debe rechazarse cualquier automatismo que convierta en omisión típica todo lo que no sea un incumplimiento total,

⁵⁵⁰Para GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, p.597 lo decisivo no es la cuantía del perjuicio sino el tiempo que dura la situación de inseguridad de la familia.

⁵⁵¹ *Vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p. 71; BOIX REIG, J, *op.cit.*, p. 174 y DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.55. Para LAURENZO COPELLO P., *Los delitos... cit.*, p.90 y "Comentario..."*cit.*, p.1289 será impago parcial cuando, siendo una única persona la que perciba el total de las diversas prestaciones, la cantidad abonada no coincida con el importe de una de las pensiones judicialmente establecidas.

⁵⁵² *Vid.* GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago..." *cit.*, p.304.

⁵⁵³ STS N°185, de 13 de febrero de 2001 y la N°576, de 3 de abril de 2001 En igual línea, la SAP de Sevilla (1ª), de 21 de mayo de 2004 y la SAP de Tarragona (2ª), de 21 de diciembre de 2004.

de modo que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva en todos los casos.

Desde este punto de vista, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (con prueba, en su caso, de las circunstancias que hayan hecho imposible el pago completo ⁵⁵⁴), conforme a una interpretación material de la antijuricidad de la conducta y tratando de evitar la “prisión por deudas”, sólo serán típicos los impagos que afecten o lesionen sustancialmente al bien jurídico protegido⁵⁵⁵, teniendo en cuenta la importancia de las cantidades impagadas (las bagatelas, por el principio de mínima intervención, deben quedar fuera de la conducta típica)⁵⁵⁶ y sin olvidar que se incumple un mandato judicial, en la medida en que no se cumple con la totalidad del pago ordenado⁵⁵⁷.

Una vez descartada la aplicación del artículo 227, podrían ser aplicadas a los impagos parciales la falta de desobediencia o la falta del artículo 618,2, introducida por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, relativa a los incumplimientos de obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio o de nulidad matrimonial, que no constituyan delito, aunque, compartiendo opinión con GARCÍA

⁵⁵⁴Sin olvidar la posibilidad de acudir a la vía civil para cambiar la cuantía, hay que decir que en estos casos suele alegarse “compensación de deudas” que la jurisprudencia viene negando por tratarse de deudas líquidas, vencibles y exigibles que no pueden ser compensadas por decisión unilateral del deudor (STS de 3 de abril de 2001) y porque además no se pueden compensar con supuestas obligaciones que no reúnen los requisitos señalados, al encontrarse pendientes para su determinación, liquidación, vencimiento y exigibilidad de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales (STS de 26 de julio de 1999).

⁵⁵⁵LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.91 y “Comentario...”*cit.*, p.1290.

⁵⁵⁶ PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.47.

⁵⁵⁷GÓMEZ PAVÓN, P., “Comentario...” *cit.*, p.922 y PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.47.

ARÁN, sería más apropiado dejar la aplicación de esta última para otros incumplimientos, como los del régimen de visitas por parte de quien tiene la custodia, lo que parece interpretar la jurisprudencia⁵⁵⁸.

III.- 2. a. 2) b) c)4. Los pagos retrasados o fuera de plazo

Los pagos que se realicen con retraso o fuera del plazo establecido, deberán ser tratados a través de la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño regulada en el artículo 21,5 del Código Penal⁵⁵⁹, si bien de *lege ferenda* podría resultar interesante la previsión de una excusa absolutoria para estos casos.

III.- 2. a. 3). Objetos materiales

Al establecer el artículo 227 que los impagos lo son de las prestaciones económicas establecidas en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, entendemos que los objetos materiales del delito son tanto las prestaciones económicas como los convenios judicialmente aprobados o las resoluciones judiciales en las que están insertos las primeras, siempre en el ámbito de los

⁵⁵⁸GARCÍA ARÁN M., *Comentarios...cit.* p.2739; GÓMEZ GUILLAMÓN, R., LUZÓN CUESTA, J.M^a; MOYNA MÉNGUEZ, J.; ORTIZ ÚRCULO, J.C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Edit. Colex, Madrid, 12^a edic., 2008, p.758 y MAZA MARTÍN, J.M., Comentario y Jurisprudencia de los artículos 226 y 227, en *Comentarios al Código Penal*, AAVV y Dr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y Coord. J. LÓPEZ BARJA de QUIROGA, T. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 2007, p.3871; así también la SAP de Madrid (7^a) N^o234, de 15 de septiembre de 200; la SAP de Vizcaya (7^a) N^o277, de 11 de mayo de 2007 y la SAP de Asturias (2^a) N^o27, e 28 de enero de 2008. Para GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...cit.*, 2005, p.2608, sin embargo, la falta es perfectamente aplicable a los incumplimientos económicos puntuales, incluidos los meros retrasos.

⁵⁵⁹ SAP de Cantabria de 12 de septiembre de 2001 y SAP de Jaén N^o75, de 7 de noviembre de 2002.

procedimientos matrimoniales.

III.- 2. a. 3). 1) Las prestaciones económicas derivadas de los procedimientos matrimoniales

Como ya hemos visto, el artículo 227 (a diferencia del viejo artículo 487 bis y del artículo 34 de la Ley republicana⁵⁶⁰) sanciona como delictivos los impagos de “cualquier prestación económica” derivada de los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, tanto si se trata de prestaciones periódicas (artículo 227,1) como conjuntas o únicas (artículo 227,2).

Resulta necesario acudir a la legislación civil y procesal-civil para precisar el alcance y el sentido técnico de estos elementos normativos del tipo, por lo que hay que tener en consideración el Código civil tras su reforma de Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre los aspectos civiles y procesal-civiles de los procedimientos de separación divorcio y nulidad, y mucho más recientemente, tras la Ley 15/2005, de 7 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuestión de separación y divorcio.

Hay efectos comunes a las tres situaciones de crisis matrimonial y están regulados en los artículos 90 a 101 del Código Civil, que han sido parcialmente reformados (artículos 92 y 97) por la Ley 15/2005, de 7 de julio, a los que hay que añadir los relativos a las medidas provisionales (artículos 102 y 103 del Código Civil)⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ El primero por no recoger los impagos de cantidades únicas ni de periodicidad diferente a la mensual y el segundo porque sólo regulaba los impagos de pensiones alimenticias judicialmente determinadas en los supuestos de divorcio.

⁵⁶¹ Vid. CLEMENTE MEORO, M., *Derecho de Familia...cit.*, pp.137 y ss; LUNA SERRANO, A., *Derecho de Familia, cit.* Vol. I, pp.224 y ss.; MARÍN LÓPEZ, M.J., *Comentarios al Código Civil, cit.*, 2º edic., 2006, pp.209 y ss; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *op.cit.* pp.118 y ss. y MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, 3ª edic., 2004, pp.131 y ss y 5ª edic., 2009, pp.106 y ss.

Como efectos económicos de carácter civil asociados a las medidas provisionales para los cónyuges se encuentran:

1. La determinación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del aún existente matrimonio (dentro de las cuales se entienden comprendidos los alimentos, artículo 90 D) (C), antes de la reforma de 2005) con base en los artículos 1318, con carácter general, y 103, 3º del Código Civil, incluyendo en su caso las *litis expensas*, las bases de actualización, así como las garantías y medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de las decisiones adoptadas.

2. La reorganización de los bienes gananciales, siguiendo las pautas del artículo 103, 4º (entrega a cada cónyuge de los correspondientes bienes comunes y determinación de las reglas de administración, disposición y rendición de cuentas); así como la determinación de la administración y disposición de los bienes privativos especialmente afectados a las cargas matrimoniales, según el artículo 103, 5º.

Los efectos económicos que civilmente pueden derivarse para los cónyuges de las sentencias de separación son (aparte del uso de la vivienda y del ajuar familiar): la contribución a las cargas del matrimonio, incluidos los alimentos (artículo 91) o, en su caso, las prestaciones compensatorias (artículos 97 y 99 del mismo cuerpo legal), así como sus respectivas bases de actualización. Hay que destacar que no cabe la coexistencia entre la pensión alimenticia y las prestaciones compensatorias, pero que su solicitud conjunta en el mismo proceso de separación sí resulta posible⁵⁶².

⁵⁶² MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, 3ª edic., 2004, p.143 y 5ª edic., 2009, p.116.

Los efectos económicos de carácter civil que pueden derivarse de las sentencias firmes de nulidad y divorcio son para los ex cónyuges:

1. La extinción del régimen económico matrimonial existente (artículos 95,1, complementado por el 1392, 1º, 2º y 3º en referencia a los gananciales y el 1415 relativo al régimen de participación, pues carece de sentido en el supuesto de previa separación de bienes)⁵⁶³.

2. Aparte del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, las obligaciones del pago de las pensiones o prestaciones económicas compensatorias que sustituyen a las alimenticias y de las indemnizaciones correspondientes, las primeras previstas en los artículos 97 y 99 del Código Civil para los supuestos de divorcio y las segundas para los de nulidad, con base en el artículo 98 del mismo cuerpo legal.

A efectos penales, las prestaciones económicas objeto del delito de impagos deben ser sólo las asistenciales (entendidas en sentido civil, alimenticio) en coherencia con la interpretación que venimos manteniendo sobre el bien jurídico y el deber de pago propio de este delito de omisión⁵⁶⁴, por razones de intervención mínima y proporcionalidad y también por razones de coherencia del ordenamiento jurídico en la protección de los derechos “asistenciales” familiares y derivados de la familia de carácter económico. Creemos además que ello es factible en la medida en que, como veremos, dichas prestaciones en unos casos están civilmente reguladas como

⁵⁶³MORENO QUESADA, B., *Ibid.*, 3ª edic., 2004, p.139 y 5ª edic., 2009, p.113.

⁵⁶⁴ Bien jurídico y objeto material son conceptos íntimamente relacionados que necesitan una coherencia entre sí, pero que también deben ser diferenciados conceptualmente: el primero como idea (que escapa a la acción directa del autor) y el segundo como fenómeno (estructura empírica sobre la que recae la acción típica), JESCHECK, H.H., *op.cit.*, p.351 (y 4ª edic., *cit.* pp.6 y ss).

asistenciales (las alimenticias) y en otros tienen una naturaleza jurídica mixta, parcialmente asistencial, y se determinan conforme a criterios parcialmente asistenciales, como es el caso de las prestaciones compensatorias, aunque las indemnizaciones por nulidad presentan mayores dificultades a estos efectos.

En consecuencia, puede decirse que son objeto del delito de impagos (con inclusión de las actualizaciones correspondientes) las pensiones alimenticias, que son directamente asistenciales⁵⁶⁵ en las separaciones judiciales y las prestaciones compensatorias (pensiones o cantidades únicas) de las separaciones judiciales y los divorcios, así como las indemnizaciones por nulidad, cuando en el caso concreto cumplan funciones asistenciales o alimenticias, es decir, cuando el sujeto pasivo se encuentre en situación de necesidad, por carecer de medios y no tener la posibilidad de obtenerlos y siempre, por supuesto, que el sujeto activo pueda cubrirlo⁵⁶⁶.

Conforme a lo expuesto, habría que descartar del ámbito delictivo del artículo 227, por falta de antijuricidad material, los impagos relativos a las prestaciones compensatorias e indemnizaciones por nulidad que no cumplan en el caso concreto la función asistencial mencionada, al no resultar lesionado el bien jurídico principal, aunque pueda resultar el buen funcionamiento de los poderes públicos (lo que podría ser tenido en consideración para la eventual aplicación de las infracciones penales de desobediencia). En particular, entendemos que deben quedar fuera

⁵⁶⁵ Según SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios...cit.*, p.1680 “una interpretación más adecuada constitucionalmente del precepto debería referirse sólo a los alimentos”; *vid.* en este sentido la SAP de Islas Baleares 81ª) N°157, de 27 de julio de 2000.

⁵⁶⁶ *Vid.* interpretando las prestaciones económicas con un contenido y sentido alimenticio la SAP de Castellón de 11 de septiembre de 2000, SAP de Cantabria (1º) N°43, de 3 de marzo de 2000 y SAP de Tarragona (2ª) N°1164, de 21 de diciembre de 2004.

del ámbito de aplicación del precepto las *litis expensas* y cualquier otro crédito final que pueda surgir entre los cónyuges en virtud de la liquidación de la sociedad económico matrimonial⁵⁶⁷, así como cualquier otra obligación de pago que carezca de sustrato o función asistencial y que podrían entenderse canalizadas a través del artículo 227,2 como, entre otras muchas, el montante de un seguro multirriesgo del hogar, las cuotas de pertenencia a un club, o la responsabilidad civil del perro⁵⁶⁸.

Las prestaciones asistenciales suficientemente cubiertas o aseguradas con garantías reales o personales establecidas en la correspondiente resolución judicial, deberían ser también excluidas del ámbito de aplicación del artículo 227, porque en última instancia la ejecución de tales medidas permitiría continuar percibiendo las cantidades debidas, al contrario de lo que sucedería si se agotasen o resultasen ineficaces, pues entonces debería poderse considerar el delito⁵⁶⁹.

Obviamente quedan también fuera del ámbito de aplicación del precepto las prestaciones que no sean de carácter económico y las prestaciones económicas pactadas o acordadas al margen de toda

⁵⁶⁷ CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, pp.69-70; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.598; LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, pp. 78 y 89; MARCHENA GÓMEZ, M., “Delito de impago...”*cit.* p.795 y SANZ MORÁN, C., *op.cit.*, p.1639; también la SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2000 y SAP N°42 de Zaragoza, de 26 de febrero de 2002.

⁵⁶⁸ BUSTOS MORENO, Y., *op.cit.*, p.185 e YZQUIERDO TOLSADA, M., “Aspectos de Derecho de familia y de protección de menores e incapaces”, en *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos)*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997, p 448.

⁵⁶⁹ CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO N°2/1990, desde una perspectiva de delito de lesión; y CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.59; FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6750 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.* p.72, desde la perspectiva de delito de peligro.

intervención judicial (aun cuando sean alimenticias⁵⁷⁰) como son las derivadas de las separaciones matrimoniales de hecho y de las crisis de las parejas de hecho, pudiendo ser penalmente cubierto el impago de las primeras por el artículo 226 y quedando las segundas fuera del ámbito del artículo 227.

III.- 2. b. 3) 1) a) Las pensiones de alimentos en las separaciones matrimoniales

La fuente remota del deber de alimentos en las separaciones matrimoniales es el derecho/deber de mutua ayuda y socorro, previsto en los artículos 67 y 68 del Código civil, como parte del conjunto de derechos y deberes que se derivan de la relación matrimonial y cuyo contenido es mucho más amplio que su aspecto material: como dice OSSORIO SERRANO, “no puede entenderse limitado a un ámbito estrictamente económico y material, pues alcanza a todo tipo de auxilio que cualquiera de los dos pueda necesitar para la satisfacción de sus propias necesidades (morales, afectivas, profesionales, etc.)”⁵⁷¹.

Cuando cesa la convivencia conyugal, sin disolución ni anulación del vínculo, los deberes de ayuda y mutuo socorro y la contribución al levantamiento de las cargas matrimoniales/familiares

⁵⁷⁰Pues sólo mediante intervención judicial nacen las prestaciones relevantes en el delito de impagos, *vid.*, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.83.

⁵⁷¹OSSORIO SERRANO, J.M., en *Curso de Derecho Civil...cit.*, Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, 3ª edic., 2004, pp.96-97. Durante la convivencia conyugal existe el deber de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio o, en su caso, cargas familiares, que, regulado en el artículo 1318 del Código civil, sujeta los bienes de ambos cónyuges a dicho levantamiento (incluyen los alimentos, puesto que abarcan, con un sentido colectivo de familia o global de pareja, todos los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación, educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de las familias). Está regulado en los artículos 1362, para el régimen de gananciales, y en el 1438, para el de separación de bienes.

se reducen y pueden convertirse en la obligación legal de alimentos, siempre que concurren determinados requisitos.

Aunque pueda interpretarse que la única obligación alimenticia tras las crisis matrimonial lo es sólo respecto de los hijos, cabe también mantener la existencia de alimentos para los cónyuges en los supuestos de separación, con base en los artículos 90, 1, D) (hasta 2003, 90,1 C)) y 142 a 153 del Código Civil⁵⁷². La obligación es exigible desde la existencia de la necesidad, pero sólo es abonable desde la interposición de la correspondiente demanda (artículo 148 del Código Civil).

Hoy se admiten los alimentos para los aún cónyuges en las separaciones de hecho ⁵⁷³ y también pueden admitirse en las separaciones legales o judiciales⁵⁷⁴, aunque esto último resulte más controvertido tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio; como dice MORENO-TORRES HERRERA, “el nuevo sistema exige que se equiparen lo más posible las situaciones de separación legal y de divorcio, una vez que la primera ha dejado de ser una situación de tránsito a la segunda. Son dos opciones diferentes que el legislador pone a disposición de quienes no desean continuar con su matrimonio. El hecho de que en un caso se disuelva el matrimonio, y en el otro no, no debe determinar que quienes optan por separarse continúen recíprocamente obligados a prestarse alimentos y quienes deciden en cambio divorciarse se vean ya librados de este

⁵⁷² GARCÍA RUBIO, M^a. P., *op.cit.*, pp.107 y ss, para quien los artículos 142 y ss. parecen ser “inmunes” al paso del tiempo” (*Ibid.* p.17), pues proceden sin reformar de la Ley de 13 de mayo de 1981.

⁵⁷³ A diferencia de lo que ocurría antes de la reforma del matrimonio y divorcio de 1981, *vid.* COBACHO GÓMEZ, J.A., *op.cit.* pp.58 y ss y GARCÍA RUBIO, M.P., *op.cit.*, p.70 y ss.

⁵⁷⁴ A favor COBACHO GÓMEZ, J.A., *Ibid.* pp.62 y ss y GARCÍA RUBIO, M.P., *Ibid.* pp.102 y ss.

deber”⁵⁷⁵.

En cuanto derecho que encuentra su fuente en la ley, puede definirse como el “que tiene una persona que se encuentra en estado de necesidad, de reclamar a determinados parientes que le proporcionen aquello que necesita para satisfacer sus necesidades vitales”⁵⁷⁶.

Sus requisitos o presupuestos son determinados vínculos familiares (como el matrimonio), un estado o situación de necesidad en la persona alimentista y la capacidad o posibilidad de pago por parte de la persona obligada o alimentante.

La necesidad del alimentista suele ser interpretada como imposibilidad de automantenerse, sin que se exija la indigencia total, pero sí que dicha situación no haya sido provocada por el/la alimentista (artículos 152, 5º y 143, 2 y 152, 3º del Código Civil). Se trata, en todo caso, de un concepto relativo que ha de enjuiciarse respecto de la persona y el caso concreto, siendo los elementos básicos para apreciarlo el patrimonio del alimentista y su capacidad de trabajo. La capacidad de pago del alimentante también ha de concurrir, puesto que, en caso contrario, o bien no surge la obligación o bien se extingue (artículo 152, 2º), siendo los elementos básicos para apreciarla también el patrimonio y la capacidad de empleo⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., “La pensión compensatoria”, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Coord. J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p.138, quien lo explica añadiendo el sentido que la separación tenía en la regulación anterior en la que era concebida como un estado intermedio entre la relación matrimonial y el divorcio (p.139). En estos casos sólo cabría prestación compensatoria pp.138 y ss y 165 y ss.

⁵⁷⁶ ROCA i TRÍAS, E., en *Derecho de familia... cit.*, Coords. V.L. MONTES y E. ROCA., *op.cit.*, p.31 y también COBACHO GÓMEZ, J.A., *op.cit.*, pp.35 y ss.

⁵⁷⁷ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.60 y ss.

Por lo dicho, el fundamento asistencial de los alimentos legales no ha sido discutido⁵⁷⁸, al responder a valores de solidaridad familiar y al tener como finalidad mantener y asegurar la subsistencia de determinados familiares, asegurando sus medios de vida cuando no puedan hacerlo por sí mismos, de aquí su carácter público que le aleja de lo estrictamente patrimonial y dispositivo típico de la autonomía privada, y que impide su renuncia, transmisión o compensación (artículo 151 del Código Civil)⁵⁷⁹.

Su contenido como alimentos amplios o civiles⁵⁸⁰, consiste, según el artículo 142 del Código Civil, en el pago de lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica e incluso de los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (por ejemplo, por la Seguridad Social). No hay que olvidar que su cuantía puede ser amplia ya que se rigen por el criterio de la proporcionalidad entre los medios de quien tiene que darlos y las necesidades de quien los recibe (artículo 146). Por ello, además de relativa, es una obligación variable, que admite modificaciones en función del aumento o disminución de las necesidades del alimentista y/o de los medios del alimentante (artículo 147).

⁵⁷⁸ Aunque quepa hacerlo desde la perspectiva social, pues en el Estado Social y Democrático de Derecho, las necesidades personales básicas pueden ser cubiertas con recursos privados, familiares, pero también con recursos públicos fundamentados en la solidaridad social, *vid.* ROCA i TRIAS, E., en *Derecho de familia...cit.*, Coords. V.L. MONTES y E. ROCA, p.33; COBACHO GÓMEZ, J.A., *op.cit.*, pp.15 y ss y MÉNDEZ SERRANO, M^a del M, “El contrato de alimentos vitalicio”, en *Protección del patrimonio familiar*, Coords F.J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp.76 y ss.

⁵⁷⁹ COBACHO GÓMEZ, J.A., *Ibid*, pp.15 y ss y ROCA i TRÍAS, E., *Ibid*, p.34.

⁵⁸⁰ A diferencia de los alimentos naturales, debidos entre hermanos, que son más restringidos y que según el artículo 143 consisten en prestar los auxilios necesarios para la vida, extendiéndose, en su caso, a los que precisen para su educación.

En las separaciones judiciales el derecho/deber de alimentos sólo admite el pago periódico de cantidades de dinero (artículo 149, 2 del Código Civil): en estos casos hay que hablar de pensiones⁵⁸¹.

Se trata de una obligación individual, de carácter personalísimo⁵⁸² y no solidario para el caso en que sean dos o más las personas obligadas. Los alimentos son recíprocos y pueden ser solicitados por los aún cónyuges⁵⁸³, aunque también pueden ser adjudicados de oficio por el/la juez, siendo imprescriptible el derecho, aunque la acción para demandarlos prescribe a los 5 años según el artículo 1966,1ª del Código Civil.

Como ya hemos avanzado, los alimentos se extinguen por las causas tasadas en los artículos 150 y 152 del Código Civil, entre otras, la muerte de la persona obligada, la reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin atender sus propias necesidades y las de su familia o la posibilidad por parte del alimentista de ejercer un oficio, profesión o industria, o la mejora de su fortuna que haga innecesaria la pensión para su subsistencia.

Finalmente, cabe aludir a otras clases de alimentos que el Código Civil regula⁵⁸⁴ y que en algún caso podrían suscitar dudas

⁵⁸¹ Aunque el artículo 149 permita elegir, en principio, al alimentante entre pagar la pensión o recibir y mantener en su propia casa al alimentista, el párrafo segundo permite sólo lo primero para los casos de separación desde la reforma de LO 1/1996, de 15 de enero.

⁵⁸² Pues los alimentos futuros no son susceptibles de transmisión, renuncia ni compensación, aunque sí los alimentos pasados, en la medida en que la situación de necesidad haya desaparecido (artículo 151,1 y 2 del Código Civil).

⁵⁸³ Y ellos mismos o el Ministerio Público, para los hijos comunes, menores, o mayores incapacitados o minusválidos.

sobre la aplicabilidad a su impago del artículo 227 del Código penal. Es el caso de los alimentos pactados, convencionales o voluntarios⁵⁸⁵ que (aunque suelen estar dirigidos a cubrir las situaciones de dependencia de personas con discapacidad, con enfermedades mentales o deficiencias físicas, o con alguna otra dependencia, como la de menores o mayores sin familiares⁵⁸⁶), también pueden ser pactados por los cónyuges en las separaciones y durante los procedimientos de divorcio (artículo 153). En nuestra opinión, el incumplimiento de las tales obligaciones sólo puede ser objeto del delito de impagos en la medida en que estén judicialmente controladas y sean materialmente la respuesta a un estado de necesidad de la persona beneficiaria en el sentido que venimos manteniendo (pero por la persistencia del vínculo también podría tenerse en consideración el artículo 226).

⁵⁸⁴ Como los alimentos (también legales pero desligados de la necesidad, y por tanto, no asistenciales) debidos al cónyuge sobreviviente (o hijos) de la masa común de los gananciales mientras se hace la liquidación del caudal inventariado. O los correspondientes a la viuda encinta (artículo 964), los que se deben a los que incurran en concurso (artículo 1314 y ss) o los debidos a hijos y cónyuge del ausente por quien administra su patrimonio (artículo 1861), *vid.* ROCA i TRÍAS, E., en *Derecho de familia cit.*, Coords. V.L. MONTES y E. ROCA, p.40 y GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.*, pp.185 y ss.

⁵⁸⁵ Derivados de la autonomía de la voluntad y regidos por las normas relativas a las obligaciones contractuales y, por tanto, a diferencia de los alimentos legales, trasmisibles, renunciables y susceptibles de compensación y transacción, salvo que expresamente se establezca lo contrario en el contrato de que traigan causa.

⁵⁸⁶ Los cuales están regulados como “contratos de alimentos vitalicios” en los artículos 1790 y ss (con base en el artículo 1255) del Código Civil, diferenciándose de la “renta vitalicia” que es una figura jurídica diferente regulada en los artículos 1802 y ss del Código Civil. Aportados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, consisten básicamente en la obligación contractual, voluntaria y no recíproca, de asistencia de todo tipo a determinadas personas, sin los presupuestos de relación conyugal o de parentesco, ni de necesidad económica, *vid.* MÉNDEZ SERRANO, M^a del M, *op.cit.*, pp.76 y ss y VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M., *Contrato de alimentos*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

III.- 2. b). 3) 1) b) Las prestaciones compensatorias en las separaciones y en los divorcios

A diferencia de la Ley republicana, durante la tramitación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se debatió expresamente y se llegó a la conclusión de que, disuelto el matrimonio por divorcio, dejaba de existir la obligación de alimentos entre los cónyuges, de modo que, extinguido el vínculo conyugal, desaparece el deber de socorro y ayuda mutuos y sólo es posible solicitar pensiones y otras prestaciones compensatorias, lo que también puede hacerse en las separaciones legales, pero no en los supuestos de nulidad.

Figura sin precedentes en el Derecho español, desde 1981 las prestaciones compensatorias han venido siendo reguladas como prestaciones periódicas (“pensión por desequilibrio económico”) en el artículo 97 del Código Civil y en tanto que formas sustitutivas (que pueden convenirse en cualquier momento), como la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero, según el artículo 99 del mismo cuerpo legal.

El primero de los preceptos señalados ha sido parcialmente modificado por la Ley 5/2005, de 7 de julio, en el sentido siguiente:

- En lugar de “pensión” (que, en principio, ante el silencio legal se entendió indefinida, aunque paulatinamente se fue integrando la idea y la aplicación práctica de la temporalidad) el artículo hace ahora referencia a la “compensación”, señalando expresamente que puede ser en forma de pensión, temporal o definitiva, o en forma de prestación única.

- En la regulación anterior sólo se aludía a la pensión determinada por resolución judicial, mientras que en la nueva se

admite expresamente su posible determinación en el convenio regulador o por sentencia.

- A lo anterior hay que añadir la inclusión de un nuevo apartado 9º que regula “cualquier otra circunstancia relevante”, lo que viene a hacer más explícito el carácter de *numerus apertus* del listado de circunstancias previstas en él, dado que ha venido a sustituir a la expresión “entre otras” anterior.

Según la nueva redacción del artículo 97 del Código Civil, la compensación debe fijarse en sentencia judicial o en el convenio regulador, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- 1º los acuerdos de los cónyuges;
- 2º la edad y el estado de salud;
- 3º la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo;
- 4º la dedicación pasada y futura a la familia;
- 5º la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- 6º la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal;
- 7º la pérdida eventual de un derecho de pensión;
- 8º el caudal, los medios económicos y las necesidades de cada cónyuge; y
- 9º “cualquier otra circunstancia relevante”.

Como ya hemos avanzado, las prestaciones compensatorias son las que pueden atribuirse “al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre -debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro cónyuge y con la disfrutada

durante el matrimonio, y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal⁵⁸⁷.

A diferencia de los alimentos, el presupuesto de las prestaciones compensatorias no es, por tanto, la necesidad sino “el desequilibrio económico” que la crisis matrimonial (la separación o el divorcio) puede acarrear a una de las partes, en relación con la posición de la otra, siempre y cuando dicho desequilibrio implique un empeoramiento en su situación económica, en relación con la que se tenía durante la convivencia matrimonial⁵⁸⁸. También es presupuesto de las mismas su reconocimiento u homologación en sentencia de separación o de divorcio⁵⁸⁹.

Para concretar el “desequilibrio económico” existen dos interpretaciones diferentes:

- una objetivista, que lo entiende como el mero hecho de la disminución patrimonial experimentada por uno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio; y otra,

- la subjetivista, para la que el desequilibrio económico es un concepto más amplio que engloba también otros elementos o factores,

⁵⁸⁷ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp. 25-26; *vid.* también *infra* pp.139-140.

⁵⁸⁸ Existe división de opiniones sobre si el momento relevante para apreciar el desequilibrio es el de la cesación efectiva de la convivencia o el de presentación de la demanda de separación o divorcio, *vid.* GARCÍA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, pp.147-148 y MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *op.cit.*, pp.173-174.

⁵⁸⁹ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.16 y ss y 57 y ss, quien diferencia entre los presupuestos necesarios para hacer posible la solicitud de una pensión (entre los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio) y los necesarios para el otorgamiento de la misma, en los que se incluye, como fundamental, el desequilibrio económico (*Ibid.*, p.24) y MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *op.cit.* pp.170 y ss.

como la dedicación a la familia, la edad, la cualificación profesional... etc⁵⁹⁰.

En función de la interpretación del “desequilibrio económico” varía el papel que han de jugar las circunstancias previstas en el citado artículo 97 del Código civil, de modo que, según la interpretación objetivista, son elementos destinados únicamente a determinar la cuantía de la pensión, mientras que, según la subjetivista son elementos constitutivos del desequilibrio económico mismo que, además, sirven para determinar la cuantía (lo que acerca las pensiones compensatorias a las alimenticias)⁵⁹¹.

Frente al consenso sobre el fundamento asistencial de los alimentos, el de las prestaciones compensatorias ha resultado controvertido desde un principio (quedando siempre soslayada la culpabilidad a estos efectos). Frente o junto al fundamento de la reparación o de indemnización del daño causado por el cambio de estado (situando su razón de ser en la separación o el divorcio) también se acepta como fundamento el asistencial (con base en el principio de solidaridad postconyugal y situando su razón de ser en el matrimonio)⁵⁹². A estos efectos, pensamos con MORENO-TORRES HERRERA que conviene diferenciar entre el fundamento originario y el actual, puesto que el primero se conecta con la dependencia económica contenida en el modelo matrimonial tradicional, pero no tanto el segundo. En cuanto al fundamento originario, hay que convenir con la autora que era “razonable” y “equitativo”, una “exigencia ética”, que el

⁵⁹⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.66 y ss. y 75 y ss; GARCÍA RUBIO, M^a. P., *op.cit.*, pp.153 y ss. y LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.41 y 47 y ss.

⁵⁹¹ CAMPUZANO TOMÉ, H., *Ibid.* pp.66 y ss; GARCÍA RUBIO, M^aP., *Ibid.* pp.153 y ss y LALANA DEL CASTILLO, C.E., *Ibid.*, pp.41 y ss.

⁵⁹² CAMPUZANO TOMÉ, H., *Ibid.* pp.21-25; CLEMENTE MEORO, M., *op.cit.*, pp. 166-167; GARCÍA RUBIO, M^aP., *Ibid.* pp.155 y ss y LALANA DEL CASTILLO, C.E., *Ibid.*, pp.23-27.

ordenamiento jurídico arbitrarse un instrumento de protección que evitase el empobrecimiento masivo y repentino del sector de población de las mujeres, que además se encargaban prioritaria y personalmente de los hijos, entendiendo que con ello ni se estaba profesionalizando el matrimonio, ni convirtiéndolo en un medio de vida, ni fomentando el parasitismo, ni se estaban perpetuando automáticamente unas determinadas condiciones de vida, “sino protegiendo a un sector social que por razones históricas y culturales no estaba preparado para hacer frente de modo autónomo a su supervivencia”⁵⁹³. En este sentido cabe admitir un fundamento asistencial⁵⁹⁴.

La evolución económica, social y cultural de los últimos años ha condicionado la oscilación del fundamento de las obligaciones económicas postmatrimoniales hacia su vertiente compensatoria e indemnizatoria, pese a reconocer que aún pueden seguir teniendo un cierto fundamento asistencial residual. Como dice MORENO-TORRES HERRERA, “hay un dato que cambia sustancialmente el tratamiento que desde el Derecho se debe de dar a esas situaciones: hoy la decisión de dedicarse al hogar y no a una actividad remunerada es una decisión personal, perfectamente evitable y no impuesta, como antaño, por el

⁵⁹³MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *op.cit.*, pp.147 y 149 y ss, quien añade (*Ibid.* p.153): Piénsese que con frecuencia las mujeres contraían matrimonio muy jóvenes, con escaso nivel de preparación en muchos casos y, con nula o escasa experiencia laboral. Piénsese también que las pocas que habían realizado una actividad remunerada, la abandonaban al contraer matrimonio. Pasaban entonces a depender económicamente de sus esposos y a ocuparse exclusivamente de los hijos y del hogar familiar, de suerte que sus posibilidades objetivas de autosuficiencia económica se iban reduciendo a medida que transcurría el tiempo. Caso de sobrevenir una crisis matrimonial, muchas de estas mujeres carecían de posibilidades reales de continuar una existencia digna y, lo que es más importante, sin que se pudiese estimar, como hoy ocurre, efecto o consecuencia de decisiones personales propiamente dichas”.

⁵⁹⁴ Uno de los mayores dilemas (en un sentido similar a lo acontecido durante la II^a República) fue el de evitar el empobrecimiento masivo de las mujeres divorciadas, aunque con la diferencia de la criminalización de los impagos que en un caso fue paralela y en otro muy posterior.

papel que a las mujeres asignaba nuestra tradición cultural”⁵⁹⁵. De ahí que en la actualidad el fundamento sea “la mera posibilidad de que durante la convivencia se hayan adoptado decisiones que han podido suponer un menoscabo de los recursos o capacidades, mayor en uno de los miembros de la pareja que en el otro”⁵⁹⁶.

Consecuentemente, la naturaleza jurídica de las prestaciones compensatorias (especialmente, las pensiones) puede decirse que es controvertida, a diferencia de las alimenticias, que son indiscutiblemente asistenciales. Desde un punto de vista civil existen diversas interpretaciones en torno a la misma:

Para las posiciones unitarias su naturaleza es:

- o bien exclusivamente asistencial (destinada a cubrir las necesidades del cónyuge en precaria situación económica)⁵⁹⁷

- o sólo indemnizatoria (resarcitoria del daño objetivo producido a uno de los cónyuges por la separación o el divorcio),

- o únicamente compensatoria (tanto de factores objetivos, como el cuidado de los hijos o la cooperación en los negocios del cónyuge, como de posibilidades futuras).

⁵⁹⁵ MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *op.cit.*, p.153.

⁵⁹⁶ MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *Ibid.*, p.156, quien añade que basta el mero hecho de no prolongar el anterior nivel de vida para uno de los esposos, para que nazca a su favor la pretensión económica.

⁵⁹⁷ Hay quien considera la pensión compensatoria como una obligación *ex lege* de carácter asistencial, una pensión alimenticia especial, *vid.* APARICIO AUÑÓN, E., “La pensión compensatoria”, *Revista de Derecho de Familia*, Vol. 5 Madrid, 1999.

Desde una concepción mixta, la naturaleza jurídica es compuesta, predominantemente compensatoria pero también asistencial⁵⁹⁸.

Las posiciones señaladas derivan del hecho de que las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código civil son de carácter tanto asistencial como compensatorio, pues la 8ª (relativa al caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge) es la circunstancia asistencial más relevante (destacando su gran paralelismo con el artículo 146 relativo a los alimentos), pero también lo son la 2ª (edad y estado de salud) y la 3ª (cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo)⁵⁹⁹. Las circunstancias 4ª (dedicación pasada y futura a la familia), la 5ª (colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge), la 6ª (duración del matrimonio y convivencia conyugal) y la 7ª (pérdida eventual de un derecho a pensión) tienen, por su parte, un carácter compensatorio.

Compartimos con LALANA DEL CASTILLO que la pensión por desequilibrio económico ha tenido desde su aparición en escena una naturaleza mixta: predominantemente compensatoria pero también asistencial o alimenticia. Lo primero, por ser esencial para su

⁵⁹⁸ LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.27-32, para quien el componente indemnizatorio es el más discutible, por lo que mantiene que la pensión lo tendría "siempre que el cónyuge deudor de la misma fuera el causante de la separación o ruptura del vínculo matrimonial" pero, como la ley no tiene en cuenta la culpabilidad o inocencia de los cónyuges en la concesión de la pensión, considera que "para mantener un elemento indemnizatorio habrá que referirse a una responsabilidad objetiva" (*Ibid.*, p.33). En cuanto a las referencias expresas al carácter mixto o híbrido de la pensión compensatoria en el debate parlamentario, *vid.* CABALLERO GEA, J.A., *op.cit.*, pp.403 y 405.

⁵⁹⁹ Como el hecho de que conforme al artículo 101 el derecho a la pensión se extinga por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona, *vid.* MORENO-TORRES HERRERA, MªL., *op.cit.*, pp.157-158.

concesión la situación posterior en relación con la tenida constante el matrimonio y por el contenido compensatorio de muchas de las circunstancias del artículo 97, como la 4ª, la 5ª y la 7ª. Asistencial o alimenticia, con base especialmente en la circunstancia 8ª del artículo 97 del Código Civil, referente a los medios y necesidades de uno y otro cónyuge, elemento esencial para la cuantificación del derecho de alimentos⁶⁰⁰.

En sentido similar puede mantenerse con CLEMENTE MEORO que “el modelo de la pensión de alimentos subyace en la regulación de la pensión por desequilibrio económico, lo que cabe apreciar si tenemos en cuenta su carácter de prestación periódica, el que se intente igualar a los cónyuges -o ex cónyuges-, como la pensión alimenticia trata de igualar al alimentista en la familia, el que se atiende para su fijación a la edad, salud, posibilidades de empleo, caudal, medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge (cfr. art. 97-1-2ª, 3ª y 8ª C.C. en relación con el 146 C.C.), y el que pueda ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro de los cónyuges (cfr. art. 100 C.C. en relación a los arts. 147 y 152-2º y 3º C.C.)”⁶⁰¹.

⁶⁰⁰LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.32-33, partidario de la interpretación subjetivista señalada. En igual sentido, puede citarse entre otras muchas, la Sentencia de la SA de Barcelona (1ª), de 10 de abril de 1987, cuando dice que “la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan dicho carácter (entre otras, sentencias de esta misma Sala de 6 de mayo de 1985, 19 de junio de 1986, 9 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1987), sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto” (*el énfasis es nuestro*). Otra Sentencia esta vez de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 7 de octubre de 1986, manifiesta: “cualquiera que sea el criterio aplicable a la hora de catalogar la pensión establecida en el artículo 97 del Código Civil, dado que la redacción es confusa por un lado, y por otro, el término compensatorio no encierra un significado claro, como se ha puesto de relieve, ya que lo mismo se puede hablar de compensar la carencia de unos recursos que provocan un estado de necesidad, un daño por medio de una indemnización, o un desequilibrio de nivel de vida respecto a otra persona”.

⁶⁰¹CLEMENTE MEORO, M., *op.cit.*, pp.166-167, con apoyo jurisprudencial. GARCIA RUBIO Mª.P., *op.cit.*, p.155 también habla de “eventuales obligaciones

El carácter mixto de las prestaciones compensatorias queda también avalado por la práctica judicial de no compatibilizar las pensiones alimenticias y compensatorias en los supuestos de separación, sobre la base de que, al ser más amplio el presupuesto de las segundas (el desequilibrio económico) que el de las primeras (necesidad), el otorgamiento de la compensatoria cubre o engloba la alimenticia, a pesar de su posible solicitud conjunta⁶⁰². Para LUNA SERRANO, en tal caso la pensión compensatoria suple de ordinario las necesidades del alimentista⁶⁰³.

Pese a las claras diferencias entre las prestaciones alimenticias y compensatorias⁶⁰⁴, ambas han compartido un contenido asistencial y han cumplido funciones asistenciales en la práctica,

alimenticias” entre divorciados y en este sentido mantiene que, “al adoptar un concepto subjetivo de desequilibrio, poniendo un énfasis particular en las circunstancias que se acaban de señalar, todas ellas de índole asistencial, no cabe duda que la pensión toma unos claros tintes alimenticios que la aproximan a las que genuinamente poseen este carácter” en referencia a las circunstancias 2^a, 3^a y 8^a del artículo 97, según la autora, de especial relevancia para la jurisprudencia.

⁶⁰² Aunque también se ha dado lo contrario, así como diferentes soluciones en materia temporalidad (antes de la reforma de 2005) y en relación a la procedencia o no de modificación de la cuantía por nueva paternidad del obligado, fruto de relación posterior, todo lo cual ha provocado según SAURA ALBERDI, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch Monografías 319, Valencia, 2004, pp.18-19 una situación de gran inseguridad jurídica y graves injusticias para los afectados.

⁶⁰³ LUNA SERRANO, A., *op.cit.*, p.49 (Nota 51). Cabe añadir con EMPARANZA SOBEJANO, L. y EZQUERRECOCHA DEL SOLAR, E., *op.cit.*, p.318. que “en el ámbito judicial es frecuente la confusión entre alimentos y pensión compensatoria para el cónyuge más desfavorecido y, de hecho, se suele conceder la pensión compensatoria en base a la necesidad y no en base al desequilibrio económico, dándose incluso la situación de que, habiendo solicitado alimentos para la mujer como consecuencia de la separación, la resolución otorgue pensión compensatoria y no tales alimentos”. En sentido similar *vid.* CLEMENTE MEORO, M., *Derecho de Familia, cit.*, VL. MONTES y E. ROCA Coords., p.163; GARCÍA PÉREZ, M^aP., *op.cit.*, p.153 y ss y VALLADARES, E., *op.cit.*, p.429.

⁶⁰⁴ CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.16 y ss; LALANA DEL CASTILLO, C.E., *op.cit.*, pp.41,47 y ss; SAURA ALBERDI, I., *op.cit.*, 2004, pp.91 y ss (esp. 125 y ss) y VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y divorcio*, Edit. Dijusa, Madrid, 2005, pp.195 y ss.

condicionadas por el modelo conyugal (y familiar) de histórica dependencia económica de las mujeres⁶⁰⁵.

La función asistencial de las prestaciones (especialmente las pensiones) compensatorias puede razonarse con base en el parcial fundamento originario y en parte de su naturaleza jurídica, lo que se avala con los criterios asistenciales del artículo 97 del Código Civil (2^a, 3^a y 8^a) y la interpretación subjetivista del mismo. Puede también alegarse que en muchas ocasiones, dados los escasos recursos del deudor, la cuantía de la pensión por desequilibrio aprobada o determinada judicialmente ha venido siendo de poca monta, alcanzando a cubrir sólo las necesidades vitales o ni siquiera permitiendo subsistir al cónyuge acreedor⁶⁰⁶. Tal y como señalaba la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de

⁶⁰⁵ Reconociendo la importancia del modelo jurídico instaurado en 1981 de reparto equitativo de los bienes entre los cónyuges durante el matrimonio y tras el mismo; así SAURA ALBERDI, I., *op.cit.*, pp.22-23, quien junto a las diferencias, reconoce a las prestaciones compensatorias un cierto carácter alimenticio y destaca que la pensión compensatoria fue una figura especialmente concebida para proteger a las mujeres en una época en la que la mayoría de ellas dependían económicamente de sus maridos y se dedicaban únicamente al hogar y a los hijos (*Ibid.*, p.19).

⁶⁰⁶ Pues, como dice LALANA DEL CASTILLO C.E., *op.cit.*, pp.28 y 39: “en la práctica difícilmente va a poderse conceder una pensión cuya cuantía alcance para mantener el nivel de vida de los cónyuges“, quien en estadística elaborada hasta 1993 estimaba que en el 70% de las pensiones era de 7.500 a 30.000 pesetas al mes. En sentido similar CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, pp.71-72. Según datos aportados por SILLERO CROVETO, B. y LAURENZO COPELLO, P., *op.cit.* p. 135 sobre los casos registrados en los Juzgados de Málaga en el periodo de 1992 a 1993 el monto de las pensiones fijadas en sede civil cuyo incumplimiento dio lugar a los procesos penales resulta sorprendentemente escaso, ya que el 78% quedaba por debajo de las 50.000 pesetas, y en los casos de mujer con uno o dos hijos/as el 42% recibía entre 25.000 y 50.000 pesetas. Por su parte BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. (*cit.* por SAURA ALBERDI, B., *op.cit.*, p.168) en estudio estadístico de las pensiones compensatorias otorgadas por la jurisprudencia menor hasta 1997, concluye que “aunque la cuantía suele establecerse por un importe específico en dinero, en otras ocasiones se determina en porcentaje de los ingresos del cónyuge o excónyuge obligado (el 58% menos del 20% de los ingresos; el 19%, entre el 20% y el 30% de los ingresos; y el 23% entre el 30% y hasta el 50% de los mismos, destacando también que el elemento más valorado como criterio jurisprudencial en la aplicación del artículo 97 es “el de los medios económicos del cónyuge desfavorecido y sus posibilidades de obtener rentas con su propio trabajo”.

10 de diciembre de 1995, “en el divorcio la posible situación de necesidad de un cónyuge podrá paliarse mediante la pensión compensatoria, y en la separación puede ocurrir que, o bien la fijación de pensión compensatoria hace innecesaria la previsión actual de alimentos, o que se atienda al derecho de alimentos vía pensión compensatoria”⁶⁰⁷.

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica mixta (parcialmente asistencial) y la función asistencial de las prestaciones compensatorias (especialmente las pensiones), que están o pueden estar determinadas conforme a criterios de tal carácter (como son los previstos en las circunstancias 8^a, (caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge), 2^a (edad y estado de salud) y 3^a (cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo) del artículo 97 del Código civil), es lo que posibilita la consideración de las prestaciones compensatorias como objeto material del delito de inasistencia del artículo 227 del Código Penal (y antes del artículo 487 bis).

También creemos, según venimos manteniendo, que es preciso tomar en consideración la evolución civil de la materia, para una mejor o más adecuada valoración y aplicación del precepto penal y como base para su cuestionamiento político-criminal.

Fruto de la reforma jurídico-civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 7 de julio, el nuevo artículo 97 del Código Civil ya no regula prioritariamente, como el anterior, el derecho a una “pensión”, sino el derecho a una “compensación” (que puede fijarse en convenio

⁶⁰⁷ *Cit.* por BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.84. Reconocen la función alimenticia que cumplen a veces las prestaciones compensatorias BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibid.*, p.84 y LAURENZO COPELLO, P., “El impago...” *cit.*, pp. 783-785, *Los delitos... cit.*, p.68 y “Comentario...” *cit.*, pp.1275-1276.

regulador -resaltando la autonomía de los cónyuges- o directamente en la sentencia) y que puede ser o bien pensión indefinida, o temporal (expresamente regulada *ex novo*), o prestación única⁶⁰⁸.

Por un lado, la reforma civil de 7 de julio de 2005 ha favorecido, según SAURA ALBERDI, una importante reducción del número de mujeres con derecho a percibir la pensión compensatoria, como reflejo de algunos cambios sociales tales como la mayor independencia económica de cada uno de los cónyuges (fruto del acceso de las mujeres al mundo laboral), el descenso de la natalidad y el paralelo auge de las parejas de hecho, en una forma convivencial diferente al matrimonio⁶⁰⁹.

Con MONTERO AROCA, FLORS MATÍES y ARENAS GARCÍA, "si en la Ley de 1981 se trataba del derecho a una pensión, ahora en la Ley de 2005 se trata de una indemnización, de modo que puede irse viendo como la realidad social del matrimonio en el que ha ido desapareciendo el reparto tradicional de funciones entre el marido y la mujer y en el que ha desaparecido la nota de la indisolubilidad, hasta el extremo de que el número de rupturas se acerca al de la mitad de los matrimonios celebrados. Estas circunstancias van provocando la igualdad efectiva entre los cónyuges, y esa igualdad tiene que manifestarse también en lo económico. Además, permitido el divorcio por la sola voluntad de uno de los cónyuges y presupuesta

⁶⁰⁸En cuanto a la temporalidad hay que recordar que ya en 1994 la *Proposición de Ley sobre la reforma de la Legislación civil sobre separación y divorcio*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, mantenía la regulación expresa del límite temporal de la pensión compensatoria, *vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 12 de septiembre de 1994, número 84-1, pp. 1 y ss.

⁶⁰⁹ SAURA ALBERDI, B., *op.cit.*, pp.20 y ss, con un paralelo descenso en la aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 97, relativa a la dedicación pasada y futura a la familia.

la capacidad de los dos para obtener recursos económicos, la idea misma de la pensión compensatoria tiene que ir perdiendo virtualidad”⁶¹⁰.

Compartimos el trazado evolutivo de la pensión compensatoria que presenta MARTÍNEZ ESCRIBANO, en un sentido similar a lo hasta ahora expuesto, así como sus palabras cuando dice que la solidaridad postconyugal o la idea de compromiso más allá del matrimonio que subyace a las citadas prestaciones “parece que no encaja con el nuevo cariz que toma ahora el divorcio en términos de simplicidad y remoción de obstáculos para que tenga lugar, toda vez que esta prolongación de las obligaciones conyugales más allá del matrimonio constituiría una rémora en los nuevos planteamientos”⁶¹¹.

Por lo dicho, pueden y deben distinguirse aún dos tipos de situaciones:

- la de los matrimonios de cierta edad y de corte tradicional en los que el hombre es la fuente de ingresos y la mujer ama de casa, para los que están destinadas las pensiones indefinidas⁶¹², y

- la de los cónyuges autónomos económicamente a los que, en su caso, puede aplicarse una pensión temporal o la prestación

⁶¹⁰ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *op.cit.*, p.204 y en sentido similar MORENO-TORRES HERRERA, M^aT., *op.cit.*, p.159.

⁶¹¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil”, en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, G. GUILARTE Dir., Lex Nova, 2005, p.91.

⁶¹²*Vid.* STS, civil, de 17 de diciembre de 2010 por la que se declara improcedente limitar temporalmente la pensión compensatoria concedida a la ex esposa, por razones de edad, duración del matrimonio, delicado estado de salud y tiempo que lleva sin trabajar.

única, teniendo en cuenta que, en numerosas ocasiones, no tendrá lugar entre ellos la valoración del desequilibrio⁶¹³.

Por otro lado, parece poderse convenir que existe una decantación de las prestaciones compensatorias hacia su vertiente compensatorio-indemnizatorio, en detrimento de la vertiente asistencial, por lo anteriormente señalado y dada la redacción del nuevo precepto que tiende a favorecer la interpretación de las circunstancias que regula como base para la determinación de la cuantía, una vez constatado el desequilibrio, dando así la razón a su interpretación objetivista en contraposición a la subjetivista, de carácter más asistencial⁶¹⁴.

Por último, añadir que las prestaciones compensatorias pueden ser propuestas por los cónyuges en las separaciones y en los divorcios y también pueden ser solicitadas (principio rogatorio), siendo exigibles sólo desde la sentencia. Conllevan sus propias bases de actualización y pueden ser modificadas por "alteraciones sustanciales" en la fortuna de uno u otro de los cónyuges (artículo 100 del Código Civil).

El derecho a la pensión se extingue por las causas contempladas en el artículo 101, como son el cese de la causa que la motivó, el contraer la persona acreedora nuevas nupcias o la convivencia marital con otra persona, pero no por la muerte de la

⁶¹³ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *Ibid.*, pp.204 y 205. Como expone GARCÍA VARELA, R., en *Comentario del Código civil*, Coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Edit. Bosch, Barcelona, 2006, p.160, es preciso demostrar una directa relación causal entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio, o no procede la compensación.

⁶¹⁴MARÍN LÓPEZ, M.J., *op.cit.*, p.227; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op.cit.*, pp.192 y ss; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *op.cit.*, pp.203 y ss y MORENO-TORRES HERRERA, M^aL., *op.cit.* p.142 y ss.

persona obligada⁶¹⁵, a lo que hay que añadir, fruto de la reforma de la Ley/2005, su extinción por el vencimiento del plazo para el que fue otorgada⁶¹⁶. Por lo demás, pueden pactarse, son renunciables y transmisibles y, dada su falta de regulación expresa, puede interpretarse que las pensiones vencidas prescriben a los 5 años⁶¹⁷.

III.- 1. b) 3) 1) c) Las indemnizaciones por nulidad matrimonial

Las indemnizaciones por nulidad matrimonial para quienes han sido cónyuges están reguladas en el artículo 98 del Código Civil y, en principio, desde 1981 han sido previstas con forma de pago, presupuestos y naturaleza distintos a los de las prestaciones alimenticias y compensatorias. La reiterada reforma civil de julio de 2005 no ha modificado su regulación⁶¹⁸.

Consisten en el pago unitario de una cantidad a tanto

⁶¹⁵ Por lo que la obligación se transmite a los herederos, aunque luego puedan éstos solicitar del/la juez su reducción o supresión en función del caudal hereditario y de la afectación a sus derechos de legítima (artículo 101, 2). *Vid.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., "El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor", en *Revista General de Derecho*, N°s. 604-605, 1995, pp.31-47.

⁶¹⁶La inexistencia de disposición legal prohibitiva de su limitación temporal antes de la reforma, favoreció que sectores de la doctrina y de la Jurisprudencia se manifestasen partidarios de la temporalidad de la pensión compensatoria, como ya hemos señalado, *vid. infra* p. 142, Nota 205, y *vid.* también CAMPUZANO TOMÉ, H., *op.cit.*, p.56; EMPARANZA SOBEJANO, L. y EZQUERECOCHA DEL SOLAR, E., *op.cit.*, pp.315-343; HIJAS PALACIOS, E., *op. cit.*, pp.217 y ss y ORTEGA LLORCA, V., *op.cit.*, p.11263. En igual sentido se han manifestaron algunas asociaciones de padres separados y divorciados.

⁶¹⁷ Con base en el artículo 1666,3 del Código Civil, frente a quien interpreta que el plazo es de 15 años, al entenderla como una obligación personal sin término especial, *vid.* SAURA ALBERDI, B., *op.cit.*, pp.249-25. MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *op.cit.*, p.226, quienes mantienen el plazo de 5 años para la actualización de la pensión.

⁶¹⁸ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *Ibid.* pp.218 y ss y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y divorcio...cit.*, pp.204 y ss.

alzado, no de una renta periódica, que imposibilita su revisión, y puede reclamarla el cónyuge de buena fe en el mismo juicio de nulidad o en proceso distinto y específico, admitiéndose su compatibilidad con la indemnización por daños y perjuicios del artículo 1902 del Código civil⁶¹⁹.

Sus presupuestos son el matrimonio declarado nulo por sentencia (civil o canónica), la convivencia conyugal anterior a la declaración de nulidad y la actuación de buena fe por parte del cónyuge reclamante⁶²⁰.

La remisión que hace el artículo 98 al artículo 97 para fijar la indemnización ha planteado serias dudas sobre si también debe considerarse o no, como presupuesto, el desequilibrio económico. Se sostiene al respecto, por un lado, que la remisión al artículo 97 hay que considerarla referida ante todo al desequilibrio económico (entendiendo que si éste se ha producido resultaría injusto exonerar del pago de la indemnización al cónyuge que se ha beneficiado de aquél, aunque contrajera el matrimonio de buena fe); por otro lado, se interpreta más limitadamente la remisión al precepto, reducida a una función de cuantificación o determinación del montante de la indemnización (con base en el tenor literal que sólo remite a “las circunstancias previstas en el artículo 97”)⁶²¹.

⁶¹⁹ Con base en la causación consciente o negligente de daños y perjuicios, frente al fundamento objetivo de la indemnización del artículo 98, GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.*, p.178 y PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia, Nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia. Comentarios, texto legal, casos prácticos. Jurisprudencia y formularios*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.95 y ss.

⁶²⁰ Pese a la exigencia legal expresa de buena fe en la persona demandante, hay quien interpreta como necesario el requisito de la mala fe del deudor, con lo que se cobraría un sentido sancionador, *vid.* CLEMENTE MEORO, M., *op.cit.*, p.175.

⁶²¹ CAMPUZANO TOMÉ., H., *op.cit.*, pp.19 y 20; PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.cit.*, pp.89 y ss y ROCA i TRÍAS, E., en *Derecho de Familia, cit.*, p.77.

Aunque su fundamento no haya sido aclarado por la ley, su naturaleza jurídica es considerada indemnizatoria, resarcitoria, ya que “intenta compensar económicamente los inconvenientes de todo orden de la anómala situación personal en la que se ha encontrado el cónyuge de buena fe conviviendo con otra persona en aras de un vínculo inexistente, con la consiguiente limitación personal que, para el cónyuge que ve desvanecerse su situación de casado, la convivencia supone, por ser –aunque sin duda voluntaria– no cualificada y amparada por el vínculo matrimonial sobre la que precisamente quería establecerla”⁶²². Por ello, puede decirse que su naturaleza jurídica no es directamente asistencial, ni siquiera directamente compensatoria, aunque en el Proyecto de Ley de 1981 se hubiese pretendido su total equiparación con la pensión derivada de divorcio⁶²³. A efectos penales ello nos plantea el problema del encaje de su incumplimiento en el artículo 227 del Código, como delito de inasistencia familiar.

Pensamos que la razón para poder incluir los impagos derivados de nulidad en el precepto señalado es doble:

-la similitud material de las situaciones derivadas de la disolución y de la nulidad de un modelo matrimonial de dependencia económica, y a la vez,

⁶²² LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Derecho de familia*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1989, p.175. GARCÍA RUBIO Mª.P., *op.cit.*, pp.178-179 destaca que su finalidad reside en la reparación de los daños producidos desde la celebración del matrimonio hasta que cesa la vida en común que, con un fundamento objetivo, no necesitan ser probados, según la práctica jurisprudencial, en la que, tras la STS de 10 de marzo de 1992, la concurrencia de buena fe en ambos cónyuges (mayoría de los casos) toda vez que se presume y normalmente no resulta desvirtuada, hace decaer la indemnización prevista en el artículo 98, con lo que se reduce su aplicación.

⁶²³ *Vid. infra* p.143 y Nota 211.

- el “especial” papel jugado por la nulidad matrimonial en un sistema, como el nuestro, de larga tradición de indisolubilidad matrimonial⁶²⁴.

De la nulidad matrimonial pueden derivarse las mismas o muy similares situaciones de desequilibrio económico y de necesidad (asociadas a la dependencia económica) que tras el divorcio; en este sentido, cabe entender la remisión del artículo 98 al 97 del Código civil, que, como hemos visto, es posible interpretar en relación al desequilibrio económico mismo, teniendo en cuenta que su absoluta desconsideración en la determinación de la indemnización por nulidad podría derivar en consecuencias injustas⁶²⁵. Ello incluye, sin duda, las circunstancias asistenciales anteriormente señaladas y de ello puede derivarse, en casos concretos, una cierta “función asistencial” de las prestaciones derivadas de nulidad.

Resulta preciso tener también en cuenta la larga tradición de indisolubilidad matrimonial de un país, como el nuestro, que ha llevado a que la nulidad tenga un papel “especial”, muy diferente al de los países con tradición de divorcio, en los que ha resultado ser una vía marginal y claramente diferenciada de la del divorcio. En el nuestro, por el contrario, ha sido utilizada en numerosas ocasiones, más frecuentes durante los primeros años de vigencia de la ley, como vía sustitutiva o alternativa (aunque también complementaria, posterior o concurrente) a la del divorcio, y ha podido resultar útil precisamente para eludir el pago de la pensión *post* divorcio.

⁶²⁴ Desde el Código de 1995, ya que, como hemos expuesto, originariamente no fueron incluidas en la reforma de 1989, aunque, por las razones apuntadas en el texto, pensamos que en 1989 tenía más lógica su incriminación que posteriormente.

⁶²⁵ *Vid.* GARCIA RUBIO, M^a.P., *op.cit.*, p.180, al hablar de eventuales obligaciones alimenticias tras la declaración de nulidad matrimonial. *Vid.* también *infra* pp. 144-145.

Con GARCÍA RUBIO de *lege ferenda* cabría plantear la equiparación entre los efectos patrimoniales de los ex cónyuges de una declaración de nulidad y una de divorcio, lo que evitaría la instrumentalización de la acción de nulidad y la dejaría circunscrita “al ámbito que le es propio y constituiría un factor de moralización en la elección del medio a utilizar para romper el vínculo matrimonial. Sería, en fin, una solución más justa, pues si con las asignaciones económicas postmatrimoniales se trata de favorecer al cónyuge más débil, no se debe olvidar que la posición económica de este último, es, tras la nulidad o el divorcio, sustancialmente la misma”⁶²⁶.

III.- 2. a. 3) 2) Los convenios judicialmente aprobados y las resoluciones judiciales

Según el artículo 227 del Código penal los impagos abarcados por él son solamente los derivados de “convenio judicialmente aprobado” o de “resolución judicial”, expresiones que hacen referencia a las decisiones judiciales matrimoniales adoptadas en función del origen de los procedimientos existentes: consensual o de mutuo acuerdo y/o contencioso o contradictorio.

Las normas procesales aquí aplicables constituyen una normativa relativamente dispersa que ha sido objeto de modificación en varias ocasiones, aunque a efectos expositivos diferenciamos dos periodos de vigencia: antes y después de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Desde 1981 a 2000, las normas procesales que fundamentalmente regularon la materia fueron las Disposiciones Adicionales 1 a 9 de la ley 30/1981, de 7 de julio y la vieja Ley de

⁶²⁶ GARCÍA RUBIO, M^aP., *Ibid.* pp.180 y ss (esp. p.184).

Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881⁶²⁷. Los procedimientos legales para la sustanciación de las causas de separación, divorcio y nulidad eran entonces los siguientes⁶²⁸:

1. Las medidas provisionales previas al proceso correspondiente estaban reguladas por la Disposición adicional 4ª de la ley de 1981 (en relación a los artículos 70 a 104 del Código Civil) y los artículos 1884 y 1885 de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Las medidas provisionales simultáneas al proceso correspondiente estaban reguladas por la Disposición adicional 4ª de la ley de 1981 (en relación a los artículos 102 y 103 del Código Civil) y los artículos 1869 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. El procedimiento para la sustanciación de las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro, queda regulado por la Disposición adicional 6ª de la ley de 1981.

4. El procedimiento para la sustanciación de las demandas de separación y divorcio sin mutuo acuerdo y de las de nulidad por las causas comprendidas en los apartados 2 y 3 del artículo 73 del Código Civil y las formuladas al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil y que no tengan señalado un procedimiento especial, se regulaba conforme a la Disposición adicional 5ª de la ley de 1981 y se sustanciaba por los trámites de los incidentes conforme a los artículos 741 a 761 de la Ley procesal civil de 1881.

5. El procedimiento para la sustanciación de las demandas de nulidad del matrimonio por causas distintas de las previstas en la

⁶²⁷ Así como la Disposición derogatoria, último párrafo, de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶²⁸ Siguiendo a ROMERO COLOMA, A.Mª., *op.cit.*, pp.23-25.

Disposición adicional 5ª, conforme a la Disposición adicional 7ª de la Ley de 1981 se regía por los trámites del juicio de menor cuantía, con base en el artículo 484, 2 de la vieja Ley de Enjuiciamiento civil⁶²⁹.

6. Hay que añadir la posibilidad abierta por la Ley 34/1984 de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de ejecución provisional de sentencias, en concreto, de las sentencias apeladas en las que se reconocían pensiones compensatorias, supuestos en los que se exigía fianza para garantizar la posible devolución de lo pagado en caso de revocación de la pensión por la Audiencia, o en caso de darse una reducción de su cuantía⁶³⁰. También era posible en los autos reconocedores de pensiones alimenticias, en los que no existía la necesidad de prestar fianza alguna, puesto que lo acordado por auto en medidas provisionales era ejecutivo desde el momento de su notificación⁶³¹.

7. Los procedimientos de modificación del convenio o de las medidas judiciales remitían su tramitación al procedimiento seguido para su adopción, sólo ante la concurrencia de alteraciones sustanciales de las circunstancias, según lo previsto en los artículos 90,3, 91 in fine, 100 y 147 del Código Civil.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de

⁶²⁹ Además de la normativa relativa a la homologación de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado recogida en la Disposición adicional 2º, apartados 1,2 y 3, (en relación al artículo 80 de Código Civil) y la correspondiente a la homologación de sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, regida por el artículo 107 del Código Civil y los artículos 951 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶³⁰ Pese al artículo 385,3 de la LEC sobre la no ejecutoriedad provisional de las sentencias recaídas en juicios sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio y otros asuntos, *vid.* GONZÁLEZ POVEDA, P. y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., *op.cit.*, p.202 y LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias...cit.*, pp.39 y ss.

⁶³¹ Ya que, a diferencia de las sentencias, los autos no son susceptibles de recurso, salvo la oposición ante el mismo juez prevista en el artículo 1900 de la vieja Ley.

enero) ha derogado las Disposiciones adicionales de la vieja Ley de matrimonio y divorcio de 1981 y desde su entrada en vigor hasta el presente regula los procedimientos matrimoniales en sus artículos 769 y ss. (Capítulo IV (Título I), relativos a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores del Libro IV regulador de los procesos especiales)⁶³²:

1. Las medidas provisionales previas a las demandas de separación divorcio y nulidad (artículos 102 y 103 del Código Civil) están ahora previstas en el artículo 771, el procedimiento para solicitar las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda, en el artículo 773, y en el 772 el relativo a la confirmación o modificación de las medidas provisionales adoptadas previamente a la demanda, al admitirse ésta.

2. El procedimiento para solicitar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo está previsto en el artículo 777 de la Ley.

3. El procedimiento para solicitar la separación o el divorcio de forma contenciosa se recoge en el artículo 770.

4. El procedimiento para solicitar la nulidad matrimonial y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil, se sustancia por los trámites de los juicios verbales, conforme al Capítulo I del mencionado Título y por el artículo 770 de la Ley⁶³³.

⁶³² Siguiendo a ILLÁN FERRÁNDEZ, J.M^a, *Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi/Thompson, Navarra, 2^a edic., 2002, pp.147-149.

⁶³³ Entre otros, el procedimiento de la ejecución forzosa de las medidas regulado por el artículo 776, el procedimiento para la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos o de las decisiones de matrimonio rato y no consumado regido por el artículo 778, o el del reconocimiento de la eficacia civil de las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, con base en el artículo 523.

5. Los procedimientos para la confirmación o modificación de medidas provisionales previas a la demanda al admitirse ésta se rige por el artículo 772 y el incidente de modificación de medidas por el artículo 775, en relación al 771⁶³⁴.

La Ley citada ha sido a su vez reformada en algunos aspectos por la Ley 15/2005, de 7 de julio, que modifica el Código Civil en cuestión de separación y divorcio⁶³⁵. Hay que recordar además la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, por la que el juez de instrucción podía adoptar medidas provisionales de carácter civil⁶³⁶, junto a las penales, con la finalidad de asegurar y garantizar la posición de la víctima (nuevo artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal añadido por la citada reforma). Esta Ley ha sido sustituida por la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a partir de la cual los jueces de instrucción con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer, que estén conociendo del proceso penal relativo a los actos de violencia denunciados, como medio para una mayor efectividad de la protección integral, deberán conocer y decidir sobre todos los aspectos civiles relativos a las separaciones, divorcios y nulidad (nuevo artículo 87 ter de la LOPJ)⁶³⁷.

⁶³⁴ Y el procedimiento especial para la adopción de medidas a que hace referencia el artículo 158 del Código civil, en relación a los hijos, como por ejemplo, el aseguramiento de la prestación de alimentos.

⁶³⁵ Y los artículos 770, 771, 775 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *vid.* MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *op.cit.* pp.23 y ss.

⁶³⁶ Como la prestación de alimentos y las relativas a la vivienda familiar y el régimen de custodia y comunicación con los hijos. Las medidas cautelares de naturaleza civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia de treinta días, y si dentro de ese plazo se incoase un procedimiento de familia ante la jurisdicción civil, las medidas seguirán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, plazo en el que deben ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez competente de Violencia sobre la Mujer.

III.- 2. b. 3) 2) a) Los convenios judicialmente aprobados

Los procedimientos consensuales o de mutuo acuerdo han estado regulados por la Disposición adicional 6ª desde 1981 y, desde 2000, por el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificado parcialmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio), que exige como *conditio sine qua non* la presentación de un convenio regulador.

Su principal característica es el consenso de los cónyuges para obtener una separación o un divorcio rápido y simplificado, teniendo que alegar y demostrar hasta 2005 alguna de las causas previstas en el Código civil (artículos 81 y 82 para la separación y 86 para el divorcio): normalmente, el cese de la convivencia conyugal. La Ley 15/2005 ha reformado los artículos 81 y 86 y suprimido el 82 y, desde entonces, la separación y el divorcio se configuran (Exposición de Motivos) como una facultad de cada uno de los cónyuges cuyo ejercicio no está sujeto a otra causa que a la voluntad y libre decisión de las

⁶³⁷ Como por ejemplo en materia de alimentos a los hijos e hijas menores reclamados por un progenitor contra el otro. La competencia es exclusiva y excluyente en el orden civil (con inhibición del juez civil correspondiente, según el nuevo artículo 49 bis de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, modificado por el artículo 57 de la Ley de violencia de género) siempre que concurren simultáneamente los siguientes requisitos: que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de la violencia de género; que alguna de las partes del proceso civil seas imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de los actos de la violencia de género; y que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta como consecuencia de un acto de violencia contra la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “De la política penal...” *cit.*, pp.210 y 233 y ss; MASCARELL NAVARRO MªJ., “Análisis de las reformas procesales de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Coord. J.V., GAVIDIA SANCHEZ, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp.335 y ss; MAGRO SERVET, V., “El Juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral”, en “La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII-2005, Madrid, 2006, pp.216 y ss; MAYORDOMO RODRIGO, V., *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*, Edit. Dilex, Madrid, 2005, pp.41 y ss y 74 y ss y MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *op.cit.* pp.349 y ss.

partes, exigiéndose únicamente el requisito de haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. El convenio se ha configurado desde 1981 como la incorporación de la autonomía de la voluntad, y ahora su directa expresión, por ello el acuerdo de las partes regulando los efectos de la nueva situación en los términos de los artículos 90 y 103 del Código Civil se considera necesario que acompañe a la demanda de separación (artículo 81, 1) y, en su caso, a la demanda o al escrito inicial de solicitud de divorcio (artículo 86, antes *in fine, ahora a través del artículo 81, 1*)⁶³⁸.

El artículo 90,1 Código Civil sigue estableciendo como contenido de los convenios, entre otros aspectos (apartado D)), la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, sus bases de actualización y garantías y (conforme al apartado E)) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial, así como la pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges, es decir, la pensión compensatoria (apartado F))⁶³⁹.

La y F) intervención judicial en los procedimientos matrimoniales consensuales consiste en la aprobación del convenio o en su modificación cuando se den las circunstancias del artículo 90: esto es, cuando las condiciones sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (o para los hijos). En tal caso la denegación habrá de hacerla el juez mediante resolución motivada y los cónyuges deberán presentarle nueva propuesta para su aprobación, si

⁶³⁸ MORENO QUESADA, B., *op.cit.*, p.135.

⁶³⁹ Apartados C), D) y E) respectivamente antes de la nueva redacción dada al artículo por la ya reiterada reforma 15/2005, de 8 de julio y de la reforma de Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que han modificado parcialmente el artículo.

procede⁶⁴⁰.

El juez también puede establecer las garantías reales o personales que el cumplimiento del convenio requiera (último párrafo del artículo 90), lo que podría resultar importante de cara a la aplicación o exclusión del artículo 227.

El carácter jurisdiccional de la intervención judicial en este tipo de procesos no contradictorios resulta afirmado por la necesidad misma de la intervención como tal órgano jurisdiccional y porque el acuerdo de las partes no significa obligatoriedad ni automatismo en la aprobación judicial del mismo⁶⁴¹. En este sentido, cabe resaltar la importancia de la intervención judicial y la naturaleza mixta del convenio, por entender que interviene en él, junto a los particulares, la autoridad pública que deviene preponderante⁶⁴².

La resolución judicial de aprobación del convenio tiene fuerza ejecutiva, siendo exigible por la vía de apremio (artículo 90). Contra el auto que concede medidas que se apartan del convenio cabe recurso de apelación, sin suspensión de la eficacia de las medidas y sin afectar a la firmeza de la sentencia relativa a la acción principal de separación o divorcio (artículo 777, 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁶⁴³, así como también cabe apelación contra la sentencia denegadora de la

⁶⁴⁰ Como dice BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.* p.80 (Nota 200) debe recordarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 10-XI-1995, que expone que la intervención judicial no tiene que ser exigida respecto de todos los acuerdos del convenio, sino exclusivamente de los que afectan a los hijos y de aquéllos otros que quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el derecho de alimentos.

⁶⁴¹ ROMERO COLOMA, M^a A., *Aspectos procesales... cit.*, pp. 89 y 90.

⁶⁴² MORENO QUESADA, B., en *Curso de Derecho Civil IV. Familia y sucesiones*, SANCHEZ CALERO, F.J. Coord., 2004, *cit.*, pp. 135-136.

⁶⁴³ El recurso de apelación lo será en un solo efecto, ya que el artículo 777,8 de la citada Ley establece que el recurso no suspenderá la eficacia de las medidas ni a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio.

separación o el divorcio⁶⁴⁴. Contra el auto que aprueba en su totalidad la propuesta del convenio no cabe recurso alguno (artículo 777, 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como tampoco respecto de la sentencia que declare la separación o el divorcio en la que además se apruebe en su totalidad la propuesta de convenio⁶⁴⁵.

III.- 2. a. 3) 2) b) Las resoluciones judiciales

Aunque las resoluciones judiciales (autos y sentencias) se adoptan en ambos tipos de procedimientos, en los de mutuo acuerdo y en los contenciosos, la expresión del artículo 227 hace referencia a las adoptadas en los procedimientos contenciosos.

Los procesos contradictorios o contenciosos matrimoniales han estado regulados por la Disposición adicional 5ª desde 1981 y los artículos 741 a 761 de la vieja Ley procesal de 1881, y, desde 2000, por el artículo 770 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado también parcialmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Son los procedimientos en los que no existe acuerdo entre las partes y en los que, tras un año de matrimonio, resultaba preciso alegar y demostrar alguna de las causas de separación (artículos 81 y 82) o divorcio (artículo 86) desde 1981 hasta 2005⁶⁴⁶. Tras la Ley 15/2005 ya no hay que alegar ni demostrar causas tasadas para la

⁶⁴⁴ Aunque sí se admita recurso de aclaración, con la posibilidad de rectificación de errores materiales (artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ILLÁN FERRÁNDEZ, J.Mª, *op.cit.*, pp.284 y 418.

⁶⁴⁵ En ambos casos sólo cabe la intervención del Ministerio Fiscal en interés de los hijos o menores incapacitados.

⁶⁴⁶ Entre las causas previstas para la separación quisiéramos destacar el las relativas al incumplimiento de deberes conyugales como el abandono injustificado del hogar, la infidelidad o la violación grave y reiterada de los deberes previstos en los artículos 67 y ss del Código Civil. Entre las causas previstas para solicitar el divorcio predominan las de cese efectivo de la vida conyugal con exigencia de determinados plazos legales, con determinados requisitos.

separación o el divorcio reguladas por el Código Civil.

La desaparición de las causas de separación y divorcio implica:

1. Que sólo es preciso manifestar la voluntad de separarse o divorciarse para que el órgano jurisdiccional así los acuerde.

2. Que la separación y el divorcio son concebidas como dos opciones a las que cualquiera de los cónyuges puede acudir indistintamente, según le convenga.

3. Que se posibilita de este modo la obtención del divorcio sin necesidad de previa separación judicial o de hecho.

4. Que el único requisito es presentar la demanda una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo acreditación de riesgo para la vida integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual, en cuyo caso no se requiere plazo alguno.

5. Que no cabe oposición frente al objeto principal del procedimiento (separación o divorcio), por lo que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria al que puede acumularse un proceso en sentido propio en lo relativo a los efectos derivados y las pretensiones de las partes⁶⁴⁷. Hay que decir que la importancia de la intervención judicial es similar en los dos tipos de procedimientos, aunque sea más intensa en los contenciosos, y pese al acercamiento entre una y otra, tras la reforma de 2005 mencionada.

En las sentencias de separación, divorcio y nulidad, o en ejecución de las mismas, los jueces también pueden establecer las cautelas o garantías que estimen necesarias para el cumplimiento

⁶⁴⁷ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R., *op.cit.* pp. 364-366.

efectivo de las decisiones adoptadas, según el artículo 91 del Código Civil. Cuando las prestaciones queden suficientemente cubiertas o aseguradas con garantías reales o personales recogidas en la resolución judicial, en caso de impago y cuando se den los demás requisitos, podría excluirse la aplicación del artículo 227, dado que en última instancia la ejecución de tales medidas permite continuar percibiendo las cantidades debidas sin lesión del bien jurídico “familiar”, lo contrario de lo que sucedería si se agotasen o resultasen ineficaces, porque entonces podría apreciarse el delito⁶⁴⁸.

Los autos de medidas provisionales (previas o coetáneas a la demanda) no son recurribles (artículos 773,3 y 771,4), ya que el legislador no ha previsto la posibilidad de modificar las medidas provisionalmente acordadas hasta la adopción de medidas definitivas en la sentencia.

Las sentencias son recurribles en apelación, conforme al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero el recurso no suspende la aplicación de las medidas que se acuerden en ellas, que son eficaces desde que son dictadas⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ *Vid. infra* p.326, Nota 569.

⁶⁴⁹ Si la impugnación lo fuera sólo de las medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la separación, el divorcio o la nulidad, porque según ILLÁN FERRÁNDEZ, J.M^a, *op.cit.*, pp.188 y 270 la novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 radica tanto en la ejecutabilidad de las medidas a pesar de la apelación como en el hecho de que la sentencia es apelable o bien sólo respecto de las medidas, o bien sólo respecto de la declaración de separación, divorcio o nulidad, aunque también respecto de ambas cosas a la vez, es decir, en relación a las medidas y a la declaración principal; también señala la contradicción entre los preceptos 525,1,1 y el 774,5, de la Ley, que puede desembocar, por ejemplo, en caso de modificación en apelación de la pensión compensatoria, en tener que devolver la diferencia de cuantías o, en su caso, la cantidad íntegra.

III.- 2. b. Tipo subjetivo: dolo y error de tipo

Aunque cabría una configuración imprudente del delito de impagos, con sus correspondientes repercusiones tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo⁶⁵⁰, el Código penal de 1995, a diferencia del viejo Código Penal, cuya regulación abierta de la imprudencia posibilitaba su apreciación junto a la modalidad dolosa⁶⁵¹, en su artículo 227 regula sólo la figura delictiva de los impagos dolosos.

Los impagos realizados con negligencia o por error vencible de tipo quedan excluidos de la incriminación y son impunes, por la falta de su tipificación expresa, según la exigencia prevista en el vigente artículo 12 del Código penal. Serían casos como los de error sobre la subsistencia de la obligación de pago al pensar que ésta finalizaba con la situación del nuevo empleo de la persona beneficiaria⁶⁵² o como cuando, dada la orden de transferencia al Banco, éste no atiende al mandato del cliente⁶⁵³, o como cuando el obligado que da la orden de pago mensual a su Banco equivoca el número y se marcha varios meses fuera de España sin comunicar, por no saberlo, su nueva dirección, de modo que durante dos (antes tres) meses consecutivos la persona beneficiaria no recibe el dinero⁶⁵⁴. También podrían serlo aquellos supuestos de defectuosa

⁶⁵⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp.90-91 propone de *lege ferenda* la regulación imprudente para los supuestos más graves.

⁶⁵¹ Como en la regulación de la IIª República, *vid.* JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op.cit.*, p.97. Durante la vigencia del Código anterior fue un tema debatido, como señalan GARCÍA PÉREZ, S., *op.cit.* p.226 y FERNÁNDEZ PINÓS, J.E. Y FRUTOS GÓMEZ, C., *op. cit.*, p.271; fue admitida en algunos casos, como en la SAP de la Coruña de 4 de mayo de 1992 y en la SAP de Teruel de 2 de marzo de 1991.

⁶⁵² LLARÍA IBÁÑEZ, B., *op.cit.*, p.284 y SAP de Barcelona (5ª), de 28 de abril de 1997.

⁶⁵³ FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *La regulación del impago...cit.*, p.176.

⁶⁵⁴ PÉREZ MANZANO, M., *El delito de impago...cit.*, p.51.

comprensión de la resolución judicial o de alguno de sus extremos⁶⁵⁵, aunque, en nuestra opinión, deberían ser tratados mediante las reglas del error de prohibición los supuestos relacionados con la falta de conocimiento de la situación de necesidad del sujeto pasivo, dado que no está expresamente prevista como un elemento típico.

Desde la entrada en vigor del nuevo Código únicamente son punibles, por tanto, los impagos cometidos con dolo, lo que, en nuestra opinión, es la opción correcta, con base en el principio de mínima intervención (en cuanto al elemento familiar se refiere) y en coherencia con el contenido de desobediencia⁶⁵⁶.

La realización del tipo a nivel subjetivo conlleva el conocimiento de la obligación judicial de pago y la voluntad de incumplirla, por lo que puede decirse que el dolo del delito de impagos consiste en una consciente omisión del cumplimiento del deber de pago, que implica el conocimiento de la obligación y la voluntad de no realizar la acción esperada (el pago judicialmente determinado), sabiendo que no se cumple y queriendo abstenerse de cumplirlo⁶⁵⁷. En la jurisprudencia suele exigirse que se trate de una voluntad de impago, firme, decidida, clara y renuente mientras que la doctrina interpreta los plazos típicos como prueba del dolo⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal... *cit.* p.317.

⁶⁵⁶ Con PÉREZ MANZANO, M., "El delito de impago..." *cit.*, pp.51 y 54.

⁶⁵⁷ *Vid.* STS N°576, de 3 de abril de 2001 y STS N°1350, de 8 de julio de 2002. SANZ MORÁN, C., *op.cit.*, p.1644 mantiene que para apreciar el dolo no resulta necesaria la voluntad de dañar la seguridad económica (asistencial, desde nuestro punto de vista) de los beneficiarios, aunque sirva para determinar su intensidad.

⁶⁵⁸ SAP de Zaragoza (1ª) N°42, de 26 de febrero de 2002 y BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.77; CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.71; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pp.750-751 y FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6752.

Es constante la jurisprudencia que niega la existencia del dolo, la voluntariedad del incumplimiento, cuando existe una probada imposibilidad de pago o inexigibilidad de una conducta distinta ⁶⁵⁹, lo que, en nuestra opinión resulta técnicamente incorrecto, por tratarse de una cuestión que bien forma parte del tipo objetivo (como falta de capacidad de acción, en este caso, de pago) bien de la culpabilidad, como causa de exculpación.

Para demostrar el dolo cabe cualquier medio de prueba, aunque normalmente lo será la notificación de la resolución judicial correspondiente y, si lo hubiere, el requerimiento. En los procedimientos consensuados debe bastar la ratificación del convenio en sede judicial.

Dada la ausencia de exigencias añadidas relacionadas con el elemento volitivo y tendentes a la restricción del precepto, tales como “voluntad maliciosa” o “deliberado propósito de no pagar” ⁶⁶⁰ que podrían conllevar la exclusión del dolo eventual en estos casos, en nuestra opinión, cabe apreciar la comisión del delito tanto por dolo directo como por dolo eventual⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ STS N°1148, de 28 de julio de 1999 y STS N°185, de 13 de febrero de 2001 y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, p.593; de otra opinión LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.93 y “Comentario...”*cit.*, p.1291, a favor de tratar estos supuestos mediante la capacidad objetiva de pago.

⁶⁶⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, p. 751 y FLORS MATÍES, J., p.6750 y constante jurisprudencia. En contra la SAP de Islas N°157, de 27 de julio de 2002, en la que se exige un dolo específico de perjudicar.

⁶⁶¹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos... cit.*, p.92 (Nota 282) y “Comentario...” *cit.*, p.1291 (Nota 107) y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, 14^a edic., 2009, p.331.

III.- 2. c. Consumación sin tentativa

Como delito de omisión pura o propia, el delito se consuma cuando se omite la acción esperada⁶⁶², por lo que una vez realizado el impago correspondiente de deudas exigibles, bien sea el de cantidad única o de periodicidad diferente a la mensual o bien el de los dos meses consecutivos o los cuatro no consecutivos, sólo cabe apreciar la consumación del delito, aunque en los últimos casos señalados, como delitos permanentes, el momento consumativo puede prolongarse mientras dure el impago⁶⁶³.

Consecuentemente, entendemos, junto a la posición mayoritaria de la jurisprudencia y la doctrina, que no cabe apreciar la ejecución imperfecta o tentativa (acabada o inacabada) en el delito de impagos⁶⁶⁴, lo que, en la práctica, resultaría difícil de imaginar, pues la no consumación debe serlo “por causas ajenas a la voluntad del autor”, según la exigencia del artículo 16,1⁶⁶⁵.

Habría que considerar las actividades dirigidas a evitar el pago de las prestaciones correspondientes como, por ejemplo, la

⁶⁶² Vid. COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General...cit.*, 4ª edic., 1996, p.657.

⁶⁶³ Pese a las diferencias doctrinales en torno a estos delitos, existe un cierto consenso en señalar que se consuman con la realización de la conducta típica inicial, aunque el estado de consumación se prolongue por voluntad del autor, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, L., *Derecho Penal. Parte General...cit.*, 4ª edic., 1996, p.340; JESCHECK, H.H., *op.cit.* p.357 y SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, p.116.

⁶⁶⁴ Suele negarse la tentativa como delito de omisión y como delito de peligro abstracto: *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp. 93-94; CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.52; DE VEGA RUIZ, J.A., 1994, p.58; FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p. 6745 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 3ª edic. 1996 p.29382 y 6ª edic. 2010, p.400. *Vid.* también LLARÍA IBÁÑEZ, B., *op.cit.*, p.285, en referencia a constante jurisprudencia.

⁶⁶⁵ Admite su posibilidad LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, pp. 99-100.

ocultación de bienes o la provocación de una situación de insolvencia, como base para la apreciación de otros delitos como los de alzamiento de bienes o, en su caso, estafa, etc⁶⁶⁶.

III.- 2. d. Tipos de autoría y de participación

Como hemos mantenido al hablar de la naturaleza del tipo y de los sujetos activos, se trata de un delito especial propio, por lo que únicamente es comisible a título de autores por los cónyuges y ex cónyuges obligados.

El especial y personal deber de asistencia conyugal y postconyugal de la persona obligada, aunque también el de obediencia a las resoluciones judiciales en las que se inserta el mencionado deber, determinan la exclusión de la coautoría y de la autoría mediata.

La participación de los *extraneus* sólo es posible, en nuestra opinión, como inducción o como cooperación no necesaria o complicidad, descartándose los tipos de participación necesaria por ser difícilmente imaginables. La inducción resulta posible en la medida en que nos encontremos con un sujeto, un *extraneus*, que incite directa y eficazmente al autor para que no pague las prestaciones debidas, que le de la idea y éste no las abone. La complicidad resulta factible en la medida en que exista la cooperación o aportación útil, aunque no absolutamente necesaria, de una tercera persona, el *extraneus*, para la realización del propósito del autor,

⁶⁶⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.* p.94 y ORTIZ GONZÁLEZ, L., “Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia”, en *Separación y Divorcio*, Dir. VARELA PORTELA, M^a J., Cuadernos de Derecho Judicial, XXIV, 2005, pp.309 Y SS.

como podría ser el reforzamiento o apoyo moral de su voluntad delictiva debilitada⁶⁶⁷.

Sobre la base de unidad del título de imputación, de cara a la penalidad, será necesario tener en consideración la rebaja potestativa de pena prevista, desde la reforma de 15/2003, de 25 de noviembre, según el artículo 65,3, para los inductores que no reúnan las especiales características del autor. En el caso de los cómplices, la rebaja en un grado es siempre obligatoria, conforme a la regla del artículo 63.

III.- 3. Antijuricidad y causas de justificación

III.- 3. a. La antijuricidad de la conducta

Entendemos que el desvalor de los impagos previstos en el artículo 227 del Código penal, por lo que a la pareja matrimonial se refiere, consiste en el incumplimiento o infracción de los deberes estrictamente asistenciales de pago, es decir, únicamente en los supuestos de necesidad, que pueden derivar, para cónyuges y ex cónyuges, de los procedimientos de separación, divorcio y nulidad.

A la hora de dilucidar si se trata de un delito de lesión o de peligro (abstracto, concreto)⁶⁶⁸, compartimos con PÉREZ MANZANO

⁶⁶⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibid.*, p.94 y FERNÁNDEZ DEL TARCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.195, en relación al delito tradicional de abandono de familia. *Vid.* también la STS N°908, de 16 de junio de 2003 en la que se considera “cooperadora necesaria”, pero no del delito de impagos sino de uno de alzamiento de bienes a la nueva compañera sentimental del autor de ambos delitos, por dejarse transmitir sin contraprestación económica alguna, fraudulentamente, la mitad indivisa de una finca e impedir por ello a los perjudicados la ejecución de sus créditos.

⁶⁶⁸ Cuestión que viene planteándose para los delitos de abandono de familia desde hace ya mucho tiempo, *vid.* BELLO LANDROVE, F. *op.cit.*, pp.387-388, BERISTAIN

que, una vez interpretado el bien jurídico del artículo 227 como la vida, la salud o la integridad personal, de manera prácticamente automática, debe concluirse que se trata de un delito de peligro. Si la opción es la de la seguridad de los derechos asistenciales debe entenderse entonces como un delito de lesión⁶⁶⁹.

En coherencia con nuestra opción de los bienes jurídicos penalmente tutelados en el reiterado precepto, pensamos que se trata de un delito de lesión del bien jurídico principal, entendido en el sentido restrictivo expuesto, así como del buen funcionamiento de los poderes públicos (en este caso, de la autoridad judicial), como bien secundario.

El problema se suscita por la configuración del delito como omisión propia, que no conlleva la producción de un resultado material, lo que no hay que confundir con la lesión al bien jurídico, que, en nuestra opinión, debe concurrir en este caso.

Para dotar de suficiente ofensividad a la infracción penal, más allá del mero refuerzo de la infracción civil, existen, pues, dos grandes opciones:

- Aquella que considera que más allá del delito formal, de la infracción de un deber civil, el contenido material de la antijuricidad del delito de impagos consiste en la puesta en peligro (abstracto) del bien jurídico vida, salud e integridad personal.

IPÍÑA, A., "Protección penal...", *cit.*, p.226-227 o CUELLO CALÓN, E., *op.cit.*, pp.20-21.

⁶⁶⁹ PÉREZ MANZANO, M., "El impago...", *cit.*, p.225.

- Aquella otra, que compartimos, según la cual la antijuricidad material del delito de impagos consiste en la lesión de la seguridad económico-asistencial derivada de los procedimientos matrimoniales (la seguridad relacionada con la cobertura económica de las necesidades básicas o alimenticias), lo que implica una interpretación restrictiva de los deberes civiles de pago en el sentido propuesto.

Desde nuestra perspectiva, aunque el tipo no exija la producción de ningún resultado material separable de espacio-temporalmente de la omisión en su configuración como delito de omisión pura o propia, la situación de necesidad del cónyuge o ex cónyuge debería siempre constatarse como presupuesto de la infracción penal.

III.- 3. b. Las causas de justificación

En relación a las causas de justificación, sin descartar en principio ninguna⁶⁷⁰, la que resulta más fácil de plantear es la de “estado de necesidad”, prevista en el artículo 20,5 del Código penal, aunque también pueden ser considerado el consentimiento y la compensación⁶⁷¹.

⁶⁷⁰Aunque como dice BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.91 resulta imposible pensar en la aplicación en estos casos de la legítima defensa.

⁶⁷¹ No está justificado el impago de prestaciones económicas como reacción al incumplimiento (no poco frecuente) del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio: un incumplimiento no puede justificar el otro, CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.80; GÓMEZ PAVÓN, P., *El impago de pensiones... cit.*, p.305 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono... cit.*, p.96. *Vid.* la SAP de Murcia (5ª), N° 33, de 9 de febrero de 2010 condenatoria, en la que se alegaba como justificación que la mujer no le dejaba ver a los hijos. BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.91. señala, sin embargo, la posibilidad admitida doctrinalmente de suspender el cumplimiento de una prestación alimenticia o compensatoria cuando el beneficiario de la misma, en cuya compañía permanecen los hijos, dificulte o haga imposible el

Como hemos dicho anteriormente, la capacidad de pago queda valorada en la resolución judicial civil que determina la obligación misma y su cuantía, pero pueden acontecer circunstancias sobrevenidas que no hayan podido ser valoradas judicialmente y que imposibiliten el pago. En estos casos, además de poder instar un cambio de medidas en la vía civil, la nueva situación debe ser siempre valorada en sede penal para evitar la responsabilidad objetiva y “la prisión por deudas”.

La situación de necesidad puede acontecer tras la resolución judicial determinante de las obligaciones de manera sobrevenida, siendo posible que el cónyuge o excónyuge deudor sólo disponga de algunos medios para cubrir sus propias necesidades vitales, por lo que puede plantearse que el pago de la prestación económica sea a costa de no poder mantenerse a sí mismo y también puede ocurrir que no disponga de medios suficientes para satisfacer simultáneamente varias obligaciones o prestaciones diferentes y se encuentre en situación de tener que sacrificar alguna a costa de otra u otras (colisión de deberes).

Aunque desde nuestra perspectiva los casos de conflicto sólo entre cónyuges y ex cónyuges son, en principio, supuestos de no exigibilidad exculpatoria, los conflictos entre las distintas prestaciones previstas en el artículo 227 (sin distinción) suelen ser considerados como supuestos de justificación, con base en el estado de necesidad⁶⁷²,

ejercicio del derecho de visitas. Son los casos de aplicación del artículo 94 del Código civil (que prevé la posibilidad de limitar o suspender el régimen de visitas por el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por resolución judicial), aunque también podría ser aplicada la falta del artículo 618,2, introducida por la reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre (aplicable a quienes ostentan el régimen de custodia y lo incumplen, a diferencia de la falta del artículo 622 (introducida por la ley 9/2002, de 10 de diciembre) que resulta aplicable a los incumplidores no custodios.

siendo entendidos como colisión de deberes cuando deben satisfacerse varias prestaciones simultáneamente y ello deviene imposible para la persona obligada⁶⁷³. Para poder apreciar en estos casos el estado de necesidad como causa justificante, habrá que determinar que la obligación incumplida es de menor entidad o valor que aquella o aquellas con las que entra en conflicto, lo que será una cuestión a dilucidar en cada caso concreto, dando lugar a soluciones distintas, mediante la ponderación de deberes en juego y la determinación de la obligación preferente o preponderante.

Entre los diferentes supuestos posibles (normalmente asociados a las obligaciones para con los hijos, especialmente menores)⁶⁷⁴, quisiéramos mencionar el de colisión o conflicto entre los derechos del cónyuge o excónyuge y los de los hijos propios o de una nueva familia. Para estos casos cabe en principio sustentar la mayor importancia de la asistencia a los hijos, por su relevancia constitucional (según el artículo 39,3 de la CE) y por la importancia que le otorga el artículo 145,3 del Código civil, que resuelve el conflicto al establecer que, cuando los alimentistas concurrentes sean el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, éste será preferido a

⁶⁷² GÓMEZ PAVÓN, P., "El impago de pensiones..." *cit.*, p.305 y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 14^a eic., 2009, p.331 y la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado.

⁶⁷³ BERNAL DEL CASTILLO, J. *op.cit.*, p.92 y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios... cit.*, 2004, p.599. Según LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.94, en el caso de deberes con importancia equivalente, bastaría el cumplimiento de uno de ellos para eliminar la antijuricidad de la conducta.

⁶⁷⁴ Como el de la necesidad propia frente a la del hijo o hijos, el de las necesidades entre hijos de diferentes madres o el de las necesidades entre un hijo y una necesidad especial (por ejemplo, por una intervención quirúrgica) del nuevo cónyuge..., etc. Con PÉREZ MANZANO M., "El delito de impago..." *cit.*, p.49, en caso de existir hijos beneficiarios el mal causado con el impago siempre será mayor que el evitado, por lo que no podría alegarse estado de necesidad y habría que acudir a una causa suprallegal de exculpación basada en el principio de no exigibilidad y en la prohibición de la "prisión por deudas".

aquél. En cualquier caso, deberán ponderarse todas las circunstancias de cada supuesto particular, valorando siempre de manera especial la mayor o menor relación o incidencia de cada prestación con los fines de la protección penal estrictamente asistencial y según nuestro punto de vista, prevaleciendo las obligaciones que sirvan para cubrir las necesidades más elementales o básicas.

Pese a lo dicho, conviene no olvidar las amplias facultades que el sistema jurídico-matrimonial concede a los jueces para modificar y actualizar el contenido de las prestaciones con posterioridad a su adopción en sentencia, por lo que en estos casos debería acudir directamente a la modificación de medidas en vía civil⁶⁷⁵.

El consentimiento justificante que, como dice GARCÍA ARÁN, “legalmente sólo podría tener virtualidad por la hipotética vía del ejercicio legítimo de un derecho”⁶⁷⁶, no resulta aplicable, habida cuenta del carácter irrenunciable de los derechos asistenciales entendidos en sentido alimenticio y por el carácter eminentemente público de la resolución judicial. En este sentido cabe, no obstante, recordar que el delito es sólo perseguible mediante denuncia o querrela.

El origen judicial de las prestaciones objeto del artículo 227 impide que pueda alegarse la compensación como justificación del impago (compensación de deudas, que según el artículo 1195 del Código Civil exige que ambas personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras), por lo que, salvo alguna excepción⁶⁷⁷, ni la doctrina ni la

⁶⁷⁵ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. *op.cit.*, p.93.

⁶⁷⁶ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.601.

⁶⁷⁷ Se acepta la compensación sólo cuando los dos cónyuges o excónyuges son recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro: SAP de Madrid N°505, de 11 de octubre de 1999 y SAP de Barcelona, de 8 de mayo de 2000.

jurisprudencia la aceptan como causa de justificación, de modo similar a lo que sucede en el delito de abandono de familia tradicional⁶⁷⁸.

Tampoco cabe justificar el incumplimiento alegando la realización de regalos, pago de vacaciones y otros pagos “en especies” (normalmente para los hijos), por tratarse de prestaciones voluntarias, irregulares, simples “liberalidades” ajenas al deber de prestación económica judicialmente determinada⁶⁷⁹, aunque algunos de estos supuestos podrían ser tratados a través del error de prohibición, en el caso de que éste pueda ser probado.

III.- 4. Culpabilidad y causas de exclusión: error de prohibición

Una vez comprobada la realización del hecho injusto, para poder afirmar la responsabilidad por el delito de impagos, como en los demás casos, es necesario afirmar la culpabilidad del autor, entendida en un sentido “relativo”, “mixto empírico-normativo”: partiendo de la posibilidad empírica de constatar cierta capacidad de autoconducción, su exclusión se planteará cuando se compruebe que

⁶⁷⁸ Aunque el artículo 151 del Código Civil admite la compensación de las pensiones alimenticias atrasadas, no se acepta la compensación cuando se pretende realizar con deudas supuestas que ni son líquidas, vencidas ni exigibles, como sucede con las derivadas del régimen matrimonial pendiente de liquidación: STS N°1148, de 28 de julio de 1999 y STS N°576, de 3 de abril de 2001. *Vid.* también BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.25 y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.600.

⁶⁷⁹ *Vid.* la SAP de Madrid N°505, de 11 de octubre de 1999 y FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6756, GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.600 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.93. En alguno de estos casos podría no haber injusto material si se cubren las necesidades asistenciales básicas (gastos de contenido asistencial como llevar diariamente a comer el hijo a casa y pagar sus vestidos y estudios) LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, pp.96-97, aunque mejor sería acudir a la vía civil.

el sujeto no pudo actuar de otro modo debido a la concurrencia de causas que le privaron de su libertad⁶⁸⁰.

Como causas de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad, cabe destacar la posible concurrencia transitoria en el autor (durante un periodo más o menos largo) de un estado de alteración emocional intensa, de grave depresión y ansiedad, por ejemplo, fruto de un contexto particularmente agrio y belicoso, como es el que acontece en muchas de las crisis matrimoniales contenciosas. En estos casos, podría resultar afectada la imputabilidad del autor, no tanto en su capacidad de comprensión de la norma, sino en su capacidad de actuar conforme a dicha comprensión (artículo 20,1º), o siendo afectada de manera más o menos grave su motivabilidad o su normalidad motivacional. Aunque para los casos más extremos pudiera llegar a plantearse la eximente completa, consideramos más viable, sin embargo, la aplicación de la eximente incompleta (artículo 21,1º en relación al artículo 20,1º) o de la atenuante de estados pasionales (artículo 21,3º).

También pueden llegar a plantearse situaciones de “grave adicción”, especialmente al alcohol, fruto o no de estado psicológico anteriormente señalado, que implicarían la aplicación de la atenuante 2ª del artículo 21, considerada en su modalidad ordinaria o, en su caso, como una atenuante muy cualificada del artículo 66,1,2ª⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Compartimos el concepto mixto, empírico-normativo, de culpabilidad que mantiene DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Imputabilidad y nuevo Código Penal”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. A. TORÍO LÓPEZ, *Estudios de Derecho penal*, VII, Dir. C. ROMEO CASABONA, Edit. Comares, Madrid, 1998, p.306.

⁶⁸¹ La SAP de Madrid (7ª) N°24, de 22 de enero de 2009 absuelve por “ausencia del elemento subjetivo del tipo” a quien en una separación matrimonial realizó impagos parciales en situación de dependencia a la cocaína, con depresiones subsiguientes y suspensión de su profesión.

Junto a la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad constituye el segundo elemento de la culpabilidad que puede tener relevancia en el delito de impagos. En este sentido, cabe mencionar los posibles supuestos de error de prohibición en los que se alega la creencia errónea de estar cumpliendo con las obligaciones de pago al dar regalos o cubrir algunos gastos, etc... y aquellos otros en los que el autor pueda demostrar que desconocía realmente la situación sobrevenida de necesidad del sujeto pasivo. Los primeros (difíciles de darse sólo entre cónyuges y ex cónyuges) serían un error sobre la justificación y los segundos lo serán sobre el injusto mismo, dado que la situación de necesidad no es un elemento expresamente exigido por el tipo penal. En ambos casos el tratamiento penal debe darse a través del artículo 14,3 y, si es vencible (lo más probable), sólo cabría rebajar la pena en uno o dos grados.

Como hemos venido manteniendo, aquellos supuestos en los que el cónyuge o ex cónyuge obligado sobrevenidamente carezca de bienes suficientes para pagar a su cónyuge o ex cónyuge, si no es a costa de no poder mantenerse a sí mismo, son, en nuestra opinión, situaciones de conflicto que, una vez demostradas, pueden ser exculpidas a través del estado de necesidad del artículo 20,5º del Código penal o a través de la cláusula suprallegal de no exigibilidad, dado que los bienes en conflicto, pueden ser, en principio, valorados como de igual entidad⁶⁸², sin olvidar las posibilidades de modificación de las obligaciones en vía civil, pues el artículo 147 del Código civil permite reducir los alimentos en proporción a la disminución que sufra la fortuna de quien tiene que satisfacerlos, el artículo 152 regula al cese de la obligación de darlos, cuando la fortuna del obligado se reduzca hasta el punto de no poder satisfacerlos sin

⁶⁸² STS N°576, de 3 de abril de 2001 y PÉREZ MANZANO, M., "El delito de impago..."*cit.*, p.49.

desatender sus propias necesidades y las de su familia y el artículo 100, que permite la modificación de la pensión compensatoria.

III.- 5. Circunstancias modificativas de la responsabilidad Criminal

Aunque, en principio, podría argüirse la no aplicabilidad en estos casos de la circunstancia mixta del artículo 23 del Código penal, ni como agravante ni como atenuante, por inherencia en el delito de impagos, en realidad tampoco cabe aplicarla por la finalización del vínculo en los supuestos de divorcio y nulidad o por probable desafección en los casos de separación.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, puede aplicarse la atenuante del artículo 21,5º del Código Penal de reparación del daño a los supuestos de pagos tardíos o fuera de plazo, siempre que el pago se realice en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral⁶⁸³.

También podría ser considerada la atenuante de “estados pasionales” prevista en el artículo 21,3º, para casos de separación, divorcio o nulidad muy conflictivos en los que la tensión psíquica haya producido a la persona obligada una leve o moderada alteración emocional, probablemente una obcecación, que le disminuya su imputabilidad, lo que habría que probar en el caso concreto, tanto en cuanto a la causa o estímulo poderosos como en cuanto al estado

⁶⁸³ SAP de Málaga N°332, de 20 de noviembre de 2001 y como muy cualificada la SAP de Asturias N°12, de 16 de enero de 1997; *vid.*, también GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, p.597; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...cit.*, 18ª edic, 2010, p.326 y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial...cit.*, 14ªedic., 2009, p.332.

mismo, descartando la mera treta o excusa, sin trascendencia jurídico-penal. Asimismo podría ser aplicada la atenuante de “grave adicción” del artículo 21,2º.

En el delito de impagos ha sido considerada con cierta frecuencia la atenuante analógica del artículo 21,6º por “dilaciones indebidas” del procedimiento, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal, según lo establecido por el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, con base en el derecho reconocido por el artículo 24,2 del texto constitucional, en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por ejemplo en STC N°87, de 2 de abril de 2001) y de acuerdo a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁸⁴. Cabe recordar que, desde la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley 5/2010, de 22 de junio, el nuevo artículo 21,6º regula expresamente como atenuante que, en su caso, puede también apreciarse como muy cualificada, “la dilación extraordinaria e indebida del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

En relación a las agravantes merece ser resaltada la de reincidencia que, como sabemos, tuvo una expresa regulación en el delito de impagos de la IIª República, a diferencia de la regulación actual. Recordemos que el artículo 34 de la ley republicana de divorcio

⁶⁸⁴*Vid.* STS N°1486, de 13 de diciembre de 2004, que la aprecia como atenuante muy cualificada y la SAP de Valencia (4ª) N°263, de 25 de junio de 2008 y la SAP de A Coruña (6ª) N°36, de 17 de abril de 2009 que la aprecian como circunstancia ordinaria. No la aprecian ni la STS N°1301, de 8 de noviembre de 2005 ni la SAP de Islas Baleares (1ª) N°157, de 17 de julio de 2000.

establecía que en los casos de reincidencia la pena aplicable era sólo la de prisión, pudiendo ser en los demás casos también de multa.

El vigente artículo 227 no contiene una disposición semejante (tampoco la tenía el viejo artículo 487 bis), por lo que será preciso acudir a la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del artículo 22,8º, cuando exista sentencia condenatoria firme por un delito comprendido en el mismo título y de la misma naturaleza, lo que implicaría aplicar la pena en su mitad superior (artículo 66,3º), sin perder de vista la agravante cualificada del artículo 66,5º (condena ejecutoria por al menos 3 delitos del mismo Título y naturaleza) que, desde la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, permite aplicar la pena superior en grado, a la vista de las condenas precedentes y de la gravedad del nuevo delito cometido⁶⁸⁵. Volveremos sobre esta cuestión al tratar de la delimitación del período de enjuiciamiento en los impagos de tracto sucesivo superiores a los plazos legales.

III.-6. Problemática concursal

En coherencia con la delimitación del objeto de nuestra investigación, para desarrollar la problemática concursal, hacemos referencia exclusiva a las infracciones relativas a los cónyuges y ex cónyuges, aunque también puntualmente a las relacionadas con los hijos.

⁶⁸⁵ Vid. SAP de Madrid (4ª) N°345, de 4 de octubre de 2000, en la que reaprecia la reincidencia junto a la atenuante de reparación.

La conexión del artículo 227 con otros preceptos penales plantea, en nuestra opinión, tanto supuestos de conflicto aparente de normas, como de concurso de delitos. Lo primero en relación a los artículos 226 (delito de abandono de familia), 618,2 (falta de incumplimientos relativos a los procedimientos matrimoniales y relacionados con los hijos) y 637 (falta de desobediencia) y lo segundo con los artículos 237, relativo al delito de desobediencia, y con el artículo 257, correspondiente al de alzamiento de bienes (insolvencia punible).

Iremos exponiendo las diferentes posibilidades siguiendo el orden indicado, para detenernos finalmente en la problemática de lo impagos de tracto sucesivo mantenidos por encima de los plazos legales. Aunque desde nuestro punto de vista, se resuelve a través de su consideración como un único delito permanente, ofrece otras interpretaciones diferentes con distintas consecuencias penológicas que nos parecen interesantes de destacar, como el concurso real de delitos o el delito continuado.

III.- 6. a. Concursos de normas

III.- 6. a. 1) Con el delito de abandono de familia del artículo 226 y la falta del 618,2

En nuestra opinión, y en coherencia con lo que venimos manteniendo, la relación entre el delito de abandono de familia previsto en el artículo 226 y el delito de impagos del artículo 227 es de relativa autonomía, puesto que sólo parcialmente comparten el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos y, con los importantes matices restrictivos señalados, las prestaciones objeto del delito. El requisito de los plazos legales para la consumación del delito en algunos de los supuestos del artículo 227, pero sobre todo la

intervención judicial, marcan la clara diferencia entre un precepto y otro⁶⁸⁶. No nos parecen argumentos sólidos para diferenciarlos, la falta de continuidad o permanencia en su regulación, ni la “perseguiabilidad” (diferente entre el viejo y el Código vigente) ni las “penas” (diferentes también en el los dos Códigos, en el viejo y en el vigente, antes y después de la reforma de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre), teniendo en cuenta, además, que la consecuencia jurídica del pago de las cuantías adeudadas, como reparación del daño, sólo está prevista para los supuestos del artículo 227 (párrafo,3º)⁶⁸⁷.

Entre ambos preceptos existe un conflicto parcial de leyes, dado que hay supuestos en los que directamente entran en aplicación uno u otro, pero también otros que, en nuestra opinión, deben resolverse por la regla de la subsidiariedad tácita (artículo 8,2 del Código penal)⁶⁸⁸.

No hay conflicto aparente de normas, y se aplicará directamente el artículo 227, a los supuestos de impago de las

⁶⁸⁶ *Vid., infra* pp.291-292.

⁶⁸⁷ Mientras que la pena complementaria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años sólo está prevista para el artículo 226.

⁶⁸⁸ Resuelven este conflicto mediante la regla de la “alternatividad” (artículo 8,4º) BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.53 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.105 y *Comentarios...cit.*, p.1229; mediante la “especialidad” (artículo 8,1º) RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 1997, p.79; y entre la “especialidad” y la “alternatividad” se sitúa DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Compendio...cit.*, 1998, p.329; aunque para FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *La regulación del impago...cit.*, p.179 sigue existiendo un “concurso real de delitos”. Respecto a la regulación del viejo Código mantenían el criterio de alternatividad GÓMEZ PAVÓN, P., “El impago de pensiones...”; LAURENZO COPELLO, P., “El impago”...cit., pp. 813-814 y PÉREZ MANZANO, M., “El delito...”cit., p.52, mientras MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial... cit.*, 1993, p.181 y GÓMEZ NAVAJAS, J., *La protección penal...cit.*, p.465 eran partidarios de la especialidad del 487 bis y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal... cit.*, 1991, p.56 y GARCÍA PÉREZ, S., *op.cit.*, p.226 se situaban entre la especialidad y la alternatividad.

prestaciones económicas correspondientes derivadas de los procedimientos matrimoniales (separación, divorcio y nulidad) cuando se cumplan los plazos legales.

Pero, a diferencia de los impagos relativos a los hijos⁶⁸⁹, el conflicto respecto de cónyuges y ex cónyuges sólo puede plantearse en los impagos alimenticios realizados respecto de los aún cónyuges (separados) que se encuentren necesitados, que deberán canalizarse preferentemente por el artículo 227, en la medida en que se deriven de un procedimiento judicial y cumplan los plazos legales y, subsidiariamente, por el artículo 226, en la medida en que no vayan asociados a una resolución judicial (separaciones de hecho) y se trate de la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento, independientemente de los plazos⁶⁹⁰.

La falta del artículo 618,2 puede ser entendida como norma subsidiaria de la principal contenida en el artículo 227, siempre que los impagos no alcancen los plazos legales previstos en este último, pero también puede ser sin plantear conflicto normativo alguno, si se reconduce exclusivamente a los incumplimientos del régimen de visitas por parte del padre o madre custodio⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Sobre todo si son menores sometidos a la patria potestad del deudor, para los que tendrá siempre aplicación preferente el artículo 227 (cuando se alcancen los plazos) en la medida en que con ellos se incumpla la correspondiente resolución judicial, mientras que si no la hay los incumplimientos sólo podrán canalizarse por el artículo 226.

⁶⁹⁰ Con LAURENZO COPELLO, P., “Los delitos...”*cit.*, p.41, para quien en otro caso “se colocaría al cónyuge separado de hecho en una situación de desamparo difícilmente explicable desde el punto de vista del principio de igualdad”.

⁶⁹¹ *Vid. infra* p.320 y Nota 558 y también RODRÍGUEZ MESA, M^aJ., *Comentarios...cit.*, 2007, pp.1143-1144.

III.- 6. a. 2) Con la falta de desobediencia del artículo 637

Tal y como venimos manteniendo, al contener el delito del artículo 227 también el desvalor de la desobediencia (pero al nivel mínimo o leve de una falta) y dada la no exigencia de requerimiento y la gravedad de la pena en relación a la del artículo 226, consideramos que la falta de desobediencia del artículo 637 queda consumida por la figura compleja del delito de impagos, con base en el artículo 8,3º del Código. Por ello no cabe, en nuestra opinión, apreciar la falta en concurso de infracciones con el delito de impagos⁶⁹², aunque pueda aplicarse de modo autónomo a los impagos que no alcancen los plazos legales⁶⁹³.

III.- 6. b. Concursos de delitos

Teniendo en cuenta que se trata de un “tipo mixto” con diversas modalidades delictivas configuradas, cada una de ellas, de un delito distinto⁶⁹⁴, aquellos supuestos en los que mediante una única acción se incumplan simultáneamente varios deberes de pago judicialmente determinados (como los relativos al cónyuge o ex cónyuge e hijos/as menores), deberán ser tratados con las reglas del concurso ideal homogéneo de delitos, porque cada una de las obligaciones es personal e independiente, aunque todas ellas estén formalmente reunidas en una sola resolución judicial y sea una única

⁶⁹² Vid. DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.58 a favor del concurso ideal de infracciones.

⁶⁹³PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.52, si bien para GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios...cit.*, 2005, p.2608, resulta factible su aplicación a los incumplimientos puntuales de las prestaciones económicas que no lleguen a los plazos previstos para el delito.

⁶⁹⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General...cit.*, 1991, p.337 y GIL y GIL, A., “Los tipos mixtos y su clasificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº extra, 2000, pp.97 y ss.

persona la perceptora⁶⁹⁵.

Teniendo en cuenta las especiales características de las crisis matrimoniales, los diferentes actos delictivos de violencia física y psíquica que puedan producirse a la par de los impagos (por ejemplo, los regulados en los artículos 153 o 173,2 y 3) deberán ser tratados en concurso real de infracciones, con aplicación de las reglas penológicas de los artículos 73, 75 y 76.

III.- 6. b. 1) Concurso ideal con el delito de desobediencia grave del artículo 556

A diferencia de la vieja regulación respecto de la cual parte de la doctrina interpretaba existente una relación de conflicto aparente de normas entre el delito de desobediencia y el de impagos⁶⁹⁶, en la regulación vigente sólo cabe apreciar entre ellos, si concurrieran los presupuestos de la desobediencia grave (previo requerimiento y valoración de la gravedad), un concurso ideal de delitos (artículo 77 del Código penal), dada la unidad de acción y que el desvalor de la desobediencia prevista en el artículo 556 no queda plenamente cubierto por el artículo 227⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, pp.94-95 y LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, pp.100-101 y *Comentarios...cit.*, 2004, p.1296.

⁶⁹⁶ A favor de éste último por “especialidad”, lo que se consideraba injustamente privilegiado a nivel penológico, pues la pena era la misma. Así FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, p.6757; GARCÍA ARÁN, M, *Reforma penal de 1989...cit.*, pp. 119-121 y p.602; GARCÍA PÉREZ, S. *op.cit.*, p.226; GÓMEZ PAVÓN, P., “El impago de pensiones...”,*cit.*, p.306; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 10^a edic., 1995 pp.196-197; PÉREZ MANZANO, M., “El delito de impago...”*cit.*, p.51. Sigue manteniendo el concurso de normas con el nuevo Código CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.76.

⁶⁹⁷ Vid. CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios...cit.*, 1996, p. 1072 y *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 1996, p.306 y 2004, p. 377; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Compendio...cit.*, 1998, p.329; LAURENZO

A la hora de imponer en estos casos la pena pensamos que debería tenerse en consideración el desvalor de desobediencia que a nivel de falta integra el tipo de impagos como criterio de atenuación de la pena concreta, ya sea al aplicar la mitad superior de la pena de la infracción más grave, que en el Código vigente es la del delito de desobediencia (prisión de 6 meses a 1 año) o, cuando siendo más beneficioso, resulten aplicadas las penas por separado, según las reglas penológicas del artículo 77 del Código penal. De este modo se evitaría un relativo o parcial *bis in idem*.

III.- 6. b. 2) Concurso ideal/medial con los delitos de alzamiento de bienes de los artículos 257 y 258

Cuando el sujeto activo oculte sus bienes para evitar el pago o cuando haga desaparecer su patrimonio para dejar de pagar sus obligaciones económicas derivadas de resolución judicial matrimonial, según opinión prácticamente unánime en la doctrina, deberán aplicarse las reglas del artículo 77 del Código penal relativas al concurso medial de delitos, puesto que el impago sólo abarca el incumplimiento de la obligación, no las maquinaciones para ocultar el patrimonio⁶⁹⁸; siempre que se demuestre que efectivamente existe la

COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.105 y *Comentarios...cit.*, 2004, p.1229; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial...cit.*, 1996, p.291; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Derecho Penal. Parte Especial, cit.*, 1997, p. 79 y SANZ MORÁN, A.J., *op.cit.*, pp.145 y ss.

⁶⁹⁸ Vid. FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis penal...cit.*, pp.271 y ss, señalando la posible concurrencia con el delito de estafa y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.602 con la malversación, cuando se hacen desaparecer los bienes que ya habían sido objeto de embargo, como recoge el Auto del TS de 19 de noviembre de 1999, en aplicación del delito de quebrantamiento de depósito del artículo 435 del Código penal vigente (y artículos 394 y 399 del viejo). En estos casos, no deberá perderse de vista la “excusa absolutoria” del artículo 268 cuando estén afectados los derechos de los hijos, porque entre los cónyuges separados de hecho o judicialmente, o en proceso judicial de separación, divorcio y nulidad, no rige desde la entrada en vigor del nuevo Código.

relación de medio a fin el concurso será medial, lo que más frecuentemente ocurre en la práctica⁶⁹⁹.

III.- 6. c. Especial referencia a los impagos de tracto sucesivo superiores a los plazos legales

Cuando los impagos son realizados durante un tiempo superior o muy superior al de los plazos legalmente previstos (el caso más frecuente se refiere a los de tracto sucesivo mensual), la problemática de su tratamiento penal deviene especialmente importante, teniendo en cuenta que, según parece, la gran mayoría de los delitos registrados lo son por impagos de este tipo⁷⁰⁰.

La consideración del delito de impagos como un único delito permanente, que compartimos con la jurisprudencia mayoritaria⁷⁰¹, permite canalizar adecuadamente esta cuestión, frente a las interpretaciones que mantienen que estos casos deben ser tratados

⁶⁹⁹ Vid. STS N°1350, de 8 de julio de 2002, en la que se aprecia el delito de impagos en “concurso real” con el de alzamiento de bienes, por solicitar la baja voluntaria en la empresa familiar, impidiendo con ello el embargo del sueldo derivado del procedimiento judicial de ejecución de la sentencia de divorcio y por renunciar tácitamente al subsidio de desempleo; Vid. también la STS N°937, de 21 de noviembre de 2007 absoluta y la STS N°908, de 16 de junio de 2003 en la que se condena al autor por los dos delitos en “concurso real” y a la cooperadora necesaria por el de alzamiento de bienes; para QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial...cit.*, 6ª edic. 2010, p.400 el delito de alzamiento de bienes desplazaría al impago como ley especial en conflicto de leyes.

⁷⁰⁰ Según SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P., *op.cit.*, p.143 el 70% de los casos que llegan a juicio son de incumplimientos superiores a un año. Por su parte MUÑOZ FERNÁNDEZ, S. OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., *op.cit.*, p.81 aportan que son 48 meses los transcurridos como promedio desde el primer impago hasta que se presenta la denuncia o la querrela, lo que denominan “VIOLENCIA ECONOMICA” (doméstica/de género) utilizando un término que se va extendiendo, en nuestra opinión, tan impreciso como expresivo (*Ibid.* p.109).

⁷⁰¹ Vid. *infra* p. 294 y Nota 500 en referencia a la jurisprudencia y a la doctrina señaladas.

como una pluralidad de infracciones, con la consiguiente aplicación de las reglas penológicas del concurso real (artículos 73,75 y 76 del Código penal) o como un único delito continuado, que exige la apreciación de los requisitos del artículo 74 el Código penal y conlleva especiales reglas para la determinación de la pena.

Como delito permanente no cabe apreciar un concurso real de delitos en estos supuestos, porque el reiterado incumplimiento de pagos periódicos no supone la infracción de obligaciones de pago distintas, sino de una única de cumplimiento periódico, entendiendo que el incumplimiento no es fraccionable en diferentes periodos de impago punible y entendiendo también que el período mínimo de dos y cuatro meses de los impagos mensuales de tracto sucesivo es un límite de garantía que permite dar coherencia a la penalidad del precepto cuando sanciona con igual pena los impagos de prestaciones únicas y los de las prestaciones de tracto sucesivo⁷⁰². Pensamos, además, que la sanción penal del concurso real sería de excesiva contundencia (mayor cada vez para el incumplidor tenaz o rebelde, desde este punto de vista) hasta poder entenderse como un “auténtico despropósito punitivo⁷⁰³, máxime teniendo en cuenta los problemas de legitimidad que suscita el precepto.

La apreciación como delito permanente tampoco permite valorar estos casos como un único delito continuado, previsto en el artículo 74 del Código penal, para cuya aplicación deben apreciarse los requisitos de pluralidad de omisiones (en este caso), con unidad de intención, plan preconcebido o idéntica ocasión y respecto de un

⁷⁰² Vid. la SAP de Madrid (2ª) N°84, de 14 de febrero de 2001 y SAP de Madrid (5ª) N°1048, de 24 de julio de 2000.

⁷⁰³ Con LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.103 y *Comentarios...cit.*, 2004, p.1298. BERNAL DEL CASTILLO, J., *op.cit.*, p.95, es, sin embargo, partidario del concurso real.

mismo sujeto pasivo, con las consiguientes reglas penológicas de exasperación de la pena, que puede llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado, según ha quedado regulado tras la reforma de la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre. Este entendimiento del delito continuado implica considerar al delito de impagos como un tipo de trato sucesivo acumulativo que, tras requerir varias omisiones legalmente determinadas para su perfeccionamiento, permite fraccionar los periodos sucesivos de incumplimiento en tantos delitos como plazos típicos se haya incumplido⁷⁰⁴. Pensamos que en este supuesto debería poderse salvar la prohibición expresa del artículo 74,3 de ser aplicado a los casos en los que resulten afectados bienes personalísimos⁷⁰⁵.

La opción como permanente resulta también avalada por la consideración de los impagos como un delito más de inasistencia familiar (o derivada de la misma). Aunque ello pueda resultar criticable por beneficiar a los incumplidores pertinaces frente a quienes realizan el impago durante menos tiempo - entendiendo que ello podría repercutir negativamente en el efecto preventivo de la pena, ya que para quien está decidido a no pagar le es igual hacerlo durante dos meses consecutivos o por periodos de tiempo más largos, pues la pena a la que se arriesga sería la misma) - pensamos que el margen de la pena de prisión de hasta un año resulta suficiente para cubrir hasta

⁷⁰⁴ Vid. la Circular 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 y CERES MONTES, J.F., *op.cit.*, p.75.

⁷⁰⁵ Aunque, como dice SANZ MORÁN, A.J., *op.cit.*, pp. 205 y ss, la excepción del viejo 69 bis (hoy artículo 74,3) a la aplicación del delito continuado cuando resulten afectados bienes personalísimos podría salvarse teóricamente si las lesiones reiteradas se dirigen a un bien personalísimo de un mismo y único sujeto pasivo. LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.104 y *Comentarios...cit.*, 2004, p.1298 se muestra partidaria de un trato especial para salvar la aplicación del artículo 74,3 al delito de impagos, desde su consideración como delito de peligro abstracto (por el distanciamiento entre la conducta típica y la efectiva lesión de los bienes jurídicos).

los casos más graves, sin olvidar que la actitud pertinaz podría dar lugar a la apreciación de un delito de desobediencia (mediante requerimiento formal y apreciación de la gravedad) en concurso ideal.

Los impagos de tracto sucesivo así considerados plantean, no obstante, una problemática importante como es la del período objeto de enjuiciamiento, pues se trata de delitos con un claro inicio (la consumación por los plazos típicos) pero con un final más difuso, dado que su consumación se prolonga, sin ser fraccionada en tantos delitos como plazos incumplidos, durante el tiempo que dure el incumplimiento, o hasta producirse el enjuiciamiento. ¿Pero hasta qué momento exacto, se pregunta en la Consulta 1/2007 de la Fiscalía?: ¿hasta la fecha de la denuncia o la querrela, la declaración del imputado, el auto de incoación de procedimiento abreviado, el escrito de acusación, la apertura del juicio oral, su celebración o la sentencia? ¿tradicional?. Compartimos con la Fiscalía el criterio de atender a la fecha de la declaración del denunciado o querrellado como imputado ante el Juez instructor, por entender de aplicación la jurisprudencia constitucional “según la cual no se puede formular acusación contra persona que no haya sido declarada en concepto de imputada sobre los hechos de que se le acusa, añadiendo también en apoyo de tal criterio lo preceptuado por el artículo 779,1,4ª de la LECrim., que establece la necesidad de tomar declaración judicial al imputado para adoptar la resolución de continuar la tramitación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado” ⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ Aunque no hay consenso en la jurisprudencia, mantiene la posición indicada la SAP de Barcelona (5ª), de 25 de febrero de 2003. Según lo indicado, la parte perjudicada tendría que formular nueva denuncia por los impagos posteriores, dando pie al inicio de ampliaciones (o acumulaciones por conexión) de la denuncia inicial, con las correspondientes de declaraciones de la persona imputada.

Una vez firme la condena, si se repite el impago, cabe apreciar un nuevo delito de impagos con la agravante ordinaria de reincidencia, pero no la continuidad delictiva que, sin embargo, ha llegado a apreciarse en estos casos⁷⁰⁷.

III.- 7.- Condiciones objetivas de procedibilidad

La denuncia o querrela de la parte ofendida es en el delito de impagos una condición objetiva de perseguibilidad o procedibilidad que el legislador ha decidido exigir para poder imponer la pena.

Según el vigente artículo 228 el delito de impagos, como el de abandono de familia, es semipúblico, por lo que para su persecución resulta necesaria la denuncia particular o la querrela, salvo algunas excepciones. Siguiendo su tenor, ambos delitos sólo pueden ser perseguidos previa denuncia de la persona agraviada, representante legal o del Ministerio Público en el caso de menores, incapaces y personas desvalidas.

El procedimiento penal puede iniciarse mediante denuncia o mediante querrela. Teniendo en consideración que tiene mayores garantías la segunda que la primera para la persona perjudicada (como, entre otras, el poder recurrir si se archiva el procedimiento sin tramitarse el proceso, el poder solicitar pruebas sobre la capacidad económica del denunciado y el papel más activo en el proceso y en la

⁷⁰⁷ En sentido crítico *vid.* ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y ROIG TORRES, M., *op.cit.*, p.115 y la SAP de Madrid de 13 de enero de 2000 y la SAP de Tarragona de 20 de mayo de 2002.

vista del juicio...), resulta llamativo que, según parece, sólo un 6% se realice mediante querrela, frente al 94% de denuncias⁷⁰⁸.

La regulación actual es la inversa a la original de 1989, pues la figura fue creada como un delito perseguible de oficio o, mejor aún, sin mención alguna a su perseguibilidad, frente a la expresa regulación semipública del delito de abandono tradicional, por lo que debía entenderse como delito público⁷⁰⁹. En este sentido, la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado destacaba la naturaleza pública del delito e instaba “a los Fiscales que intervengan en procedimientos de nulidad, separación o divorcio, a vigilar la ejecución de los convenios homologados o resoluciones judiciales firmes, y perseguir cualquier incumplimiento de las prestaciones asistenciales a favor del cónyuge o de los hijos”.

Aquel hecho puede ser hoy valorado como un “olvido” o un “despiste” del que no cabe derivar argumentos y respecto del cual lo lógico era simplemente reformarlo, igualándolo al delito de abandono de familia⁷¹⁰. La evolución es similar a la del precitado delito, que comenzó siendo perseguible de oficio en 1942 y 1944, para convertirse en un delito semipúblico en 1963, tras lo cual se ha mantenido con regulación propia desde la reforma de 1989, hasta la

⁷⁰⁸ *Vid.* MUÑOZ FERNÁNDEZ, S. OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., *op.cit.*, p.79.

⁷⁰⁹ Como destacaba FLORS MATÍES J., *op.cit.*, p.6745, “La práctica diaria pone, asimismo, de relieve que son los propios Juzgados de Familia los que ordenan deducir los testimonios necesarios para la averiguación y castigo de tales conductas delictivas”.

⁷¹⁰ También fue previsto como delito semipúblico en el Proyecto de 1980, en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, en el Proyecto de 1992 y en el Proyecto de 1994.

entrada en vigor del Código de 1995 y desde entonces con una regulación común en la materia con el delito de impagos⁷¹¹.

Pese a su carácter polémico⁷¹², pensamos que la vigente es la opción más correcta, dado el carácter especial de las relaciones humanas y familiares implicadas y teniendo también en cuenta el carácter secundario del componente judicial.

Cabe añadir, como cuestión de orden procesal, los problemas que el término persona “agraviada” del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷¹³ aún plantea en relación a los artículos 226 y 227 del Código penal, dado que prohíbe ejercitar acciones penales entre sí a los cónyuges descendientes y ascendientes y hermanos, salvo algunas excepciones entre las que no se incluyen las de las normas penales mencionadas, puesto que estrictamente no se tratan de delitos “contra las personas”. De este modo, los aún cónyuges o los hijos agraviados carecerían de acción

⁷¹¹ Así quedó plasmado en los Proyectos de 1992 y 1994, hasta llegar a la regulación vigente. En relación a los problemas de vigencia respecto de los hechos cometidos y de los procesos incoados entre la vieja y la nueva regulación *vid.* la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/96 y CERES MONTES J.F., *op.cit.*, p.2.

⁷¹² Como señala PÉREZ MANZANO, M., “El impago de prestaciones...” *cit.*, p.232, quien destaca la existencia de una doctrina controvertida, partidaria en su mayoría de la protección pública. Especialmente curioso es el caso presentado por GIMBERNAT ORDEIG, E.; MESTRE DELGADO, E.; MARTÍNEZ GALINDO, G.; COTILLAS MOYA, C. y ALCORTA PASCUAL, M., *Código Penal. Concordancias y Jurisprudencia*, Edit. Tecnos, Madrid, 2003, p.30 recogido en la SAP de Cádiz de 10 de junio de 1999, en la que se cuestiona la concurrencia del requisito de la perseguibilidad del artículo 228, pues la denuncia se presenta como mera formalidad o trámite para alcanzar otros fines (exigencia del INEM) distintos a los de percibir las prestaciones correspondientes.

⁷¹³ En su texto establece que: “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1º) Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia. 2º) Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros. *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.605.

penal para perseguir el delito de impagos (y el de abandono), pero sencillamente no se ha aplicado a las familias separadas⁷¹⁴.

Puede proponerse, con GARCÍA ARÁN, la introducción de *lege ferenda*, en este ámbito, de una excusa absolutoria, con condiciones y plazos propios, a los efectos de incentivar la reparación del daño, tal y como está también previsto para otros delitos⁷¹⁵.

III.- 8. Las penas y su necesidad

III.- 8. a. Penas principales

Lo primero que hay que destacar, desde la regulación de 1989, es la gran variedad o diversidad sancionatoria.

Desde entonces, las opciones penológicas previstas han abarcado las distintas posibilidades de combinación de penas: pena única, penas acumulativas (dobles) y penas alternativas. El viejo Código sancionó el delito con una pena doble, arresto mayor y multa, y el Código de 1995 previó, hasta 2003, la pena única de arrestos de fin de semana; desde la reforma de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, las penas son alternativas: prisión o multa⁷¹⁶.

⁷¹⁴DELGADO LÓPEZ, L.M^a, “El artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el delito de impago de pensiones”, *Revista del Poder Judicial*, N^o 57, Madrid, 2000, pp.99-118; DE VEGA RUIZ, J.A., *op.cit.*, p.60 y MORETÓN TOQUERO, M^aA., *op.cit.*, pp.27-28.

⁷¹⁵ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...cit.*, 2004, p.597.

⁷¹⁶ Mientras que en la II^a República la penalidad fue alternativa, aunque algo más severa, en el Derecho Proyectado el Proyecto de 1992 se preveían penas alternativas

En cuanto a su gravedad, la prisión ha variado desde un mes y día (mínimo del viejo Código) hasta 1 año (máximo del Código vigente). La multa lo ha sido de cuantía fija de 100.000 a 500.000 pesetas y de 6 a 24 meses en el sistema de días-multa⁷¹⁷. Los arrestos de fin de semana, de 8 a 20, se mantuvieron durante la primera regulación del Código vigente como pena única⁷¹⁸. De todas ellas la regulación más severa de la privación de libertad es la vigente, considerando que la prisión puede oscilar entre 3 meses y 1 año, lo que cabe considerar un endurecimiento punitivo, especialmente, frente a la penalidad más benigna del primer periodo de vigencia del Código actual, una vez desaparecidos los arrestos de fin de semana⁷¹⁹. Este endurecimiento llevado a cabo por la reforma de 25 de noviembre de 2003, como dice LAURENZO COPELLO, puede ser el resultado de la influencia en el legislador del incremento del delito⁷²⁰.

Los problemas que han planteado las penas de prisión y multa, derivan de que (aparte de la problemática ya vista de la “prisión por deudas”) se trata de sanciones penales que pueden ocasionar con su efectivo cumplimiento serias dificultades para el pago de lo adeudado por parte de la persona obligada, por encontrarse en prisión o por tener unas obligaciones dinerarias

de 8-20 arrestos de fin de semana o multa 6-24 meses y en el de 1994 la pena única de multa de 6-24 meses.

⁷¹⁷ Esta última prevista como pena alternativa en el Proyecto de 1992 y como pena única en el de 1994.

⁷¹⁸ Igualmente previstos en el Proyecto de 1992, pero como pena alternativa con la multa de 6-24 meses.

⁷¹⁹ La pena de prisión actual resulta equiparable con la prevista en el periodo republicano, tanto en su mínimo (tres meses) como en su máximo (un año), con la diferencia de que en la regulación vigente no está expresamente prevista la agravante de reincidencia con aplicación única de la pena de prisión.

⁷²⁰ A lo que cabe añadir con ella que los criterios meramente utilitarios no deberían ensombrecer la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas, LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...cit.*, 2004, p.1302.

añadidas que pueden afectar a la disponibilidad de sus medios económicos⁷²¹, sin olvidar las posibilidades de modificación de la cuantía de las cuotas de la multa, si hay razón para ello (artículo 51)⁷²² y de las posibilidades de suspensión y de sustitución de la pena de prisión o de la forma de cumplimiento en el caso de la pena de multa (trabajos en beneficio de la comunidad).

Diferente era el caso, en nuestra opinión, de los antiguos arrestos de fin de semana, que resultaban una sanción penal idónea para fomentar el cumplimiento de las obligaciones económicas familiares implicadas en el delito de impagos, sin obstaculizar las tareas laborales y familiares de la persona obligada⁷²³.

En cualquier caso, para los casos en los que pueda darse identidad de sujeto, hecho o causa y las sanciones tengan el mismo fundamento, habrá que tener en consideración, a los efectos de evitar el *ne bis in idem*, la imposición de las multas previstas para los incumplimientos reiterados en el artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil⁷²⁴.

⁷²¹ Ya lo señalaba respecto a las penas del delito de abandono de familia BERISTAIN IPIÑA, A., "Cuestiones penales...." *cit.*, pp.217 y ss y más recientemente MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, 2007, p.191; PÉREZ MANZANO, M., "El impago de prestaciones..." *cit.*, p.238 y VIDORRETA RUIZ, M., *op.cit.*, pp.507-508, quien subraya la colisión entre el cumplimiento de la pena y el ejercicio del derecho de visitas.

⁷²² *Vid.* SAP de Almería (2ª) N°333, de 27 de noviembre de 2009, en la que se reduce la cuota a pagar en atención a la situación económica del acusado.

⁷²³ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.108 y *Comentarios...cit.*, 2004, p.1302.

⁷²⁴ De dudosa constitucionalidad por estar también previstas en el artículo 227 del Código penal para CORDÓN MORENO, F., *Concordancias y Notas a la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Edit. Aranzadi-Thompson Reuters, Navarra, 14ª edic., 2009.

Comparando la penalidad de los impagos con la del delito tradicional de abandono de familia, puede añadirse que mientras en el viejo Código se sancionaron con iguales penas los impagos y el delito de inasistencia menos grave del viejo 487, 1º (arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas), lo fueron con pena menor que la prevista para el delito más grave de inasistencia del 487, 2º (máximo de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas). En el Código de 1995, primero se sancionaron ambos delitos (abandono e impagos) más benignamente (con pena idéntica: 8-20 arrestos de fin de semana) y después, tras la reiterada reforma de 2003, por vez primera, el delito de impagos es sancionado con penas ligeramente superiores, al menos, en cuanto a sus límites máximos (prisión de 3 meses a 6 meses o multa de 6 a 12 meses para los abandonos y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos)⁷²⁵.

Pensamos que en la vigente regulación la diferencia entre la pena prevista para el 226 y la del artículo 227 puede responder al desvalor añadido en este último del elemento judicial, es decir, de la lesión al buen funcionamiento de los poderes públicos, que añade este último⁷²⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta que la pena de la falta de desobediencia del artículo 634 (con la que cabe establecer una cierta equivalencia) es la de multa de 10 a 60 días, no parecen muy

⁷²⁵En el Derecho proyectado cabe recordar que el Proyecto de 1992 establecía para los impagos penas menores en sus límites mínimos que para los abandonos (8-20 arrestos de fin de semana o multa 6-24 meses para los impagos frente a los 12-20 arrestos o la multa de 2-24 meses para los abandonos); en igual sentido, pero previendo como pena única la de multa, el Proyecto de 1994 (multa de 6-24 meses para los impagos y multa de 12-24 meses para los abandonos). Puede añadirse que las oscilaciones sancionatorias de los Proyectos no han sido sólo para los impagos, ya que el Proyecto de 1980 sancionó el delito de abandono con penas alternativas (de 10-20 arrestos de fin de semana o multa de 4-8 meses) y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 lo hizo con las mismas penas pero conjuntamente (10-20 arrestos de fin de semana y multa de 4-8 meses).

⁷²⁶ SAAVEDRA RUIZ, J., *op.cit.*, p.1680.

justificados los 6 meses más de prisión que pueden imponerse al delito de impagos frente al tradicional abandono de familia, máxime teniendo en cuenta la polémica protección asistencial del delito de impagos, aunque no lo es desde luego, para nuestra interpretación restrictiva.

En cuanto al delito de desobediencia, mientras el viejo Código lo sancionó con igual pena que el delito de impagos (arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas) (lo que permitió interpretar su equiparación), el Código vigente opta por marcar la diferencia entre ambos, al sancionar los impagos con pena muy inferior (8-20 arrestos de fin de semana frente a la prisión de 6 meses a 1 año para el delito de desobediencia). Desde la reforma de 25 de noviembre de 2003, las penas de ambos delitos han vuelto a aproximarse, pero resulta mayor la del delito de desobediencia (prisión de 6 meses a 1 año para el delito de desobediencia y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos)⁷²⁷, lo que puede interpretarse como una confirmación más de que la desobediencia que conlleva el delito de impagos no es la “grave”, propia del delito de desobediencia.

En nuestra opinión, y en coherencia con la interpretación restrictiva que hemos venido manteniendo, las penas principales previstas para el delito de impagos (especialmente la de prisión) sólo resultan proporcionadas en la medida en que el artículo 227 sea interpretado como un precepto protector de bienes jurídicamente relevantes y sancionador de sus ataques más severos, pues en otro

⁷²⁷Los Proyectos de 1992 y 1994 sancionaron ambos el delito de desobediencia con prisión de 6 meses a 1 año. El delito de alzamiento de bienes (sancionado con arresto mayor en el Código de 1973) es sancionado en el Código vigente con la pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses, exactamente igual que en los Proyectos de 1992 y 1994, lejos, por tanto, de la pena de los impagos.

caso, las entendemos (con la SAP N°43 de Cantabria, de 3 de marzo de 2000) contrarias al principio de proporcionalidad que debe regir la medición entre la entidad del delito y de la pena⁷²⁸.

Cabe añadir que aunque el recurso a la pena para los impagos fue, a nuestro entender, necesario en el contexto de 1989, éste puede ser hoy replanteado para la protección de la seguridad económico-asistencial de cónyuges y excónyuges, a la luz de los cambios que han venido aconteciendo en los últimos años y en particular ante la aparición de medios distintos a los penales de canalización y sanción de los incumplimientos o de ayuda en las situaciones de crisis familiar y matrimonial⁷²⁹. Todo ello sin perder de vista la reforma del Código civil de 8 de julio de 2005 a través de la cual ha disminuido el componente económico-asistencial de las crisis matrimoniales, a favor del meramente indemnizatorio.

III.- 8. b. Penas accesorias

A diferencia de lo que acontece con los hijos menores sometidos a la patria potestad⁷³⁰, en relación a los cónyuges y ex

⁷²⁸ Vid. también SAP de Madrid (7ª) N°24, de 22 de enero de 2009 y DE LA MATA BARRANCO, N., *op.cit.*, pp.206 y ss.

⁷²⁹ Vid. *infra* pp.276 y ss.

⁷³⁰ Respecto de los cuales compartimos con LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos... cit.*, p.108 y *Comentarios...cit.*, 2004, p. 1302 la crítica a la ausencia en el artículo 227 de una disposición similar a la del 226,2 que faculte al Juez o Tribunal para aplicar motivadamente, como pena principal, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, teniendo en consideración que los hijos menores de edad pueden ser y son muy frecuentemente sujetos pasivos del delito. No obstante cabía añadir la posible aplicación - vía artículo 56 - como pena accesoria de la inhabilitación especial para el ejercicio de "cualquier otro derecho" que tenga relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia dicha vinculación, lo que tras la reforma de 22 de junio de 2010, y según la previsión del nuevo 56,1,3°, es ya posible hacer

cónyuges no existe ninguna particularidad en materia de penas accesorias.

III.- 8. c. Suspensión y sustitución

La suspensión (antes, remisión condicional de la pena) de los artículos 80 y siguientes del Código penal es una facultad que tienen los Jueces y Tribunales relativa a las penas privativas de libertad inferiores a los dos años de duración (antes de la entrada en vigor de la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre) y para las no superiores a los dos años (desde su entrada en vigor) especialmente interesante en el delito de impagos.

Se decide fundamentalmente en función de la peligrosidad criminal del sujeto y, desde la citada reforma de 2003, atendiendo también a la existencia de otros procedimientos penales contra el reo. El plazo para la suspensión es de 2 a 5 años y se fijará, previa audiencia de las partes, teniendo como criterio las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Los requisitos para poder otorgarla son: haber delinquido por primera vez (sin tenerse en cuenta ni las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo con arreglo al 136), que la pena impuesta (o la suma de las impuestas) no sea superior a los dos años⁷³¹, que se hayan

directamente, puesto que prevé como pena accesoria la de “inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

⁷³¹ Sin incluir el cómputo de la pena de multa, que fue añadido por la reiterada reforma de 2003.

satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado⁷³², salvo declaración de total o parcial imposibilidad de hacerse cargo de las mismas por el Juez o Tribunal sentenciador, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los interesados. La suspensión siempre estará condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado, pudiendo también ser condicionada al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, tales como la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde se resida (apartado 2º antes de la reforma y 3º después) o el deber de comparecer e informar de las actividades y justificarlas o participar en diferentes programas formativos, culturales y de diversa formación. En este sentido, cabe destacar, por ejemplo, los programas de mediación familiar o de resolución de conflictos en el ámbito familiar.

De especial relevancia en el delito de impagos son las “condiciones necesarias” de que la pena principal no sea superior a la de 2 años de prisión, por lo que siempre existirá la posibilidad de suspensión (al menos en función de este requisito) y la relativa a la satisfacción de la responsabilidad civil (salvo declaración judicial de total o parcial imposibilidad de hacerse cargo de las mismas), dada la importancia que en el delito tiene la responsabilidad civil: en concreto, la reparación, que está específicamente prevista en el párrafo 3º del artículo 227.

La sustitución está prevista en nuestro Ordenamiento desde el Código de 1995 y desde entonces hasta la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, los arrestos de fin de semana pudieron ser facultativamente sustituidos por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88,2), con la equivalencia de un arresto de fin semana por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo;

⁷³² Nuevo requisito que añade a los anteriores el Código de 1995.

siempre previa conformidad del reo, debía establecerse en la misma sentencia o después por auto motivado (en todo caso antes de dar inicio a la ejecución) y cuando así lo aconsejasen las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en especial, el esfuerzo para reparar el daño causado, con la condición de no tratarse de reos habituales.

La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, suprimió la pena de arrestos de fin de semana y modificó consecuentemente el citado artículo 88,2. Desde entonces la pena del artículo 227 pasó a ser la vigente de prisión de 3 meses a 1 año o la multa de 6 a 24 meses, siendo así que la pena de prisión (como regla general, que no exceda de un año) es la única que, previa audiencia de las partes, puede ser sustituida por multa o trabajo en beneficio de la comunidad, con la equivalencia de 1 día de prisión por 2 cuotas de multa o 1 jornada de trabajo en beneficio de la comunidad. El Juez o el Tribunal pueden imponer, además, la observancia de una o varias de las obligaciones, ya señaladas, previstas en el artículo 83 por tiempo que no podrá exceder del tiempo de la pena sustituida.

Cabe destacar la factible sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, que podría llegar a cumplir efectos preventivos, sin los contraproducentes de las penas de prisión o de multa.

La reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, al reformar el artículo 88 permite también la sustitución por pena de localización permanente, con la equivalencia de un día de prisión por un día de localización permanente (pena que ha sido también modificada a través de la nueva redacción del artículo 37).

III.- 9. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil no fue expresamente regulada en el delito de impagos del viejo Código, tras la reforma de 1989, ni tampoco fue considerada a nivel de Derecho proyectado; como en el delito de abandono de familia, había que remitirse a las reglas generales.

Este hecho dio pie a uno de los debates más intensos durante la vigencia del Código penal anterior y a una práctica judicial contradictoria⁷³³.

Los argumentos utilizados para denegar el cobro de las prestaciones en concepto de responsabilidad civil derivada de delito fueron fundamentalmente:

- El origen civil y previo a la comisión del delito de la resolución judicial de obligación del pago, resultando así preexistentes las obligaciones a la conducta delictiva (causa y no efecto del delito)⁷³⁴

- la interpretación jurisprudencial de que los delitos de mera actividad/inactividad no generan responsabilidad civil, y

- la instrumentalización del Derecho penal para el cobro de deudas, lo que, a su vez, se relacionaba con la “prisión por deudas”.

⁷³³ BERMÚDEZ OCHOA, E., *op.cit.*, pp.427 y ss, quien señala numerosa jurisprudencia contradictoria.

⁷³⁴ *Vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Derecho Penal. Parte Especial cit.*, 1997, p.79.

A los anteriores argumentos se añadieron razones de orden procesal como la competencial para la ejecución de las prestaciones económicas judicialmente acordadas, que corresponde con carácter exclusivo a los Jueces civiles que hayan conocido del pleito, y, desde un punto de vista práctico, la falta de conexidad y de economía procesal.

Muestra de la trascendencia de la problemática son las aportaciones realizadas por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/90 y en la Consulta número 1/93. En la primera se establecía para los Fiscales la directriz de solicitar la responsabilidad civil en tanto no se consolidase en la jurisprudencia la práctica contraria, dadas las respuestas judiciales contradictorias de entonces. La Consulta 1/93 se limitó a ratificar el criterio establecido por la mencionada Circular. En la Memoria de 1992 la Fiscalía se manifestó plenamente favorable a la plena eficacia de la responsabilidad civil de los impagos en el proceso penal, por razones de economía procesal y por la mayor eficacia de la vía penal, teniendo en consideración que el delito de impagos lo es de lesión de los derechos asistenciales familiares y productor de menoscabos resarcibles económicamente.

El vigente Código regula expresamente la materia desde 1995 en el párrafo 3º del artículo 227 que, hasta el presente, no ha sido modificado; en él se establece que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”⁷³⁵.

⁷³⁵ Tras las modificaciones acontecidas en el procedimiento parlamentario *vid. infra* pp.206 y ss.

La razón alegada por el legislador para su implantación ha sido la economía procesal, para evitar el posterior proceso civil dirigido a la obtención del pago⁷³⁶.

Aparte de la indicada, se ha alegado a su favor el constituirse en una manifestación más de la política criminal contemporánea favorable a la reparación de las víctimas, en la onda de la atenuante de reparación del daño del artículo 21,5º y del requisito de satisfacción de las responsabilidades civiles, para obtener la suspensión de la pena de prisión (artículo 81,3), siempre que haya sido posible atenderlas⁷³⁷.

También se ha dicho que esta ampliación del concepto de responsabilidad civil hace que se termine por configurar el delito como un instrumento penal dirigido a obtener el cumplimiento de obligaciones civiles, como probablemente fuese la intención de los sectores sociales que exigían su tipificación⁷³⁸.

A efectos prácticos el problema que frecuentemente se plantea es la interpretación del término *ad quem* de las cuantías adeudadas, es decir, hasta dónde o hasta cuándo se puede reclamar en materia de responsabilidad civil, de un modo similar a lo ya planteado respecto del período objeto de enjuiciamiento. Según una jurisprudencia variada, el término *ad quem* se entiende en ocasiones

⁷³⁶ Máxime si la ineficacia de la vía civil es la que trae causa de la presente tipicidad penal, según PRATS CANUT, J.M., *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, 8ª edic., 2009, p.570.

⁷³⁷ HERRERA MORENO, M., *op.cit.* p.227. Para MARCHENA GÓMEZ, M., Delito de impago...*cit.*, p.799 “sólo una propuesta hermenéutica aferrada a la idea de “reparación del daño procedente del delito” (...) permitirá salvar el contrasentido ocasionado por el apartado 3 del artículo 227”.

⁷³⁸ GARCÍA ARÁN, M., “El impago...” *cit.*, p.25; LAURENZO COPELLO P., *Los delitos...cit.*, pp. 110-111. y aludiendo al trasfondo recaudatorio del 227 PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al Nuevo Código...cit.*, 2005, p.1195 y *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, 8ª edic., 2009, p.570., quien apunta su sentido “recaudatorio”.

referido: a) hasta la fecha de la denuncia o la querrela; b) hasta la fecha del escrito de acusación; c) hasta la del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado; d) hasta la fecha de la formulación de la acusación en las conclusiones definitivas del juicio oral; o e) hasta la fecha de la sentencia⁷³⁹.

Como en otros casos, aunque difícil en una omisión pura, la reparación del daño no excluye la posible indemnización por otros daños o perjuicios ocasionados por la comisión del delito, conforme a los artículos 109 y 110,3 y 113 del Código penal.

Como dato sociológico MUÑOZ FERNÁNDEZ, OLIVARES GARCÍA y SAN VICENTE JIMÉNEZ apuntan que en el 91,5% de los procedimientos en los que se ha dictado sentencia condenatoria, se contempla la obligación de reparar a la víctima por las cuantías adeudadas, si bien no se conceden indemnizaciones por los posibles daños morales fruto del abandono⁷⁴⁰.

En nuestra opinión, se trata de una opción correcta en la medida en que el bien jurídico afectado es estrictamente asistencial, debiendo contemplar la reparación la cuantía de la deuda hasta el momento de las conclusiones definitivas que, en nuestra opinión parece el más adecuado.

⁷³⁹ *Vid.* LLARÍA IBÁÑEZ, B., *op.cit.* p.288; MAGRO SERVET, V., *op.cit.*, p.1635, quien añade, como otra posibilidad, el momento del efectivo pago en la ejecutoria penal; *vid.* también la citada Consulta 1/2007 de la Fiscalía.

⁷⁴⁰ Tampoco se contempla el pago de los intereses de las cantidades dejadas de percibir (como en la ejecución de las sentencias civiles), MUÑOZ FERNÁNDEZ, S., OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., *op.cit.* p.88.

III.- 10. Causas de extinción de la responsabilidad penal

III.- 10. a. La prescripción

Conforme al artículo 131,1º del Código penal, el plazo para la prescripción del delito era hasta hace poco de tres años, lo que suponía una disminución del mismo en relación al previsto en el artículo 113 del viejo Código: 5 años. Desde la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, que ya ha entrado en vigor, el plazo de prescripción vuelve a ser de 5 años, según la nueva regulación del artículo 131,1º.

El problema fundamental lo presenta la apreciación del delito como permanente, por lo que, en función de lo establecido por el vigente y no modificado artículo 132,1º, el citado plazo deberá contarse desde la eliminación de la situación ilícita o desde el cese de la conducta.

La denuncia o la querrela interrumpirán el plazo establecido para la prescripción del delito, según el artículo 132,2º (que sí ha sido modificado por la reforma de 22 de junio de 2010) por un plazo máximo de 6 meses, en caso de delito, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de la formulación de la denuncia. Si en dicho plazo se dictase resolución judicial motivada en la que se atribuya presunta participación en un hecho criminal, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de la denuncia o la querrela. Y si dentro del plazo indicado se produjese una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no continuar con el procedimiento, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de la denuncia o la querrela. La continuación del cómputo también se dará si en el plazo indicado el Juez de

Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en el artículo.

III.- 10. b. La ineficacia del perdón

El Código penal vigente, con buen criterio en nuestra opinión, para evitar las fuentes de presión y de chantaje y canalizando la problemática mediante la perseguibilidad semipública, no lo contempla expresamente como causa de extinción de la responsabilidad penal, lo que viene exigido en el artículo 130,5° del Código, que no ha sido afectado en este punto por la reforma de 22 de junio de 2010.

En realidad puede decirse que a nivel de Derecho positivo no ha habido cambios, pues ni el viejo Código, ni el vigente han regulado expresamente el perdón para el delito de impagos.

En el Derecho proyectado se han dado, sin embargo, más variaciones, pues aunque el Proyecto de 1994 tampoco hacía referencia alguna al perdón, el Proyecto de 1992 lo admitía y lo regulaba como causa de extinción, tanto de la acción penal como de la pena⁷⁴¹.

⁷⁴¹La evolución en este aspecto del delito de abandono familiar tradicional ha sufrido cambios aún mayores, ya que, procedente de la reforma de 1963 del Código de 1944, como causa de extinción de la acción penal y de la pena, pasó al Código de 1973 y fue de nuevo reformado en 1983 con una regulación más restringida, que permaneció tras la reforma de 1989, que sólo preveía como efecto del perdón (expreso o presunto) la extinción de la acción penal, estableciendo como requisitos del mismo su aprobación por el Tribunal competente y la previa audiencia del Ministerio Público. A nivel de Derecho proyectado cabe añadir que mientras en el Proyecto de 1980 el perdón extinguía la acción penal o la pena, en el de 1983 extinguía la acción penal o la pena.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PARTE II

I. Una vez consolidado el delito de impagos como una figura de inasistencia familiar, dentro de un proceso que va desde los impagos de la IIª República, pasando por la reforma de 1989, hasta llegar a la regulación del Código vigente, cabe destacar la mejora sistemática de su regulación entre los delitos contra las “relaciones familiares” y “contra los derechos y deberes familiares”.

Ya desde el curso del procedimiento parlamentario del Código vigente quedó clara la circunscripción del artículo 226 al ámbito de las obligaciones legales, dejando el artículo 227 para el incumplimiento de las obligaciones judicialmente controladas. Este elemento, el judicial, propio de los procedimientos de separación, divorcio o nulidad (y filiación o alimentos de hijos) es lo que fundamentalmente diferencia los dos delitos de inasistencia familiar.

II. El Código penal de 1995 aprobó otras mejoras respecto de la regulación anterior del delito de impagos: como el acortamiento de los plazos de incumplimiento, la ampliación de las prestaciones objeto del delito, la perseguibilidad semipública y la reparación del daño (aparte de los cambios en los plazos de prescripción).

1. Los plazos legales de incumplimiento para los impagos de tracto sucesivo, se acortaron de tres meses consecutivos o seis no consecutivos, a dos y seis meses respectivamente.

2. Las prestaciones objeto de incumplimiento se ampliaron (siguiendo la propuesta de reforma del Proyecto de 1992 y del de 1994) y desde entonces quedan cubiertos los impagos de todas las

prestaciones económicas derivadas de los procedimientos judiciales de separación, divorcio y nulidad (las periódicas y cualquier otra establecida de forma conjunta o única), en coherencia con la propia redacción del artículo 227, que ahora sólo deja fuera de su ámbito de aplicación las pactadas o acordadas al margen de la intervención judicial. Cabe recordar que el viejo 487 bis al incriminar los impagos de las prestaciones derivadas de separación, divorcio y nulidad reducía la conducta típica a los de tracto sucesivo mensual, por lo que, aunque en un principio pretendiese abarcar los incumplimientos de todas prestaciones, dejaba fuera de su ámbito de aplicación los relativos a las prestaciones no periódicas y no mensuales (algunas compensatorias y las indemnizaciones por nulidad).

Paralelamente puede añadirse como referente importante a tener en consideración, que el Código de 1995 cambió también el objeto del delito tradicional de abandono matrimonial, referido ahora a la “asistencia necesaria legalmente establecida para su sustento”, siempre que el cónyuge esté “necesitado”, tras las vacilaciones entre la “asistencia necesaria para el sustento” de los Proyectos de Código de 1992 y 1994, la “asistencia indispensable para el sustento” del Proyecto de 1980, y la “asistencia para el sustento”, siempre del cónyuge “necesitado” de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y teniendo también en cuenta que, desde 1942 hasta 1995, los objetos fueron “los deberes legales de asistencia inherentes al matrimonio” y “la asistencia indispensable para el sustento” del cónyuge “necesitado” (salvo separación por su culpa/causa).

3. Frente al carácter público que originariamente tuvo el delito en el Código de 1973, al carecer de una regulación específica, hoy tiene una perseguibilidad semipública común con el delito de abandono de familia, que está prevista en el artículo 228.

4. La inclusión en el párrafo 3º del artículo 227 de la reparación del daño, entendiendo por tal el abono de las cuantías adeudadas es, tal vez, la mayor innovación de la regulación de 1995.

III. Durante la vigencia del Código penal han sido aprobadas varias reformas que afectan a la regulación de los impagos: por un lado, el endurecimiento de su pena y, por otro lado, la modificación indirecta de algunos aspectos particulares.

1. El paso de una regulación de penas iguales y menos graves para los delitos de abandono de familia a un endurecimiento de las penas para los impagos se llevó a cabo mediante la reforma 15/2003, de 25 de noviembre. A partir de entonces y por vez primera (el viejo Código sancionaba con igual pena la conducta menos grave y con pena mayor para el abandono más grave) se sanciona el delito previsto en el artículo 227 con penas mayores que las previstas para los abandonos, en cuanto a sus límites máximos (prisión de 3 meses a 6 meses o multa de 6 a 12 meses para los abandonos y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos), mientras que en la regulación originaria del Código de 1995 se hacía con la misma pena: 8-20 arrestos de fin de semana.

2. La LO 5/2010, de 22 de junio, ha afectado indirectamente al delito de impagos a través de su reforma de la atenuante de dilaciones indebidas (que frecuentemente se aplica en los casos de impagos), de la nueva sustitución de la pena de prisión por localización permanente y de la nueva regulación y ampliación de los plazos de prescripción.

IV. El Código no ha modificado el modelo de pareja implicado en el delito de impagos, que sigue siendo únicamente el matrimonial, pues los miembros de las uniones estables no pueden

ser ni sujetos activos ni pasivos del mismo. En relación a los hijos puede decirse que hubo un cambio importante entre la reforma de 1989 (en la que sólo fueron incluidos los matrimoniales) y la regulación del Código de 1995, que amplió el ámbito de protección a todos los hijos (matrimoniales o no), como era lo constitucionalmente exigible.

Tampoco ha reformado lo que, en nuestra opinión, es más importante: la no regulación expresa de la “situación de necesidad del sujeto pasivo”, que tampoco regulaba el viejo Código, aunque en la Ley de 1932 el problema no se planteaba porque los divorcios sólo daban pié a la obligación de alimentos, que siempre ha implicado necesidad.

V. Se trata de un delito que, tal y como está configurado, plantea numerosos problemas, pero, sin duda, el más relevante de todos, en nuestra opinión, es el del bien jurídico, porque afecta a su legitimidad (incluyendo las dudas que suscita como “prisión por deudas”) y a la interpretación de los demás elementos de la infracción delictiva.

Entre las diferentes opciones a la hora de determinar el bien jurídico del delito de impagos, nos decantamos por considerarlo doble: la seguridad económico-asistencial, como bien jurídico principal y el buen funcionamiento de los poderes públicos, como bien secundario.

Entendemos el bien jurídico familiar (o derivado de la familia) “asistencial” en un sentido restrictivo, civil o alimenticio, acorde con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, para evitar la proscrita “prisión por deudas” que ensombrece el precepto y en coherencia con la protección asistencial (alimenticia) del matrimonio en el artículo 226. Pensamos, además,

que esta interpretación nos permite establecer una mejor conexión con el ordenamiento jurídico-civil (que básica y originariamente regula la materia), lo que facilita una interpretación evolutiva de los derechos asistenciales que, en nuestra opinión, manteniendo, por supuesto la autonomía penal, resulta fundamental para poder reflexionar hoy político-criminalmente en torno al delito.

Coherentemente con la interpretación restrictiva del bien jurídico, entendemos que el artículo 227 sólo podrá aplicarse a los impagos que, cumpliendo los demás requisitos típicos, lo sean de las prestaciones económicas estrictamente asistenciales derivadas de las crisis matrimoniales, como las pensiones alimenticias y las prestaciones compensatorias y las indemnizaciones por nulidad que cumplan, en el caso concreto, una “función asistencial” o alimenticia, es decir, cuando el sujeto pasivo se encuentre en “situación de necesidad” (carezca de medios y no tenga posibilidad de obtenerlos) y siempre que el sujeto activo pueda cubrirlo. Consecuentemente, por falta de antijuricidad material, al no resultar lesionado el bien jurídico principal, habrá que descartar del ámbito delictivo del precepto los impagos de las prestaciones compensatorias e indemnizaciones que no cumplan en el caso concreto una función asistencial, aunque pueda resultar afectado el buen funcionamiento de los poderes públicos, lo que debería ser tenido en consideración para la eventual aplicación de las infracciones penales de desobediencia.

VI. Mientras que el delito tradicional de abandono o inasistencia conyugal ha sido reducido por el Código a la no prestación de alimentos legales siempre que el cónyuge esté necesitado, acorde con la evolución de los tiempos y, en especial, con el papel de la mujer en la sociedad, en la familia y en el matrimonio, el de impagos se ha potenciado, expandido y endurecido, pues se han acortado los plazos de los incumplimientos, se han ampliado las

prestaciones objeto del delito, se han endurecido las penas y su aplicación deviene mayor cada vez, más frecuente, según los datos recogidos por las Memorias de la Fiscalía General del Estado, corroborados por el aumento de las sentencias. Lo compartiríamos si el precepto fuese siempre interpretado y aplicado en el sentido restrictivo propuesto, pero como la realidad más frecuente no es así, nos parece preocupante.

Paralelamente, a nivel civil, se ha ido reduciendo el reconocimiento judicial de las prestaciones compensatorias previstas en el artículo 97 del Código civil, especialmente tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que su regulación se ha decantado hacia su vertiente o sentido más indemnizatorio (sin hacer desaparecer el asistencial) como reflejo de los cambios sociales ligados muy especialmente al papel de mayor independencia económica de las mujeres (teniendo en cuenta que las prestaciones de la nulidad tienen un destino sociológico de marginalidad).

En los últimos años se han desarrollado nuevos medios de sanción de los incumplimientos y de ayuda para las situaciones de crisis matrimonial; se derivan de una doble reforma procesal de los procedimientos matrimoniales que incluyen, por ejemplo, multas para los incumplimientos reiterados (artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil) y de la citada reforma del Código civil de 2005, que aporta diversos tipos de ayudas públicas, que hay que esperar no decrezcan con la crisis económica.

Tampoco hay que olvidar que en el contexto actual existe otro modelo de pareja estable con relevancia social, las uniones de hecho o estables, que afrontan sus crisis y los efectos económicos derivadas de las mismas sin tener que acudir al instrumento de la criminalización y de la pena.

Por todo ello, pensamos que hoy, tras 21 años de vigencia, hay razones que permiten, al menos, comenzar a cuestionar la protección penal de la seguridad económico-asistencial de los cónyuges y ex cónyuges derivada de los procedimientos matrimoniales (al margen de la protección penal asistencial de los hijos) y, en particular, su necesidad de pena.

No hay que perder de vista que se trata de una materia eminentemente civil, por lo que éste podría volver a ser en exclusiva el cauce para su tratamiento jurídico.

III PARTE

Consideraciones político-criminales en torno a la criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

Introducción

Aunque a lo largo de su articulado el Código penal de 1995 recoja la realidad social de los nuevos modelos familiares, como decíamos en la Introducción de la Parte I^a, la criminalización del abandono de familia, primero, y, luego, de los impagos ha tenido hasta hace muy poco como referente casi único al modelo de familia hegemónico: el nuclear biparental y de pareja matrimonial⁷⁴².

A pesar de que el nuevo Código, a diferencia del anterior, haya optado por incluir en los mencionados delitos la protección asistencial de las filiaciones matrimonial y extra-matrimonial, no lo ha hecho respecto de los diferentes tipos de pareja, manteniendo así la criminalización de los incumplimientos económico-asistenciales derivados de las crisis matrimoniales, mientras que los asociados a las de las uniones estables o parejas de hecho continúan – como siempre han estado – al margen del Derecho penal.

Es un hecho constatable que desde los años noventa,

⁷⁴² Sin olvidar también al de familia extensa, pues en el delito de abandono de familia queda también abarcada la inasistencia alimenticia a ascendientes y descendientes.

especialmente desde su segunda mitad, las uniones estables de pareja, tras una valoración social favorable e importante, han venido consolidando su reconocimiento jurídico-civil, primero de la mano de la jurisprudencia y después a través de leyes autonómicas, formando parte del proceso de “juridificación” en el que están inmersas. Pensamos que fue acertado no tenerlas en consideración a efectos penales, ni en la reforma de 1989 ni a la entrada en vigor del Código penal de 1995. Pero la situación hoy es distinta y, en nuestra opinión, genera una reflexión en torno a la justicia o no, conveniencia o no, de criminalizar los impagos (judicialmente controlados) derivados de las crisis de las uniones estables de pareja, desde la perspectiva del diferente trato jurídico otorgado a la asistencia económica en las crisis matrimoniales (penal) y en las de uniones estables de pareja (autonómico- civil).

La estructura de esta Parte III^a comprende tres Capítulos:

El Capítulo I^o está dedicado a exponer las que pueden considerarse características más sobresalientes del contexto actual de las relaciones familiares y de pareja, en cuya clave deben hoy ser éstas comprendidas e interpretadas. También está destinado a presentar los aspectos más relevantes de las uniones estables de pareja como realidad social: su denominación, origen y evolución, sus rasgos o características más sobresalientes y, con aportación de algunos datos estadísticos, algo sobre su cuantificación.

El Capítulo II^o desarrolla el proceso de reconocimiento jurídico-civil de los derechos económicos y asistenciales derivados de las crisis de las uniones estables, entendiendo que éste forma parte del proceso más amplio de su “juridificación”. Contiene dos partes: la primera, destinada precisamente a explicar las líneas maestras de su “juridificación”, en paralelo y en contraposición al proceso

“desformalización” del matrimonio, explicita las referencias legales más importantes de equiparación entre los dos modelos de pareja, así como las bases constitucionales de las uniones estables; la segunda parte está dedicada específicamente al reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales derivados de las crisis de las uniones estables que han ido realizando la jurisprudencia y las diferentes Leyes autonómicas que regulan la materia, ante la ausencia de una normativa estatal. No olvidamos hacer referencia a las Propositiones de Ley presentadas para la reforma del Código civil en esta materia, ni al papel de la intervención judicial, ni al encauzamiento procesal que tienen las reclamaciones de las parejas estables, tras el cese de su convivencia.

El Capítulo IIIº contiene nuestra reflexión político-criminal sobre una hipotética criminalización de la inasistencia económica derivada de las crisis de las uniones estables, a la luz del reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales derivados de sus crisis, tras la correspondiente intervención judicial y en coherencia con nuestra interpretación restrictiva del artículo 227 del Código Penal, tal y como la hemos expuesto y razonado en la Parte IIª de esta investigación.

Capítulo I.- La importancia de las uniones estables de pareja en el contexto actual de las relaciones familiares

I.- 1. El contexto actual de las relaciones familiares

El importante cambio que en los últimos años han ido experimentando las relaciones familiares puede caracterizarse por

tres grandes rasgos o líneas de evolución:

1. El paso del modelo de familia tradicional, como modelo hegemónico o único, a la paulatina consolidación y coexistencia de una pluralidad de modelos familiares y de pareja.

2. Los avances en la independencia económica de las mujeres y en la igualdad entre hombres y mujeres, también en los roles familiares y de pareja.

3. El desarrollo de una interesante batería de ayudas asistenciales públicas y de otras relacionadas con la conflictividad familiar y de pareja, que no deben desaparecer con la crisis económica, sino todo lo contrario, pues deberían ser potenciadas.

En nuestra opinión, se trata de un conjunto de elementos que pueden tener repercusiones relevantes en la materia que nos ocupa.

I.- 1. a. Del modelo único a la pluralidad de modelos familiares y de pareja

Asistimos, una vez más, a un importante cambio de las relaciones familiares (estructura, composición y roles), a una nueva crisis de adaptación, en este caso, de la familia tradicional nuclear como modelo hegemónico hacia la paulatina consolidación de un panorama nuevo de relaciones familiares plurales. Según los estudios sociológicos, se trata de la segunda gran transición de la familia moderna: la fase “postnuclear”, caracterizada por la “desinstitucionalización” y la “privatización”⁷⁴³.

⁷⁴³ ALBERDI, I., “La familia, propiedad y aspectos jurídicos”, en *Estrategias*

El primer gran cambio de la época moderna tuvo lugar con el paso de la familia amplia o extensa a la nuclear. La primera, propia de sociedades rurales y preindustriales, comprendía tres o más generaciones, cumplía numerosas funciones que incluían una fuerte solidaridad y los roles de sus miembros estaban muy marcados por una férrea estructura, autoritaria y patriarcal⁷⁴⁴. En ella, los hombres eran los obtenedores de los ingresos y quienes mantenían económicamente a la familia mientras que las mujeres, subordinadas y dependientes, también en el aspecto económico, ejercían el papel de cuidadoras del hogar, marido, hijos y, en su caso, de otros familiares/dependientes, normalmente ascendientes⁷⁴⁵.

La familia estricta, nuclear y matrimonial, se fue forjando como sustituta de la familia extensa; hasta hace muy poco tiempo ha sido el modelo hegemónico, prácticamente el único existente, especialmente en el sur de Europa y en particular en el Estado español. Se llama nuclear por surgir de la contracción de la familia amplia y por ceñirse en torno a un núcleo familiar estricto compuesto por padres/madres e hijos/as (dos generaciones) y por una pareja

familiares, L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO Eds., Alianza Universidad, 1993, pp.271 y ss; CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Edit. Tirant lo Blanch Monografías 336, Valencia, 2005, pp.20 y ss; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho: una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Edit. Tirant lo Blanch Monografías 221, Valencia, 2002, pp.45 y ss; DOLZ LAGO, M.J. *op.cit.*, pp. 253 y ss; MEIL LANDWERLIN, G., *Las uniones de hecho en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003; REQUENA y DÍEZ DE REVENGA, M., “Formas de familia en la España contemporánea”, en *Estrategias familiares*, *cit.*, Eds. L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO, pp.249 y ss y VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.* esp. p.4.

⁷⁴⁴ Entendiendo que el sistema patriarcal, que se fue instaurando en un lento proceso situado entre el año 3100 y el 600 A.C., es el principio universal de dominación masculina y correlativa posición subordinada de la mujer que caracteriza la existencia de la institución familiar a lo largo de la historia y a lo ancho de todas las culturas, *vid.* en este sentido CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *op.cit.*, pp. 28 y ss.

⁷⁴⁵ En ella los hijos eran considerados fundamentalmente como capital, como un bien de inversión.

matrimonial de base. Es propia de las sociedades industriales modernas, de carácter urbano y más individualista que la extensa por la reducción de sus miembros; ha tenido y tiene menos funciones y los roles en ella de sus miembros han sido desde su origen y durante largo tiempo similares a los descritos respecto de la familia amplia, destacando la dureza y rigidez con la que fueron entendidos durante el periodo franquista⁷⁴⁶.

Ya en la época democrática hay que resaltar su evolución jurídico-igualitaria, entre los cónyuges y de ambos con relación a los hijos⁷⁴⁷, de modo que “ahora ya no se puede contemplar a la familia como un clan dirigido por un patriarca, sino como un grupo humano unido por vínculos de sangre o afectivos que a través de la convivencia persigue alcanzar objetivos comunes que pretenden proyectarse en un desarrollo integral de la personalidad de cada uno de sus miembros”⁷⁴⁸.

La segunda gran transformación de la familia, ya apuntada, comenzó a gestarse en la España de los años 90⁷⁴⁹.

En los años 80 y a principios de los 90, a diferencia de otros países del entorno europeo, el modelo familiar dominante era aún de forma clara el nuclear-conyugal⁷⁵⁰. Sólo a partir de entonces

⁷⁴⁶ Reflejo de la estructura política del Estado franquista y de su modelo ideológico-religioso, *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op.cit.*, pp.180 y ss.

⁷⁴⁷ Quienes se han ido transformado en un coste y en un bien afectivo.

⁷⁴⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., *op.cit.*, p.183.

⁷⁴⁹ Unos años después que en otros países europeos, pero siguiendo un proceso mucho más rápido, MEIL LANDWERLIN, G., *op.cit.*, pp.39 y ss.

⁷⁵⁰ ALBERDI, I., “La familia...” *cit.*, pp.282 y 295 y REQUENA y DÍEZ DE REVENGA, M., *op.cit.*, p.257 y ss, para quienes, con base en el Censo de 1981 y la Encuesta de Población Activa de 1990, en España la familia nuclear aún no había sido sustituida por los hogares unipersonales, lo que había ocurrido en otros países y casi 2 de cada 3 hogares eran de tipo conyugal-nuclear en cuyo seno vivían 7 de

comenzaron a apuntar como tendencias crecientes la reducción del número de miembros en los hogares, los matrimonios sin hijos, las familias monoparentales y las parejas de hecho⁷⁵¹.

Esta segunda transición de la familia contemporánea, denominada “postnuclear”, se caracteriza por la “desintitucionalización” y por la “privatización” de las relaciones familiares. Lo primero, en referencia a la familia conyugal/nuclear como institución única y aludiendo con ello a la tendencia reductora de las normas aplicables al matrimonio y a la filiación y al proceso a través del cual se han ido desdibujando los límites entre la legitimidad y la ilegitimidad familiar y se han ido aceptando y reconociendo situaciones familiares y vitales que durante décadas fueron rechazadas o simplemente obviadas, como la cohabitación o convivencia de hecho (reconocidas históricamente en ocasiones, como en el Derecho Romano), la monoparentalidad o las relaciones homosexuales de pareja. Frente a la familia tradicional, éstas se entendían como situaciones defectuosas y se calificaban peyorativamente como incompletas, rotas o desestructuradas, padeciendo un estigma que les otorgaba marginalidad e invisibilidad⁷⁵². La “privatización” se refiere a la

cada diez españoles, mientras que el 14% de los hogares eran unidades de convivencia no familiares y en ellas vivía un 5% de la población española; conviene añadir que, como en otros países del sur de Europa, por razones culturales y religiosas la tasa de divorcio era también escasa (*Ibid.*, p.262).

⁷⁵¹ ALBERDI, I., *Ibid.* p.296 y DOLZ LAGO, M.J. *op.cit.*, pp.257 y 258. Según REQUENA y Díez de Revenga, M., *Ibid.*, p.249 y ss, los cambios en las pautas demográficas que comenzaron a evidenciar nuevas formas de agrupación familiar y de convivencia fueron el descenso generalizado de la natalidad, el aumento de la esperanza de vida favorecedor de la difusión de los hogares unipersonales y de las fases vitales de convivencia matrimonial sin hijos; la caída y/o el retraso de la nupcialidad, que en parte se conecta con la difusión de la cohabitación y, en todo caso, el aumento de los divorcios, lo que, hace posible la disolución de la familia nuclear típica y la aparición de otras formas de familia, favoreciendo el aumento de los hogares unipersonales, las uniones de hecho y los hogares monoparentales que de responder en gran medida a situaciones de viudez pasaron a derivarse de las crisis matrimoniales.

⁷⁵² VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.*, p.5.

tolerancia hacia las diferentes formas de entrada, permanencia y salida de la vida en familia y en pareja actualmente existentes y a la nueva función en ellas de la autonomía de la voluntad y de la afectividad⁷⁵³.

El resultado de este complejo proceso es la diversificación de las relaciones familiares, la variedad en las formas de convivencia y en los tipos de hogar, por lo que hoy nos encontramos en un contexto plural de modelos o estructuras de organización y asociación familiar y de pareja que podemos entender como expresión del pluralismo social. Junto a las tradicionales familias nucleares, constituidas por la pareja conyugal (biparenta) e hijos⁷⁵⁴, coexisten hoy otras familias (uniones no matrimoniales/biparentales) e hijos/as, parejas (matrimoniales o de hecho) sin descendencia, familias “reconstituidas” o “combinadas”, que son las formadas por cónyuges o parejas de hecho con o sin hijos propios pero con hijos/as procedentes de otras uniones previas⁷⁵⁵ y familias monoparentales

⁷⁵³MEIL LANDWERLIN, G., *op.cit.*, pp.1 y ss y pp.39 y ss. Como rasgo diferenciador de otras épocas puede señalarse la disminución de la importancia del parentesco y la conversión de las relaciones familiares en una “agencia dispensadora de servicios afectivos”, de lo que se deriva su sobrecarga emocional con sus correspondientes tensiones, *vid.* ALBERDI, I., *op.cit.*, p.296 y REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, M., *op.cit.*, pp.250-1 y 254 y ss.

⁷⁵⁴ Que aún siguen teniendo un papel predominante según la publicación del *INE Cifras*, tras los hogares unipersonales, siendo así que el modelo de pareja matrimonial y dos hijos representaba en 2001 el 17,7% del total de los hogares (2.512.616), pero seguido muy de cerca por las parejas sin hijos/as (2.448.542), el 17,3% y por las parejas con un hijo/a (2.184.314). Solo en el 4,4% de los hogares convivían 3 generaciones (familia amplia). En la Comunidad Autónoma del País Vasco y según datos de *Eustat* (publicados en los periódicos *EL DIARIO VASCO Y EL MUNDO* (País Vasco) de 15 de abril de 2004), en 2001, la familia nuclear tradicional sólo representaba el 44,4% de familias (en 1981 el 63%); según los mismos datos de las 748.967 familias entonces existentes: 302.533 eran nuclear; 53.198 eran familias amplias o extensas; 75.428 monoparentales; 127.615 parejas sin hijos; 12.967 polinucleares y 151.855 eran hogares unipersonales.

⁷⁵⁵ *Vid.* JUÁREZ M., “El matrimonio en la sociedad del cambio”, en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, p. 120.

(maternas o paternas)⁷⁵⁶, además de los matrimonios entre personas del mismo sexo, posibles desde la reforma del Código Civil intervenida por la Ley 13/2005, de 1 de julio⁷⁵⁷.

Por último, quisiéramos resaltar otros rasgos del contexto actual que nos parecen interesantes:

-la constatación de que el pluralismo es también biográfico, personal, pues ahora cada individuo tiene la posibilidad de vivir diversos modelos o tipos de relaciones familiares y de pareja a lo largo de su existencia, según su situación y circunstancias personales, momento, creencias, etc... y, en definitiva, según su elección y acorde al libre desarrollo de su personalidad

⁷⁵⁶ Según la publicación del *INE Cifras*, en 2001 había 1.229.960 núcleos de madres con hijos, 41% más que en 1991 y, dentro de este bloque, el 26,5% eran mujeres separadas o divorciadas con hijos en la proporción de 7 mujeres por cada hombre; además, en el 18,9 de estos núcleos monoparentales de madre separada o divorciada, en el hogar no había ni una persona con empleo, por lo que en unos 52.000, su dependencia de la eventual pensión de separación o divorcio era máxima. Según los datos publicados por el INSTITUTO DE LA MUJER en Internet, parece ser que entre 2001 y 2008 el número total de familias monoparentales ha seguido aumentando, pero ha comenzado a descender el porcentaje de familias cuya persona de referencia es la mujer/madre a favor del hombre/padre. VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.*, pp.15 y ss, *aparte* de confirmar el incremento de este modelo *familiar* gestado en los últimos 20 años, subraya su conexión con la dependencia económica que en muchos casos les subyace tras las separaciones, los divorcios, las nulidades matrimoniales y las crisis de las parejas de hecho.

⁷⁵⁷ Cuya Exposición de Motivos gira en torno a la diversidad de modelos de convivencia. Por otro lado, cabe también resaltar el aumento de lo hogares unipersonales en España, como en Europa, lo que confirman los datos del INE publicados en su *Boletín Informativo*, ya que, con base en el censo de 2001, de los 14.187.169 hogares existentes en el Estado, los unipersonales eran 2.876.572 (habiéndose incrementado notablemente, de casi 1,6 millones a casi 2,9, entre 1991 y 2001 y ocupando el primer lugar en el *ranking* de los tipos de hogar); Según datos también del INE recogidos en su publicación *Cifras* entre el año 2000 y el 2006 han seguido aumentando y presentan una tendencia a seguir haciéndolo, nutriéndose, fundamentalmente, de personas separadas o divorciadas (hasta ahora, más hombres) y personas mayores de 65 años (más mujeres, en relación de 3 a 1 a su favor), quienes, por otro lado, han aumentado un 26,6% entre 1991 y 2001 y un 44,6% en el caso de los mayores de 85 años, importantes datos por las necesidades de asistencia que genera este colectivo.

-una mayor individualización de las necesidades, hasta el punto de llegar a hablarse del paso de una “sociedad de familias” a una “sociedad de individuos”⁷⁵⁸, y, sobre todo

-la tendencia a la equiparación jurídica de los distintos tipos de relaciones familiares, como ha sucedido con las diferentes filiaciones y los modelos de pareja, incluyendo las opciones sexuales⁷⁵⁹.

Todo ello nos permite sustentar la existencia actual de una (mayor) libertad de opción familiar y de pareja, desde el momento en que éstas ya no son únicas, sino más diversas, libres y opcionales.

I.- 1. b. Los procesos de independencia económica de las mujeres y de igualdad entre mujeres y hombres

Otros grandes cambios de los últimos años, en nuestra opinión destacables para revisar el modelo de protección jurídica de los efectos económicos derivados de las crisis de las parejas, son los importantes avances de la inserción femenina en el mundo laboral y de la igualdad de roles en las relaciones familiares y de pareja entre mujeres y hombre ⁷⁶⁰. Recordemos que en el modelo familiar tradicional, pese al reconocimiento constitucional y civil de la

⁷⁵⁸ REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, M., *op.cit.*, pp.249 y ss y DOLZ LAGO, M.J., *op.cit.*, p.255.

⁷⁵⁹ Aunque por esta última razón esté pendiente de recurso ante el Tribunal Constitucional la Ley 13/2005, de 1 de julio.

⁷⁶⁰ Dos procesos diferentes, compartiendo opinión con FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C., RODRÍGUEZ BILBAO, R., REVILLA CASTRO, J.C., ANAGNOSTOU, A. y SANCHO HERNÁNDEZ, M., *Igualdad de oportunidades. Los discursos de las mujeres sobre avances, obstáculos y resistencias*, Icaria, Barcelona, 2003, esp. pp. 364 y ss, pero inseparables en la materia que nos ocupa.

igualdad y la solidaridad económica entre los cónyuges, la función de los cuidados y la posición económicamente dependiente correspondía, en términos muy mayoritarios, a las mujeres. Esto las convertía sistemáticamente en la parte económicamente débil de las parejas en las crisis matrimoniales, hecho que, según hemos venido manteniendo, tuvo especial relevancia, no sólo en la regulación del divorcio, sino para la incriminación de los impagos, tanto en 1932, como en 1989⁷⁶¹.

El avance en la inserción de las mujeres en el mercado laboral se traduce en independencia económica y autonomía personal, lo que tiene una especial relevancia en las crisis de las parejas y en los efectos económicos derivados⁷⁶².

El avance en la igualdad material de los roles entre mujeres y hombres en las familias y en las parejas forma parte del complejo proceso cultural integral que ha pasado de reivindicación política de ciertos sectores sociales a una pauta social y un principio jurídico

⁷⁶¹ Según datos aportados por DE MIGUEL CASTAÑO, C., “Profesión y género”, en *Estrategias familiares cit.*, Eds. L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO p.106 el trabajo aportado por las mujeres a principios de los 90 era el 32% del empleo total, ocupando preponderantemente los puestos de menor cualificación y obteniendo los salarios más bajos; en sentido similar CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *op.cit.* pp.34-35 señala, pese a los cambios, la persistencia en el año 2000 del sistema patriarcal, pues “aunque la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar ha contribuido a la redefinición de los roles masculinos y femeninos en la familia contemporánea, no se puede afirmar sin más que la mujer se encuentra en un nivel de igualdad absoluta respecto al hombre. Actualmente, los roles asignados a cada uno de los miembros de la pareja dentro del entorno familiar continúan estando claramente diferenciados: la responsabilidad económica de la familia es en la mayoría de los casos función del hombre, puesto que tan sólo un 35,2% de la población ocupada española es femenina, y las tareas domésticas son responsabilidad de la mujer en la abrumadora mayoría de las familias” (citando como fuentes al *Instituto de la mujer*, “La mujer en cifras”, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994).

⁷⁶² La tasa de actividad de la mujer en España es del 49,73, la de ocupación es del 43,77 y la de paro del 11,99 (las dos primeras en aumento y la última en retroceso) según datos de 2001 a 2008 publicados por el INSTITUTO DE LA MUJER en Internet como *Estadísticas* (con base en la Encuesta de Población activa del INE).

mayoritariamente compartidos. Consiste en el reparto igualitario de las tareas domésticas, los cuidados de los hijos y otros familiares dependientes y favorece la redistribución material de las oportunidades de autonomía y desarrollo personal, incluyendo las de inserción y progreso en el mundo laboral. Pensamos que éste es el espíritu de la reforma de los artículos 68 y 92,5 y 8 del Código civil operada por la Ley 15/2005 de 8 de junio: el primero, relativo al reparto entre los cónyuges de las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes; el segundo, referente a la custodia compartida de los hijos⁷⁶³.

Aunque ambos procesos han sido integrados tanto por los matrimonios como por las uniones estables de pareja, resultan, sin embargo, más destacables respecto de las segundas, pues, mientras que en el matrimonio aún pervive el patrón del hombre laboralmente activo y de la mujer inactiva en términos laborales, en las uniones estables prevalece la autonomía laboral de ambos miembros de la pareja. Además, según afirma MEIL LANDWERLIN, “puede afirmarse con suficiente respaldo empírico que en las uniones de hecho los modelos de rol de género en esta dimensión son mucho menos tradicionales que en los matrimonios, al implicar una mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo, independientemente de la situación familiar y del nivel de estudios”⁷⁶⁴, entendiéndose que la “incorporación al mercado del trabajo comporta un aumento sustancial de los recursos de poder en el seno de la relación de pareja que posibilita una mayor capacidad de negociación del orden

⁷⁶³Así como la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y las Leyes de Igualdad, como las autonómicas y la LO 3/2007 de 22 de marzo.

⁷⁶⁴ MEIL LANDWERLIN, G., *op.cit.*, pp.124-125 (*vid.* pp.120 y ss)

doméstico y del reparto de tareas”⁷⁶⁵, por lo que se puede llegar a afirmar que en la organización de la convivencia el reparto de las tareas domésticas es más igualitario en las parejas de hecho que en el matrimonio, sin que ello signifique que se trate de un reparto efectivamente igualitario entre los géneros⁷⁶⁶.

Ciertamente, ambos procesos siguen aún abiertos y quedan numerosas tareas pendientes⁷⁶⁷, pero también lo es que a través de ellos la posición de dependencia económica del viejo modelo matrimonial está siendo removida o cambiada, aunque aún no esté

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p.125 y ss.

⁷⁶⁶ *Ibid.* p.250. Desde los años 70 y 80, existe en el mundo occidental un replanteamiento importante de los roles tradicionales femeninos como madre, esposa y ama de casa, que ha llevado a muchas mujeres a optar por un distanciamiento de dichos roles, lo que ha provocado, entre otras cosas, un incremento de la cohabitación, un fuerte descenso en la natalidad (con la consecuente disminución del tamaño medio de los hogares), y la paulatina conversión de la maternidad en algo opcional, un derecho y no una obligación biológica motivada por razones familiares, sociales, o religiosas (favorecido también por la reciente producción de anticonceptivos), *vid.* REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, M., *op.cit.*, pp.253 y ss.

⁷⁶⁷ Compartimos con FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C., RODRÍGUEZ BILBAO, R., REVILLA CASTRO, J.C., ANAGNOSTOU, A. y SANCHO HERNÁNDEZ, M., *op.cit.*, p.91 que la incorporación de la mujer al ámbito del trabajo remunerado es probablemente la reforma estructural más importante de la sociedad occidental, puesto que “ha transformado desde la estructura del mercado laboral, con sus correspondientes consecuencias en todo el entramado económico, hasta los patrones de interacción interpersonal. Ahora bien ese gigantesco terremoto no ha sido acompañado por una armonización de todas las estructuras afectadas por él. Vacíos dejados por la mujer no han sido cubiertos, demandas correspondientes a su nueva ubicación social han sido ridiculizadas, ignoradas o, al menos dificultadas, etc. Lejos de ser una situación superada nos encontramos en el *epicentro del seísmo*. Persisten la desigualdad de oportunidades en el trabajo y la discriminación salarial (*Ibid.* pp. 366 y ss). Las mujeres siguen siendo muy mayoritariamente las cuidadoras, como mantiene el estudio “Cuidados a personas dependientes. Valoración económica” realizado en 2008 por el INSTITUTO DE LA MUJER, según el cual el 83,6% de las mujeres en España (5,3 millones) se dedican al cuidado informal (altruista y no remunerado) de personas dependientes, (lo que representaría el 9,05% del empleo en España y el 4,2% del PIB). Según datos publicados en Internet por el INSTITUTO DE LA MUJER, como *Estadística. Mujer en cifras*, las personas inactivas que no buscan empleo por razones familiares son, en más de un 60%, mujeres y las excedencias para el cuidado de los hijos son en más de un 90% adoptadas por las madres (aunque éstas se encuentran en descenso en los últimos dos o tres años).

superada ni totalmente trascendida.

I.- 1. c. Las ayudas asistenciales públicas y otras medidas relacionadas con la conflictividad familiar y de pareja

En los últimos años el Estado del Bienestar y la Seguridad Social pública vienen desempeñando un importante papel en materia de asistencia, a través de diversas ayudas y prestaciones económicas que complementan o sustituyen, en algunos casos, la asistencia privada proveniente del parentesco⁷⁶⁸.

Así, por ejemplo, además de las relacionadas con las dependencias de los mayores/ascendientes⁷⁶⁹, encontramos los anticipos a cuenta de los alimentos de los hijos menores determinados en los procesos de separación legal, divorcio y declaración de nulidad de los padres o en los procesos de filiación y de alimentos de los propios hijos, que ahora pueden canalizarse a través del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos⁷⁷⁰. También las relativas a las mujeres objeto de violencia de género, ejercida por quienes sean o haya sido sus cónyuges o quienes estén o hayan

⁷⁶⁸ Ya señalado como tendencia occidental a mediados de los años 90 por REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, *op.cit.* pp.255-256 y DOLZ LAGO, M.J. *op.cit.*, pp.256-257. Las prestaciones asistenciales públicas se combinan con las privadas-familiares, como manifestación del deber constitucional de los poderes públicos de proteger social, económica y jurídicamente a las familias y a sus miembros (artículo 39) v también a sus ciudadanos con los medios indispensables para su subsistencia (artículos 41 y 50), *vid.* en este sentido COBACHO GÓMEZ, J.A., *op.cit.*, pp.15 y ss y más recientemente VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.*, p.144.

⁷⁶⁹ A los que se destina la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P. y otros, *La protección de la dependencia. Comentarios a la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Coord. R. ROQUETA BUJ, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.435 y ss.

⁷⁷⁰ *Vid. infra* pp.281 y ss.

estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia (artículo 1 de la Ley)⁷⁷¹.

A las ayudas señaladas pueden añadirse algunos otros recursos relacionados con la conflictividad familiar y de pareja que antes no existían, como la mediación familiar⁷⁷² o, en relación sólo a los procedimientos matrimoniales, las multas previstas en el artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000, que pueden imponerse en caso de impagos reiterados de las prestaciones correspondientes, sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

Desde nuestro punto de vista se trata de una batería de medidas que se relacionan unas veces con los miembros de las parejas, otras con los hijos, que tienden a garantizar su seguridad y a aliviar las situaciones de precariedad que pueden derivarse de las crisis de las parejas, así como a facilitar o canalizar los acuerdos entre los miembros de las parejas (incluidos los económicos) y a prevenir o neutralizar el incumplimiento de las obligaciones económicas derivadas de los procesos matrimoniales, a través de una vía sancionatoria no penal, siempre bajo la premisa de su mantenimiento, ampliación y profundización.

⁷⁷¹ *Vid. infra* pp.280-281 y MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso”, en *La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp.80 y ss.

⁷⁷² Como recurso voluntario complementario en los litigios familiares por la vía del acuerdo mediante la intervención de un mediador imparcial y neutral, legislada según lo ya señalado en *infra* p.282 y Nota 484.

I.- 2. La importancia actual de las uniones estables de pareja

I.- 2. a. Opción terminológica

A diferencia del matrimonio, que se caracteriza por una ausencia de sinónimos, las parejas de hecho, además de evocar realidades muy diferentes entre sí, han sido descritas con multitud de significantes, como los de concubinato, hoy en desuso por las connotaciones peyorativas que conlleva, o como los de *uniones libres*, *parejas o uniones de hecho*, *uniones extramatrimoniales o convivencia "more uxorio"*, parejas cohabitantes, matrimonios "sin papeles", matrimonios a prueba o uniones estables de pareja, entre otros ⁷⁷³. En las leyes autonómicas reguladoras de la materia, como veremos detalladamente en el Capítulo IIº, han predominado los términos de "parejas o uniones de hecho" y de "uniones estables de pareja" (también el de "uniones estables" y el de "uniones de pareja")⁷⁷⁴.

⁷⁷³ A veces se hace referencia sólo a alguno de los aspectos que las conforman, así "cohabitación", aludiendo a la convivencia en una misma vivienda; "concubinato", como hecho de compartir el mismo lecho sin vínculo matrimonial; "unión libre", como rechazo (ideológico o de hecho) a la institución matrimonial; o "matrimonio a prueba o convivencia prenupcial", como fase previa al matrimonio, MEIL LANDWERLIN, G, *op.cit.*, pp. 26-27.

⁷⁷⁴ La Jurisprudencia constitucional utiliza predominantemente los términos de "relación o convivencia extramatrimonial", "unión de hecho *more uxorio*", "unión estable de hecho" o "familia no matrimonial", mientras que la del TS hace además referencia a las "uniones libres", *vid.* CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.25, LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp.25 y ss y MESA MARRERO, C., *Las Uniones de Hecho: Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 3ª edic., Edit. Thomson-Aranzadi Pamplona, 2006, p.29. A nivel doctrinal se manejan todos los términos señalados, aunque parecen seguir predominando los de "parejas o uniones de hecho" y "uniones libres": DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...cit.*; CAMARERO SUÁREZ, V., *Ibid.*; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Edit. Civitas, Madrid, 2ª edic., 1991; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La unión libre (el marco constitucional y la condición del conviviente supérstite)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; "Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables", *Actualidad civil*, La Ley, XXVI, 2001, pp.1-30 y "Matrimonio y uniones libres: el matrimonio homosexual. Consideraciones de política legislativa", *La Ley*, XXII, 3 de Dic. de 2001; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonio entre personas del mismo sexo en la*

Si bien entre las diferentes denominaciones en un principio puede parecer que la de “pareja de hecho” es la que mejor expresa la característica de ausencia de formalismo jurídico (lo que básicamente diferencia a estas parejas del matrimonio o “pareja de derecho”) a la vista de su proceso de “juridificación”, el término parece haber perdido parte de su significado inicial, por lo que pensamos que tal vez sea más correcto utilizar hoy el término de “uniones estables de pareja” (que expresa bien el requisito de la permanencia y permite su diferenciación de otras uniones estables de signo distinto como las de ayuda mutua) para hacer referencia a las parejas formalizadas o, en su caso, registradas (“modelo formal”), dejando el de “pareja de hecho” *strictu sensu* para las que no lo están, es decir, para las realmente “de hecho” (“modelo fáctico”)⁷⁷⁵.

I.- 2. b. Origen y evolución

Las uniones estables de pareja no son una realidad nueva, ni social ni jurídicamente, ya que siempre han existido y tienen en su

Unión Europea, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004; LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho: análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Cuadernos de Aranzadi, Pamplona, 2002; LOPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*; MESA MARRERO, C., *Ibid.*; PÉREZ UREÑA, A.A., *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles. Derecho sustantivo, cuestiones procesales, jurisprudencia y formularios, 2ª edic.*, Edit. Edisofer, Madrid, 2007; PÉREZ VILLALOBOS, M^a V., *Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Edit. Civitas, 1ª edic., 2008; SAURA MARTÍNEZ, L.F., *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Edit. Tirant lo Blanch, Monografías 40, Valencia, 1995; TORRES MATEOS, M.A., *Uniones extramatrimoniales*, Colección Jurisprudencia: familia, Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007 y VILALTA NICUESA, A.E., *Parejas de hecho. Uniones estables de pareja*, Edit. Bosch, Barcelona, 2006.

⁷⁷⁵Aunque alguna vez los utilicemos indistintamente. El adjetivo “libres” viene a expresar un contenido de oposición al matrimonio y de alternativa “informal”, pero no parece acertado al sugerir que el matrimonio no es libre, aunque sea y haya sido más formal en términos jurídicos, *vid.* MESA MARRERO, C., *op.cit.*, p.28 y nota 37. Con DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *op.cit.*, p.55, no compartimos el término de “unión civil” para estos casos (pese a ser el nombre de los Registros), porque la inscripción carece de efectos civiles, porque el adjetivo “civil” no revela nada especial y porque no resulta adecuada para hacer referencia a las uniones de pareja sino a otro tipo de uniones que no tienen que ver con el Derecho de familia.

haber precedentes jurídicos remotos, como el “concubinato” del Derecho romano, la “barraganía” de Las Partidas o, tras el Concilio de Trento, el “amancebamiento”, casi en todos los casos con connotaciones de anomalía o ilegitimidad respecto del matrimonio⁷⁷⁶.

En la historia española más reciente la IIª República las consideró lícitas y les asoció una serie de consecuencias jurídicas, pero de modo excepcional y empleando un léxico peyorativo. El franquismo condenó la convivencia extramatrimonial por considerarla contraria a la moral, al orden público y a las buenas costumbres y le negó todo tipo de consecuencias jurídicas, provocando la hostilidad y beligerancia tanto legislativa como jurisprudencial, con especial incidencia en las relaciones entre personas del mismo sexo que, además de ser interpretadas como faltas de moralidad, fueron criminalizadas, como delitos y como estados peligrosos⁷⁷⁷.

Con sus características actuales, las uniones estables de pareja son un fenómeno sociológico occidental que se originó en los países industrializados avanzados de los años setenta y ochenta, aunque en el Estado español tuvo lugar algo más tarde, a finales de los años 80 y, en especial, a partir de los años 90 del pasado siglo⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “El concubinato en la experiencia jurídica romana”, en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.Mª Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1459-1477; MESA MARRERO, C., *Ibid.*, pp. 19 y ss y PÉREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, pp. 29 y ss. Además de las regulaciones del Código Justiniano y del Digesto, la Ley de matrimonio civil de 1870 equiparaba en su Exposición de motivos la “barraganía” con el matrimonio “a yuras”, el juramento que, oculto o clandestino era reconocido como matrimonio legítimo (*Ibid.* p.33).

⁷⁷⁷ Bajo la influencia del catolicismo de la época (como quedó plasmado en el Fuero de los Españoles de 17 de junio de 1945 y la Ley Fundamental del Estado de 17 de mayo de 1958) que prohibía el concubinato y las relaciones entre personas del mismo sexo, *vid.* PEREZ UREÑA, A.A., *Ibid.*, p.34.

⁷⁷⁸ Los primeros Proyectos Legislativos para su regulación datan de 1994 y el

Tres son, en nuestra opinión, los grupos principales de situaciones desencadenantes de la formación de uniones estables de pareja⁷⁷⁹:

1. Por un lado, los impedimentos legales asociados al matrimonio y la conflictividad matrimonial, que son determinantes en las uniones de hecho formadas por personas separadas y divorciadas que deciden formar una nueva pareja, a veces como decisión final (al no desear repetir la experiencia matrimonial), y otras veces como una etapa de transición dirigida a ulteriores nupcias. También lo eran los impedimentos legales en el caso de las parejas del mismo sexo que hasta la ya citada reforma de la Ley 13/2005, de 1 de julio no tenían otra opción⁷⁸⁰.

2. Por otro lado, la convivencia prematrimonial, el denominado “matrimonio a prueba”, es decir, la decisión adoptada por quienes ven en la unión de hecho una prueba o un ensayo de convivencia de cara a un posible matrimonio posterior en primeras nupcias⁷⁸¹.

primer Registro inaugurado fue el de Vitoria-Gasteiz el 28 de febrero 1994.

⁷⁷⁹La doctrina habla de “motivos” y distingue entre: sociales, económicos/fiscales, legales, ideológicos, religiosos y raciales, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, p.50; ESTRADA ALONSO, E., *op.cit.*, pp.35 y ss y MESA MARRERO, C., *op.cit.* pp.24 y ss. Como fenómeno sociológico, *vid.* MEIL LANDWERLIN, G, *op.cit.*, pp.2 y ss.

⁷⁸⁰ MESA MARRERO, C., *op.cit.*, p.25 incluye como favorecedoras de la formación de las parejas estable a las legislaciones que prohíben la disolución del matrimonio. CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.28, por su parte, insiste en la especial relación de la cohabitación con la conflictividad matrimonial y añade que “en la medida en que los procesos matrimoniales continúen en la hasta ahora línea ascendente, su aumento puede venir de este campo”. Conviene recordar que no sólo el nuevo matrimonio, sino también la convivencia marital con otra persona son causas de pérdida de la pensión compensatoria (artículo 101 Cc).

⁷⁸¹ CAMARERO SUÁREZ V., *op.cit.*, p. 27; MESA MARRERO, C., *op.cit.*, p.26.

3. La opción no matrimonial, la libre formación de pareja sin matrimonio, que en su origen fue más una elección ideológica (fruto del cuestionamiento por las nuevas generaciones de clase media del orden entonces establecido, incluidas las relaciones familiares, el matrimonio y, en particular, el papel en ellos de las mujeres) y que en la actualidad puede entenderse como el derecho a formar pareja o familia sin someterse a la formalidad o solemnidad matrimonial que, por las razones que sean, se rechaza o no se comparte ⁷⁸² . Probablemente la nueva regulación civil de los matrimonios entre personas del mismo sexo tenga el efecto de acentuar esta situación desencadenante, ya que a partir de 2005 queda más patente la mera opción de no casarse, pudiendo hacerlo⁷⁸³.

Las grandes líneas evolutivas de los últimos años, pese a las diferencias, son similares en los diferentes países de nuestro entorno: las uniones estables de pareja han incrementado su número y su aceptación social, han perdido marginalidad y connotaciones peyorativas y están insertas, especialmente una parte de ellas, en un continuo proceso de “juridificación” que las consolida y acerca al matrimonio, favoreciendo así la diversificación en las opciones personales de formación de pareja. Según GONZÁLEZ BEILFUSS, en las sociedades europeas la evolución consiste en el recorrido por cuatro etapas de un proceso que algunos consideran irreversible: “en una primera etapa, la convivencia de hecho sería un fenómeno minoritario y característico de grupos sociales “vanguardistas”; en una segunda se extendería, como una especie de matrimonio a prueba entre, sobre todo, parejas jóvenes; en una tercera sería una

⁷⁸² Sin que ello implique necesariamente un rechazo general de la sociedad ni ser partícipe de ninguna ideología extrema, como dice MESA MARRERO, C., *op.cit.* p.27.

⁷⁸³ *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.197.

alternativa al matrimonio aceptada socialmente y en una cuarta no se diferenciaría socialmente del matrimonio”⁷⁸⁴.

Dentro del propio ámbito de las uniones estables de pareja hay que resaltar la evolución particular que ya hemos avanzado y que permite distinguir entre dos tipos o modelos distintos: el “formal” y el “fáctico”⁷⁸⁵.

El primero consiste en la formalización de una unión paramatrimonial o pareja “de derecho”, conforme a los requisitos y presupuestos regulados por la legislación (autonómica) correspondiente. Se constituyen, generalmente, a partir del cumplimiento de determinados requisitos (plazos de convivencia) y de una declaración de voluntad de los miembros manifestada mediante inscripción registral administrativa en los correspondientes registros municipales, provinciales o autonómicos, o mediante formalización en documento público o privado (o verbalmente), y de ello se hace depender una serie de efectos jurídicos análogos o similares a los que se derivan del matrimonio, incluidos los derivados de sus crisis⁷⁸⁶.

El segundo es una situación de convivencia estable sin sometimiento a formalidad alguna, lo que estrictamente puede considerarse una “pareja de hecho”, “unión de hecho” o “libre”, puesto que sus miembros tienen la voluntad de integrar una pareja

⁷⁸⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op. cit.*, p.18 y en igual sentido MEIL LANDWERLIN, G, *op.cit.*, pp.66 y ss., señalando la “normalización” del fenómeno sociológico y PÉREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, pp.37 y ss., mencionando la “juridificación” de una parte importante de ellas.

⁷⁸⁵ Terminología expresiva utilizada por GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op.cit.*, pp.21 y ss.

⁷⁸⁶Modelo que se desarrolló inicialmente para atender a las reivindicaciones de las parejas entre personas del mismo sexo, que solicitaban una mejor protección jurídica, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op.cit.*, p. 21-22.

sin sujeción a norma o forma alguna. Para su existencia es preciso que no les afecte ley alguna que les integre (por razón del tiempo o de los hijos comunes) en una pareja de “derecho”, pudiendo resultarles aplicables a su ruptura unos efectos jurídicos mínimos derivados de los Principios generales del Derecho o de los pactos que legítimamente hayan podido realizar⁷⁸⁷.

En definitiva, como decíamos, se ha producido una “diversificación” de las vías para formar una relación de pareja con aval social, ya que ahora caben en nuestro país tres posibilidades distintas:

- 1) el matrimonio;
- 2) la unión estable de pareja registrada o formalizada; y
- 3) la pareja de hecho *strictu sensu*, o auténtica “unión libre”⁷⁸⁸.

I.- 2. c. Características más sobresalientes

Con MESA MARRERO puede definirse la unión estable como “la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma

⁷⁸⁷ PÉREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, pp.26-27., quien señala que ciertas leyes autonómicas, como la catalana, la navarra y la canaria, posibilitan por imperativo legal, sólo en razón de la descendencia común, que los convivientes puedan verse inmersos en el primer modelo, sin pretenderlo.

⁷⁸⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op.cit.*, p.21 y ss. y PÉREZ UREÑA, A.A., *Ibid.*, pp.25 y ss y 57 y ss.

semejante a la conyugal”⁷⁸⁹.

Las características o requisitos que, con el paso del tiempo, han llegado a definirla son hoy los siguientes⁷⁹⁰:

1. La comunidad de vida, que a su vez incluye la unión “*more uxorio*” y la convivencia bajo un mismo techo⁷⁹¹. Ello significa, por un lado, que la relación ha de ser similar a la matrimonial, con aspecto de matrimonio en la vida social y en el ámbito personal (como si estuviesen casados), siendo esta “*affectio maritalis*”, o relación afectiva análoga a la conyugal, la que permite diferenciar este tipo de uniones de otras relaciones convivenciales no matrimoniales, como, por ejemplo las de mutua ayuda. Por otro lado, el desarrollo de la vida en común debe ser en el mismo domicilio, debe tratarse de una convivencia bajo el mismo techo, lo que permite distinguirlas de otras relaciones extramatrimoniales de mero “*affectio*” como las de noviazgo, y sin que este requisito impida las separaciones temporales por enfermedad o motivos laborales, entre otros, siendo lo importante la voluntad real de estar juntos y el proyecto de vida en común.

⁷⁸⁹ MESA MARRERO, C., *op.cit.*, p.46. Para PÉREZ VILLALOBOS, M^a V., *op.cit.*, pp.116-117 es “la situación de dos personas que sin estar casadas conviven como si lo estuvieran, con cierta estabilidad, pero que a diferencia de las personas casadas no han asumido el compromiso legal de persistir en la convivencia por lo que pueden separarse sin que el Derecho exija unos trámites judiciales o el transcurso de un determinado tiempo”, siendo, por tanto uniones con libre ruptura.

⁷⁹⁰ MESA MARRERO, C. *op.cit.*, pp.33 y ss considera “objetivos” los requisitos que desarrollamos en el texto, a los que añade otros “subjetivos” como: la edad (sugiriendo la mínima de 16 años), la libertad de opción sexual y la sexualidad (para diferenciarlas de las convivencias de hermanos, amigos, o compañeros de estudios...), la de unión no incestuosa (sirviendo de aplicación analógica el artículo 47,1º y 2º del Código Civil). En sentido similar, DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C., *op.cit.*, pp.67 y ss (quien destaca la pérdida de importancia como requisito de la capacidad de procreación y la creciente importancia de la unión misma, al margen de su papel generador, p.100).

⁷⁹¹ Vid. CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.26.

2. La permanencia o estabilidad y la notoriedad, ya que la comunidad de vida debe ser estable y notoria. Al carecer de un acto formal de constitución, a diferencia del matrimonio, se trata de relaciones que se consolidan a través del tiempo, aunque puede ser suficiente (o añadirse) el ánimo o voluntad de convivencia. La notoriedad resulta también importante para salvaguardar la seguridad jurídica de terceras personas. No hay consenso sobre el tiempo mínimo necesario para constituir la unión estable ni en las legislaciones autonómicas, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pero resulta evidente la necesidad de establecer un plazo mínimo de convivencia que permita acreditar la estabilidad de la unión. En las leyes autonómicas éste suele ser de un año (o dos), salvo haber tenido descendencia común, en cuyo caso basta la mera convivencia, sin plazo, o cuando los cónyuges hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, privado, o verbalmente o mediante la inscripción en el Registro correspondiente⁷⁹².

3. La ausencia de formalidad o solemnidad es la característica que, en principio y durante tiempo, ha permitido diferenciar mejor las parejas de hecho y el matrimonio. En las primeras, a diferencia del segundo, no existe un acto constitutivo ni un procedimiento de disolución; basta la voluntad de los miembros de la pareja para iniciar el proyecto de vida en común sin acto

⁷⁹²Existen otros criterios en la misma dirección: mientras la jurisprudencia habla de “años” (*vid.* la STS de 18 de mayo de 1992), la doctrina sugiere 5 años, *vid.* ESTRADA ALONSO, E., *op.cit.*, p.67. Mientras la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 establecía el plazo de 1 año de convivencia para recibir la prestación de asistencia sanitaria, la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre determinaba el plazo de 2 años para los casos de subrogación en el contrato. Los medios probatorios pueden ser muy diversos: la apertura de cuentas conjuntas, el pago conjunto de facturas o el hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia; también la inscripción en los diversos Registros municipales y autonómicos que se han ido implantando desde 1994.

solemne y constitutivo de declaración de voluntad, como acontece en el matrimonio; y, además, en ellas la ruptura es libre de plazos, motivos o causas, con la posibilidad inmediata de volver a vivir en pareja o de contraer matrimonio. Ahora bien, con el proceso de formalización las uniones estables han ido perdiendo esta característica y, ahora, tanto su constitución como su extinción son más complejas. Así, por ejemplo, en ocasiones ha de formalizarse la unión en escritura pública y, aunque no se exigen causas de ruptura, se imponen obligaciones de muy diversa índole, como notificaciones, dejar sin efecto las escrituras anteriores, o no volver a formalizar la convivencia en determinados plazos, además de importantes efectos patrimoniales⁷⁹³.

4. Otra de las características relevantes, directamente conectada a las anteriores, es la primacía de la voluntad de las partes, que implica el cumplimiento voluntario de los deberes propios de una pareja según nuestros parámetros culturales, como son los regulados en los artículos 67 y 68 del Código civil: respeto y mutua ayuda (y actuar en interés de la familia), convivencia, fidelidad (el más polémico), mutuo socorro y corresponsabilidad en las tareas domésticas y en los cuidados de los dependientes (ascendientes, descendientes y otros)⁷⁹⁴. Lo dicho no impide el reconocimiento de determinadas obligaciones jurídicas derivadas de la convivencia, que también pueden pactarse, como tendremos ocasión de exponer con detalle en el Capítulo II.

⁷⁹³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, pp.94 y ss.

⁷⁹⁴ Se destacan por la gran autonomía de cada una de las partes, también en el aspecto económico. Cabe destacar que, como libre opción, es adoptada por sectores de población con un alto nivel educacional, hasta el punto de haber quedado demostrado que el factor educativo es decisivo, pues aumenta el número de uniones a medida que aumenta el nivel cultural según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Ibid.*, p.49.

I.- 2. d. Algunos datos sociológicos

Pese a la ausencia de datos precisos sobre el número actual de uniones estables de pareja, y teniendo en cuenta las dificultades lógicas para su obtención⁷⁹⁵, podemos realizar algunas aportaciones que nos permitan bosquejar una aproximación cuantitativa del fenómeno sociológico.

Según los datos del INE, basados en el último censo realizado en 2001⁷⁹⁶, un 6% del total de las 9.510.817 parejas censadas en España en 2001, exactamente 563.785, estaba constituido por parejas de hecho (en el entendido de que al menos uno de sus miembros no estaba casado/a), por lo que ya entonces podían resultar implicadas más de un millón de personas⁷⁹⁷.

Se trata de un fenómeno sociológico en alza desde los años 90, puesto que entre 1991 y 2001 las parejas de hecho se multiplicaron más que por dos (2,5: de 221.075 en 1991 a 563.785 en 2001)⁷⁹⁸, lo que, lógicamente, está íntimamente asociado a la evolución de su aceptación social, de modo que cabe decir que ya a finales de los años 90 (1997) la población consideraba, en un 68%,

⁷⁹⁵ Medición y cuantificación, así MEIL LANDWERLIN, G, *op.cit.*, pp.35 y ss.

⁷⁹⁶Datos publicados en el *Boletín Informativo* del INE en Internet (utilizados ante el Congreso para avalar la necesidad de elaboración de las leyes según PÉREZ VILLALOBOS, M^a C., *op.cit.*, p.67 en ref. al BOCG, n^o 154, de 22 de junio de 2001.

⁷⁹⁷Según CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.47, la evolución de éstas uniones en España es de las 8.528 (0,7%) de antes de 1941, a las 30.340 (1,2%) entre 1971 a 1980 y de las 42.536 (4%) de 1981 a 1985, a las 89.501 (7,8%) de 1986 a 1990.

⁷⁹⁸ MEIL LANDWERLIN, G., *op.cit.*, p.57, señala que mientras estas parejas estaban poco extendidas en los primeros años 80, durante la segunda mitad de los 80 y primeros años 90 tuvieron mayor difusión y se ralentizaron en la segunda mitad de los 90, aunque después han continuado ganando importancia (relativa respecto del matrimonio) en todos los grupos de edad.

que las parejas de hecho eran unidades familiares⁷⁹⁹.

Desde 2001 hasta el momento presente parece continuar su tendencia de crecimiento, lo que puede constatarse mediante los datos que aportan los Registros, a la vista del proceso de aprobación continuada hasta el presente de leyes autonómicas sobre uniones estables de pareja y con base en algunas estimaciones que, a la espera del nuevo censo de 2011, afirman que en 2008 había en el Estado 1,2 millones de parejas estables, el 11% del total⁸⁰⁰.

Comparativamente, cabe señalar que el número de matrimonios, en 2001, era de casi nueve millones de parejas, 8,9 millones, para ser más exactos, lo que obviamente avala su posición de forma principal de convivencia de pareja, al afectar a unos 18 millones de personas⁸⁰¹, sin olvidar que la tasa de nupcialidad se ha mantenido en constante ligero descenso en los últimos años⁸⁰² y que la tasa de crisis/ disoluciones matrimoniales ha tenido un aumento durante los años 2005 a 2007, desde la reforma de 8 de julio de 2005, de manera que los divorcios aumentaron de manera importante, descendieron las separaciones judiciales y ligeramente

⁷⁹⁹PÉREZ VILLALOBOS, M^a C., *op.cit.*, p.67; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op.cit.*, p.17, dice que ya en 1997, aunque apenas un 2% de las parejas españolas no estuviesen casadas, 3 de cada 4 personas entrevistadas consideraba plenamente aceptable vivir en pareja sin matrimonio (con datos del CIS).

⁸⁰⁰RODRÍGUEZ BARRAGÁN, F. “La violencia en la pareja”, *Forum Libertas.com*, Diario Digital y CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, pp.37 y ss en referencia a los datos de los Registros.

⁸⁰¹Datos publicados por el INE en *Internet (Boletín Informativo)*.

⁸⁰² Pasando del 99,5% de las parejas entre los años 1904 y 1950 hasta el 92,2% de 1986 a 1990, según CAMARERO SUÁREZ, V., p.47; *vid.* también JUÁREZ, M., “El matrimonio en la sociedad del cambio” en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp.17 y 119. Según datos del INE en *Internet* se ha pasado de una tasa del 7,25% en 1976 a otra del 4,47% en 2007, teniendo además en cuenta que en 2009 la tasa es un 10,8% menor que la de 2008.

las nulidades matrimoniales (que se mantienen en unos parámetros muy modestos) pero la crisis económica parece haber detenido e invertido por el momento, esta tendencia, pues desde entonces ha descendido⁸⁰³.

Capítulo II.- El reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja como parte de su proceso de “juridificación”

Introducción

Para hacer una valoración político-criminal de la inasistencia económica derivada de las crisis de las uniones estables, consideramos necesario conocer primero las líneas maestras de su proceso de “formalización” y “juridificación” y, en especial, dentro del mismo, el reconocimiento actual de los derechos económicos y asistenciales derivados de sus crisis.

El presente Capítulo comprende dos partes.

En la primera se aborda el proceso de “formalización” o

⁸⁰³ Según los datos *Estadísticas. Mujer en cifras. Sentencias civiles de matrimonios y divorcios*, del Instituto de la Mujer, consultado en *Internet*, basados en la Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes, en 2004, hubo 82.340 sentencias de separación, 52.591 de divorcio y 190 de nulidad, mientras que en 2005, se dieron 55.632 de separación, 93.536 de divorcio y 199 de nulidad y en 2006, 14.158 sentencias de separación, 141.317 de divorcio y 153 de nulidad. Tras este momento; Según datos del *INE en Internet (Notas de prensa/estadísticas judiciales*, también citadas por el Instituto de la Mujer) en 2007 comienza el descenso hasta el presente, pues mientras que en aquel año se dieron 11.583 sentencias de separación, 125.777 de divorcio y 149 de nulidad, en 2009 lo hicieron 7.680 de separación y 98.359 de divorcio, representando el 10,7% menos de disoluciones que en 2008.

“juridificación” de las uniones estables de pareja a través del conjunto de referencias legales que a lo largo de los años las han venido equiparando en muy diversos ámbitos y aspectos al matrimonio, en contraposición al proceso de “desformalización” y “privatización” de éste. A continuación, exponemos las bases constitucionales sobre las que se asientan las uniones estables, en referencia al texto legal mismo y a su interpretación por el Tribunal Constitucional.

La segunda parte está centrada en la exposición del actual reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a las uniones estables de pareja y sus crisis, según la jurisprudencia y según la regulación autonómica que *ad hoc* se ha venido aprobando desde 1998 hasta el presente. Sin olvidarnos de hacer referencia a las Propositiones de Ley de reforma del Código Civil en esta materia, finalizamos esta segunda parte explicando el cauce procesal del que disponen los miembros de las uniones estables para plantear sus reclamaciones de pago tras el cese de la convivencia, teniendo en cuenta que, aunque la intervención judicial no sea necesaria para la declaración de su extinción, sí lo es para poder plantear su inclusión en el artículo 227 del Código penal, pues ha de tratarse de prestaciones económicas reconocidas judicialmente.

II.- 1. El proceso de “juridificación” de las uniones estables de pareja

II.- 1. a. Referencias legales

Desde el dicho napoleónico si “los concubinos se desinteresan de la ley, la ley se desinteresa de ellos” (*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*) las cosas han cambiado mucho. En la actualidad, las uniones estables de pareja constituyen una realidad social que el Derecho ha ido regulando paulatinamente,

en un continuo proceso de “juridificación”. Prueba de ello es la normativa autonómica, a la que nos referimos más adelante con detalle, la legislación local relativa a los Registros ⁸⁰⁴ y toda una serie de referencias legales estatales que a lo largo de los años han venido equiparando las parejas de hecho al matrimonio en aspectos particulares, entre las que destacamos como las más sobresalientes⁸⁰⁵:

- La disposición adicional 10,2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código Civil, que otorgaba efecto retroactivo (en materia de prestaciones de la seguridad social y pensión de viudedad) a quienes *habiendo convivido* maritalmente no hubieran podido casarse hasta la fecha de la ley. Posteriormente la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 acordó dispensar asistencia sanitaria a las personas que, sin ser cónyuges, *convivan maritalmente* con el titular del derecho, así como a los hijos de aquéllas. El Código civil vigente contiene también referencias a *la convivencia marital*, a la que equipara con el matrimonio, como la del artículo 101 (relativo a las causas de extinción de la pensión compensatoria) o la del 320 (en relación a la emancipación de los hijos).

- La Ley de Derecho de asilo de 26 de marzo de 1984, que concede el asilo al cónyuge de quien lo solicita o a la persona con quien se halle ligado *por análoga relación de afectividad y convivencia* (artículo 10).

⁸⁰⁴ Vid. PÉREZ UREÑA, A.A., *Normativa sobre uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Edit. Edisofer, Madrid, 2002, pp.134 y ss y CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.* pp. 27 y ss.

⁸⁰⁵ CAMARERO SUÁREZ, V, *Ibid.* pp.91 y ss; LÓPEZ JIMÉNEZ, *op.cit.*, p.29; MESA MARRERO, C., *op.cit.*, pp.60 y ss PÉREZ UREÑA, A.A., *Normativa...cit.* pp.20 y ss y *Uniones...cit.*, pp.37 y ss y VILALTA NICUESA, E., *op.cit.*, pp.45 y ss.

- El artículo 3 de la LO 6/ 1984, de 24 de mayo, reguladora del *Habeas Corpus*, que equipara al cónyuge y a la persona unida por *análoga relación de afectividad*, a los efectos de instar el procedimiento correspondiente.

- La disposición adicional 3^a de Ley de adopción 21/1987, de 11 de noviembre, que extiende la capacidad de adopción a las *parejas unidas de forma permanente por análoga relación de afectividad*⁸⁰⁶ y la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (artículos 8,2 y 9,3,)⁸⁰⁷.

- La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos equipara *la convivencia de forma permanente en análoga relación de afectividad* con la conyugal (artículos 12,4 y 16,1 y Disposición Transitoria Segunda letra b, ap.7,)⁸⁰⁸.

- La LOPJ 6/1985, de 1 de julio, al regular las causas de abstención, recusación e incompatibilidad de Jueces y Magistrados, hace referencia a aquellas que lo son por razón de matrimonio o *de situación asimilable* (artículos 219,1 y 2, 391 y 392), y, en sentido similar, la LO 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, que extiende el deber de abstención de jueces y magistrados impuestos en

⁸⁰⁶ Lo que luego se convertiría en el artículo 108 del Código Civil, según la redacción de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, reconociendo iguales efectos a la filiación matrimonial y a la no matrimonial.

⁸⁰⁷Que hace referencia al “varón no unido por vínculo matrimonial” la facultad de consentir la utilización de su material reproductor en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. También en el artículo 13,3 la referencia era a la “pareja” a efectos de información sobre los procedimientos, investigación y riesgos terapéuticos. La ley está derogada y ha sido sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁸⁰⁸ A diferencia de la antigua Ley preconstitucional que permitió plantear recursos de inconstitucionalidad a favor de la subrogación en el contrato de arrendamiento de la pareja de hecho supérstite (*vid.*, por ejemplo, STC de 11 de marzo de 1993).

la LOPJ, a los jurados (artículo 11,2).

- También contemplan el fenómeno de las parejas de hecho la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales (artículo 1.2) y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de los Delitos violentos y contra la libertad sexual (art. 2.3,a).

- Por su parte, la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados establece un baremo de indemnizaciones por muerte en el que asimila las uniones conyugales “de hecho” a las de “derecho”. Y en un sentido similar existen referencias a *las personas ligadas por análoga relación de afectividad* en La Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones (artículo 3,3).

- Y también la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (artículo 93,1,1ª) y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por la que se reconoce el derecho a la pensión de viudedad al miembro supérstite de la pareja de hecho que acredite haber tenido una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años.

Dentro del ámbito penal, la reforma de LO 8/1983, de 25 de junio, introdujo en el viejo Código la referencia y equiparación de las uniones de hecho y el matrimonio a través de la fórmula de *personas ligadas por análoga relación de afectividad* en la circunstancia mixta del artículo 11 (en el que se añadía: *de forma permanente*) y en el encubrimiento de parientes del artículo 18. Lo mismo hizo la LO 3/1989, de 21 de junio, con la misma fórmula de *persona ligada por análoga relación de afectividad*, en los delitos de solicitud sexual de funcionario de prisiones (artículos 383 y 384), de mutilaciones para

la exención del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento (artículo 423) y de malos tratos habituales (artículo 425). Por su parte, el nuevo Código de 1995 regula la equiparación con la fórmula de ser o haber sido “*personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad*” en el artículo 23 (circunstancia mixta), en el artículo 424 (cohecho en causa criminal en favor del reo realizado por su cónyuge o persona “*a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*”), en los artículos 443,1 y 443,3 (solicitud sexual de autoridades o funcionarios públicos para sí, para su cónyuge o para persona “*a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*”) y en la excusa absolutoria del artículo 454, así como en los delitos relacionados con la violencia de género, modificados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículos 148,4, 153,1, 171,4, 172,2, 173,2), y 620,2, tercer inciso, en los que se recoge *estar o haber estado* ligados los sujetos activo y pasivo respectivos “*por análoga relación de afectividad*”⁸⁰⁹.

De otra parte y como veremos más adelante, la ausencia de una regulación directa de carácter estatal⁸¹⁰ ha determinado que, ante la importancia creciente de las uniones estables y de los conflictos asociados a ellas, hayan sido las Comunidades Autónomas las que hayan legislado en la materia, incluso sin competencias o con competencias muy discutibles. En la actualidad, de las diecisiete

⁸⁰⁹ También Ley General Penitenciaria, LO 1/1979, de 26 de septiembre, reconoce el derecho de los reclusos a ser informados del fallecimiento o enfermedad grave de los parientes próximos o de otras *personas íntimamente vinculadas*, y su artículo 53 dispone que los locales sean adecuados para las visitas de familiares o allegados íntimos, en sentido amplio.

⁸¹⁰ En las Propositiones de Ley que veremos más adelante se ha propuesto reformar no sólo el Código civil sino otros ámbitos jurídicos, como el laboral, el social o el tributario, con la finalidad de equiparar las parejas.

Comunidades Autónomas, trece tienen leyes propias de uniones estables de pareja⁸¹¹. Estas son, siguiendo un criterio cronológico, las siguientes:

- 1.** La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas de Aragón.
- 2.** La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra.
- 3.** La Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho de Valencia.
- 4.** La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.
- 5.** La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Baleares.
- 6.** La Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias.
- 7.** La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía.
- 8.** La Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho de Canarias.
- 9.** La Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura.

⁸¹¹En las que se han arbitrado numerosas equiparaciones en materia sucesoria, fiscal, social, administrativa, etc.

10. La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco.

11. La Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria.

12. La Ley 2/2006, de 4 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

13. La Ley 25/2010, de 29 de junio, reguladora del Libro II del Código civil de Cataluña que sustituye a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables.

Otras Comunidades autónomas, como Castilla y León y Castilla-La Mancha, solamente tienen regulados los respectivos Registros de uniones estables de pareja, la primera en su Decreto 117/2002, de 24 de octubre⁸¹² y la segunda en el Decreto 124/2000, de 11 de julio. En La Rioja se han realizado sin éxito varios intentos de regulación y en Murcia sólo hay Registros municipales desde el año 1996.

⁸¹² Las dos proposiciones de ley presentadas para regular las uniones estables en 2002 fueron desestimadas. El Estatuto de Castilla y León reconoce la protección de las uniones entre los principios rectores de las políticas públicas, artículo 16,13 (“protección integral de las distintas modalidades de familia, garantizándose la igualdad de trato entre las mismas, favoreciendo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la información, formación y orientación de las familias y la atención a las familias con necesidades especiales”), *vid.* PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op.cit.*, pp.216-217. La Ley 1/2007, de 7 de marzo, de Medidas de Apoyo a las familias de la Comunidad dispone en su artículo 2,2 que “serán destinatarias de esta ley las personas que conviviendo, se encuentren inscritas en alguno de los registros oficiales de uniones de hecho existentes en la Comunidad Autónoma y cumplan las condiciones que se establezcan para cada tipo concreto de actuación”, *vid.* PÉREZ UREÑA, A.A., *Uniones...cit.*, pp.39-40.

II.- 1. b. La base constitucional

La pareja, en su doble vertiente, de relación de convivencia entre dos personas y como parte y germen de una familia, está amparada en el artículo 32 de la Constitución, incardinado entre los derechos y deberes de la ciudadanía (Sección 2ª del Capítulo II relativo a los derechos y libertades), en referencia expresa única a la pareja matrimonial) y en el artículo 39, el cuál a su vez se encuentra en el Capítulo III, entre los principios rectores de la política social y económica. A través de ambos preceptos se le otorga reconocimiento y protección social, económica y jurídica.

Aunque para el legislador constitucional el modelo familiar fuese el nuclear paterno-filial de base matrimonial, lógicamente el propio de la época⁸¹³, la formulación es lo suficientemente amplia y no excluyente como para comprender otros modelos familiares y de pareja que surjan de la evolución social⁸¹⁴. Por ello, frente a una interpretación literal e histórica, según la cual la familia constitucional sólo es la conyugal, la construida sobre la base del matrimonio⁸¹⁵, cabe también la interpretación de que aquélla pueda surgir de otras relaciones de pareja diferentes a las matrimoniales, como son las parejas de hecho⁸¹⁶, con base en el artículo 3,1 del

⁸¹³ Aunque en el anteproyecto de constitución se hacía mención al derecho a las relaciones estables de familia.

⁸¹⁴ DOLZ LAGO, M.J., *op.cit.* p.260. Con MESA MARRERO, C., ésta es probablemente la posición constitucional más adecuada para evitar las disfuncionalidades que podrían derivarse a la hora de reconocer y proteger los diferentes grupos familiares que coexisten en la sociedad, *op.cit.*, p.58 y PÉREZ VILLALOBOS, Mª C., *op.cit.*, p.97.

⁸¹⁵ Como dice VELA SÁNCHEZ, A.J., “Para muchos autores – verdaderos “pesos pesados” del Derecho Civil, la familia “constitucional” es la familia conyugal construida sobre la base del matrimonio (art. 32), sin que a ella pueda equipararse cualquier otro tipo de familia...”, *op.cit.*, p.50.

⁸¹⁶ Lo que puede sustentarse en la no discriminación de los hijos nacidos en las

Código Civil, atendiendo, por tanto, a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” las normas jurídicas y a la luz de la finalidad tuitiva del artículo 39, entendiendo la protección familiar cualquiera que sea el tipo de familia⁸¹⁷.

Como relación de convivencia entre dos personas, las uniones estables de pareja no tienen una referencia expresa en el artículo 32 de la Constitución. Ello no ha impedido entender que pueden estar amparadas por el mismo que regula, junto al derecho a contraer matrimonio, el derecho a no hacerlo (consecuencia directa en ambos casos del derecho a la libertad, reconocido en el artículo 1,1 como valor supremo del Ordenamiento jurídico)⁸¹⁸. En realidad, el derecho a casarse presupone la existencia del derecho a no hacerlo, por lo que no es tanto que la Constitución reconozca el derecho a no hacer algo, sino que el no casarse resulta implícito al artículo 32 y goza del mismo status constitucional que el derecho a casarse⁸¹⁹.

También se ha basado su defensa constitucional:

1) en el artículo 10,1, relativo a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamentos del orden político y la paz social;

uniones de hecho (artículo 39,2), en la regulación del matrimonio y de la familia en preceptos diferentes y con distinta incardinación constitucional y en los demás preceptos constitucionales que posibilitan el amparo de las uniones estables, *vid.* MESA MARRERO, C., *op.cit.*, p.51.

⁸¹⁷ *Vid.* VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.*, p.50. y REINA, V. y MARTINELL, J.M., *Las uniones matrimoniales de hecho*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.14 y 63-64.

⁸¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.* pp. 28 y ss.

⁸¹⁹ Pues “la unión de hecho es, precisamente, la expresión del ejercicio del derecho a no casarse lo que significa que la unión de hecho es una situación que merece protección constitucional como manifestación del ejercicio de un derecho individual”, PÉREZ VILLALOBOS, M^aC., *op.cit.*, p.116. Es una opción más patente tras la reforma de 13/2005, de 1 de julio, del Código civil que habilita el matrimonio a quienes antes no podían casarse, *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.* pp.195 y ss.

2) en el artículo 14, regulador de la igualdad de la ciudadanía ante la ley;

3) en el artículo 16, referente a la libertad ideológica (que garantiza el derecho de toda persona a actuar y comportarse de acuerdo a sus convicciones personales, dentro de los límites del orden público); y

4) en el artículo 18, dedicado a la intimidad personal y familiar. También suele invocarse el artículo 9,2, relativo a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas ⁸²⁰.

Así lo ha venido afirmando el Tribunal Constitucional a través de una abundante jurisprudencia que, a los efectos de nuestra investigación, podemos resumir en tres líneas principales⁸²¹:

1ª. Partiendo de la libertad matrimonial, hay que entender que ni el matrimonio es obviamente obligatorio, ni cabe reprochar el no haberse casado pudiendo hacerlo, ni entrar en los motivos o causas de dicha opción (irrelevantes) que son una manifestación más de la libertad individual y del derecho a casarse o a no hacerlo. Así, la

⁸²⁰ Vid. publicaciones de principios de los años 90, como ESTRADA ALONSO, E., *op.cit.*, pp.113 y ss; ROMERO COLOMA, AM^a., *op.cit.* pp. 68-69 y SAURA MARTÍNEZ, L.F., *op.cit.*, pp.70 y ss; y más actuales como CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, pp.55-56; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.* pp.15 y ss; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "Parejas no casadas" en *Curso de Derecho Civil cit.*, Coord. J. SÁNCHEZ CALERO, 3ª edic. 2004 pp.267 y ss y 5ª edic., 2009, pp.213 y ss; MESA MARRERO, C., *op.cit.*, pp.47 y ss; PÉREZ UREÑA, A.A., *Uniones...cit.* pp.37 y ss; PÉREZ VILLALOBOS, Mª V., *op.cit.*, pp.81 y ss.

⁸²¹ Dentro de la cual nos centramos en las siguientes sentencias: STC N°184, de 15 de noviembre de 1990, STC N°222, de 11 de diciembre de 1992, STC N°47, de 11 de marzo de 1993, STC N°155, de 13 de julio de 1998 y STC N°180, de 17 de septiembre de 2001.

STC N°47, de 11 de marzo de 1993⁸²².

2ª. Las uniones estables de pareja, en su doble vertiente de convivencia de dos personas y base familiar, son objeto de protección constitucional y cabe su equiparación con las familias y las parejas matrimoniales en aspectos particulares. Su amparo material se basa en la similitud o identidad material de las situaciones subyacentes y en la importancia de la convivencia. Así, las SSTC de 3 de diciembre de 1990, 11 de diciembre de 1992 y 11 de marzo de 1993⁸²³.

3ª. Lo anteriormente señalado no implica equiparación automática o global del matrimonio y las parejas de hecho, pues no son idénticos, no son instituciones equivalentes. Consecuentemente, resulta constitucional un tratamiento diferenciado y ello autoriza al legislador ordinario a establecer regímenes diferentes, siempre en compatibilidad con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que el texto constitucional garantiza en su artículo 14. Así las SSTC de de 15 de noviembre de 1990, 11 de diciembre de 1992, 11 de marzo de 1993, 13 de julio de 1998 y 17 de setiembre de 2001⁸²⁴; otras dos sentencias del Tribunal Constitucional establecen

⁸²² Cuando expresamente dice “que si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación; por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial (*sic*) que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas”.

⁸²³ La segunda al interpretar que la *ratio legis* del artículo 58 de la vieja LAU no es el vínculo matrimonial sino la convivencia, pues carecería de sentido la extensión del derecho de subrogación al cónyuge separado de hecho y la denegación del mismo a los unidos extramatrimonialmente, lo que constituiría un trato discriminatorio no justificado. En sentido similar y por igual motivo la STC N°222 de 1992, que reconoce expresamente la no identificación constitucional de la familia con la matrimonial, con base en la regulación diferenciada de la familia y del matrimonio (artículos 39 y 32, respectivamente).

⁸²⁴ En la de 1992 anteriormente citada el Tribunal declaró que las diferencias normativas entre matrimonio y uniones de hecho deben de tener un fin discernible

el límite importante de que el tratamiento diferenciado nunca podrá ser más favorable para la unión libre que para el matrimonio⁸²⁵.

II.- 1. c. El acercamiento del matrimonio y las uniones estables de pareja a través de sus procesos de “desformalización” y “juridificación” respectivos

Antes de pasar a exponer la situación actual de los derechos económicos y asistenciales derivados de las crisis de convivencia de las uniones estables de pareja, como parte de su proceso de “juridificación”, quisiéramos hacer referencia al de “desformalización” del matrimonio. Consideramos que ambos son manifestaciones de una evolución inversa y de recíproca aproximación entre los dos modelos de pareja⁸²⁶.

Mientras que el primero consiste en la paulatina regulación y formalización de los efectos jurídicos asociados a las uniones estables de pareja en ámbitos muy diferentes del Ordenamiento jurídico, el segundo gravita, en un sentido inverso, en torno a la “desformalización” y “privatización” del matrimonio tradicional y al vaciado o liberación de sus contenidos institucionales, a su “desinstitucionalización”⁸²⁷.

Muestra del mencionado proceso es la superación de la indisolubilidad, ligada en nuestro país a la paulatina relajación del

y legítimo en torno al cual deben ser articuladas sin incurrir en desproporciones manifiestas.

⁸²⁵ STC 209/1988 y la 45/1989, ambas de 20 de febrero, que declararon la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley sobre el IRPF que daban un trato más favorable a las uniones estables.

⁸²⁶ Denominado de “desjuridificación” por GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.* p.20 (citando como creador del término al belga M. TH. MEULDERS-KLEIN (1982).

⁸²⁷ *Vid.* CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.* pp.51 y ss, para quien las críticas al matrimonio son, en realidad, contra la “burocracia matrimonial”, p.53.

control de la causalidad y de los criterios culpabilísticos en las causas de separación y de divorcio y al proceso de pérdida del sentido de la separación conyugal como remedio jurídico ⁸²⁸. También se ha explicado el fenómeno de la acusada inclinación a la privatización del vínculo conyugal, por la creciente disponibilidad de los cónyuges sobre él y los efectos derivados de sus crisis, ya que, por ejemplo, éstos pueden convenir los mencionados efectos a través de un convenio regulador, en el que la exigencia básica es el respeto al principio constitucional de igualdad de los cónyuges (artículos 14 y 32) y la protección a los hijos (artículo 39)⁸²⁹.

En la actualidad, la tendencia forma ya parte de nuestro Derecho positivo, pues la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de junio, en materia de separación y divorcio, ha simplificado los mecanismos de desvinculación matrimonial, pudiendo acudir al divorcio sin separación previa (siendo ésta también posible como una opción diferente) y haciendo desaparecer el sistema causal, por lo que desde entonces resulta factible la extinción del matrimonio a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos sólo tres meses desde la celebración del mismo (nuevo artículo 81 del

⁸²⁸ REINA, V. y MARTINELL, J. M., *op.cit.* pp.9-29; en sentido muy similar, CAMARERO SUÁREZ, V., *Ibid.*, pp.53 y ss. En igual sentido son mencionadas la pérdida de ordenación del matrimonio a la procreación o la decreciente importancia del deber de fidelidad.

⁸²⁹ CAMARERO SUÁREZ, V., *Ibid.* p.55; CLEMENTE MEORO, M., *op.cit.*, p.138; GARCÍA CANTERO, G., *op.cit.*, p.73. Vid. también ALBERDI, I., “La familia...”*cit.* p.281. La explicación del fenómeno radica en la creciente importancia de los aspectos privados de la unión conyugal: “equiparación con las uniones de hecho, individualización de la ceremonia, falta de sanción jurídica al incumplimiento de las obligaciones conyugales, consideración del matrimonio, no como entidad única sino de individuos asociados, desformalización del matrimonio (basta con el acceso al Registro) para TIRAPU MARTÍNEZ, D., “La evolución del matrimonio occidental”, en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp.126-127.

Código Civil)⁸³⁰.

Concluimos compartiendo la apreciación de que el proceso señalado no es sino la crisis del concepto jurídico de matrimonio, que encubre la superación sociológica del matrimonio romano-canónico cuyo esquema fue sustancialmente secularizado por el matrimonio civil⁸³¹. Cabe pensar, por tanto, que estamos asistiendo a un importante cambio en la concepción del matrimonio hacia un *hecho afectivo juridificado*, sobre la permanencia de constituir un compromiso permanente de respeto, ayuda y mutua fidelidad, una comunidad de vida duradera con un particular estatuto jurídico⁸³².

II.- 2. El reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

II.- 2. a. En la Jurisprudencia

El Código civil, siguiendo la obra codificadora de inspiración francesa no reguló las uniones estables de pareja y sigue aún sin hacerlo aunque, como veremos, han existido numerosas propuestas para cambiarlo, siendo la última de 2008.

Con el auge sociológico de las parejas de hecho empezaron

⁸³⁰ Por lo que, según MORENO-TORRES HERRERA, M.L, *op.cit.* p.130, resulta innegable que al “descausalizarse” el final de la relación matrimonial, se ha producido un acercamiento de ésta a las parejas de hecho.

⁸³¹ Para REINA, V. y MARTINELL, J. M., *op.cit.* p.31 y CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.51.

⁸³²REINA, V. y MARTINELL, J. M., *Ibid.*, pp.28-29 y MORENO-TORRES HERRERA, M.L, *op.cit.* p. 30.

a aparecer conflictos de pareja muy similares a los matrimoniales, por lo que, desde los años 90, comenzaron a suscitarse cuestiones de calado jurídico que, ante la ausencia de normativa reguladora, los Tribunales fueron resolviendo, siempre en función del caso concreto y con la finalidad primordial de dar protección a la parte más débil. En la mayoría de los casos las demandas giraban en torno a la disolución o ruptura de la convivencia por muerte o voluntad unilateral⁸³³.

Desde antes de ser aprobadas las leyes autonómicas, la Jurisprudencia civil, con base en las decisiones del Tribunal Constitucional, fue estableciendo, entre otros muchos aspectos, los requisitos necesarios para reconocer efectos jurídicos a las uniones estables de pareja y para el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas del cese de su convivencia⁸³⁴.

En cuanto a los requisitos de las uniones estables exigidos por la Jurisprudencia pueden ser mencionados los ya señalados de relación “*more uxorio*”, convivencia bajo un mismo techo, permanencia, notoriedad y primacía de voluntad de las partes. Cabe resaltar la STS de 18 de mayo de 1992, cuando manifiesta que, para que tales uniones “puedan generar aplicación de la normativa legal, deben cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia

⁸³³ En el último caso y a falta de pacto, que era el hecho más frecuente, los motivos alegados eran: la liquidación del régimen patrimonial, la atribución de la vivienda común o familiar, el incumplimiento de promesa matrimonial o las prestaciones económicas derivadas de la ruptura de la convivencia, en este último caso con fundamento en la obligación legal de alimentos (artículos 142 y ss del Código civil), en el desequilibrio económico tras el fin de la convivencia (artículo 97 del mismo cuerpo legal), en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902, o en la teoría del enriquecimiento injusto, *vid.* LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.*, pp.60-61.

⁸³⁴ Entendiendo como hace la STS de 10 de marzo de 1998 que se trataba de situaciones de hecho con trascendencia jurídica, de una realidad “ajurídica” pero no “antijurídica”; así la STS 27 de marzo de 2001, para la que estas uniones son una realidad “ajurídica” con efectos jurídicos.

naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. La convivencia “*more uxorio*” ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”⁸³⁵.

En materia patrimonial y de efectos económicos derivados del fin de la convivencia, la Jurisprudencia ha ido decidiendo caso por caso, sin dar soluciones globales. En principio entendió que no cabía aplicar a las parejas de hecho las normas del Código civil relativas al matrimonio y a la disolución del mismo, pero ha llegado, sin embargo, a su aplicación en algunos casos, por la vía analógica del artículo 4,1 del Código civil. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 y de 8 de febrero de 2002 establecen como condiciones de aplicación analógica de las normas matrimoniales:

1. la existencia de laguna legal respecto al caso concreto;
2. la existencia de igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto en la ley; y
3. la no prohibición legal de analogía⁸³⁶.

⁸³⁵ En sentido similar *la STS de 17 de junio de 2003 y la jurisprudencia recopilada por TORRES MATEOS, M.A., op.cit., esp. pp.97 y ss.*

⁸³⁶ *Vid. CAMARERO SUÁREZ, V., op.cit., p.67 y LÓPEZ AZCONA, A., op.cit., pp.37 y ss.*

A los efectos de liquidación y reparto final de los bienes, Jueces y Tribunales han partido de la consideración de plena independencia económica de los miembros de las uniones estables y del respeto a la autonomía de su voluntad, por lo que han admitido los efectos derivados de sus pactos (expresos o tácitos)⁸³⁷ de hacer común todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión. Excepcionalmente han aplicado también el “régimen económico de gananciales” y, sobre todo, el de la “comunidad de bienes” y la “sociedad irregular”, siempre en aras del reparto más equitativo posible de los bienes⁸³⁸.

No se han concedido alimentos a los miembros de la pareja, pero sí prestaciones compensatorias e indemnizaciones derivadas de la ruptura de la convivencia.

Los Tribunales han denegado la concesión de alimentos a los miembros de las uniones estables por carecer éstos del derecho regulado en el Código civil para los cónyuges, entendiendo que el derecho y la obligación de socorro y mutua asistencia tiene en las parejas de hecho sólo un carácter moral y social, natural y voluntario, pero no jurídico, salvo pacto o contrato de convivencia. La buena fe en el ejercicio de los derechos y la confianza recíproca generada por la convivencia han sido consideradas bases suficientes para crear entre los miembros de la pareja el deber de mutua solidaridad, en tanto dure la relación, lo que les obliga a la mutua

⁸³⁷ Y no muy frecuentes. No existe mucho rigor en el control judicial del contenido de los pactos mencionados según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas”, en el Libro Homenaje al Prof. ALBALADEJO GARCÍA, Coords. J.M., GONZÁLEZ PONS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, T.I, Colegio de Registradores, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edic., 2004, p.235.

⁸³⁸ Vid. LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.* pp.41 y ss; MESA MARRERO, C., *op.cit.*, pp.167 y ss. y PÉREZ UREÑA, A. A., *Uniones...cit.*, pp.71 y ss.

contribución, pero la asistencia recíproca ha sido entendida como espontánea. La Jurisprudencia ha entendido, por tanto, que los miembros de las uniones estables no tenían obligación legal de alimentos, ni durante ni tras la crisis de la convivencia, salvo en los supuestos de alimentos convencionales, pactados⁸³⁹, claro está, siempre al margen y salvaguarda de los derechos alimenticios de los hijos. En este sentido, puede citarse la SAP de Ciudad Real, de 15 de marzo de 1999, al determinar la no aplicación de los artículos 67 y 68 del Código Civil y de su manifestación más concreta, el derecho de alimentos, obligaciones legales todas ellas relativas a los cónyuges, a las uniones estables, al entender que los miembros de éstas carecían del derecho legal a reclamarse entre sí los alimentos de los artículos 143 y 144 del mencionado cuerpo legal, durante y tras finalizar la convivencia, y por entender también que sólo tenían una obligación natural, fruto de la recíproca solidaridad y asistencia libremente aceptada, que no posibilitaba el ejercicio de acciones dirigidas a lograr la pretensión alimenticia, salvo pacto expreso o tácito entre las partes⁸⁴⁰.

⁸³⁹ Entendiendo que las entregas voluntarias realizadas por uno de los convivientes al otro obedecían a una justa causa *ex artículo* 1901 del Código Civil y que, en consecuencia, no eran repetibles ni por quién las efectuaba, ni por sus herederos, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, pp.120-121 y 230-231 y LÓPEZ JIMÉNEZ, D. *op.cit.*, pp.128 y 131 y ss. Cabe añadir que a nivel doctrinal había posiciones encontradas: mientras que ESTRADA ALONSO, E. mantenía la inaplicación imperativa de los artículos 67 y 68 del Código civil del deber de asistencia de los cónyuges a los convivientes por implicar para éstos la pérdida de su libertad para poner fin a la relación, *op.cit.* p. 232-233, GARCÍA RUBIO, M^aP., se mostraba partidaria de *lege ferenda* del derecho alimenticio de las parejas de hecho que, según ella, adquiriría todo su sentido en los supuestos de ruptura de la vida en común, basado exclusivamente en los presupuestos de necesidad del acreedor y capacidad del deudor, en los casos en que la necesidad tuviera su causa última en la convivencia fallida (*Ibid.*, p.218).

⁸⁴⁰ En sentido similar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1990 y de 11 de diciembre de 1992, la SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 y las SAP de Barcelona de 2 de julio de 1998 y de 3 de noviembre de 1992. *Vid.* también las numerosas referencias jurisprudenciales presentadas por LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.* p.64; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.* pp.128 y PÉREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, pp.117 y ss.

A diferencia de lo acontecido en materia de alimentos, los Tribunales han reconocido prestaciones económicas derivadas del cese de la convivencia de uniones estables, como las compensatorias y las indemnizaciones. La concesión se ha basado en el desequilibrio económico provocado por la ruptura de la convivencia, supuestos en los que ocasionalmente, como decíamos, la Jurisprudencia ha aplicado por analogía el artículo 97 del Código Civil⁸⁴¹. En relación al precepto señalado se han diferenciado tres etapas de una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo:

- la de denegación de la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil, hasta 2001;

- la de su aplicación analógica, desde 2001 hasta 2005; y desde la STS de 12 de septiembre de 2005⁸⁴²; y

- la denegatoria (con reservas) de la aplicación del

⁸⁴¹En este sentido pueden señalarse la STS de 5 de julio de 2001 (considerada un hito en la materia) y la STS de 16 de julio de 2002, entre otras. Cabe la posición contraria, es decir, la denegación de las mismas basada fundamentalmente en la falta de vinculación jurídica de las partes y en la inadmisión de la analogía con el artículo 97, aplicable sólo a los supuestos de separación y divorcio de los matrimonios (STS de 11 de diciembre de 1992 y la STS de 30 de diciembre de 1994).

⁸⁴² Que en recurso de una sentencia de 2002 de la Audiencia Provincial de Burgos, concede por enriquecimiento injusto la compensación económica solicitada, denegándola por aplicación analógica del artículo 97 del Código civil y alegando que “la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio (...) aunque las estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los artículos 96, 97 y 98 CC (...) ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”.

mencionado precepto⁸⁴³.

Los Tribunales también han barajado y aplicado otros criterios para la resolución y, en su caso, concesión de las reclamaciones económicas solicitadas por los exconvivientes como:

1) la aplicación analógica del artículo 1438 del Código civil relativo a la obligación de los cónyuges del levantamiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes;

2) la responsabilidad extracontractual del artículo 1902;

3) el principio general de protección del conviviente más perjudicado o desfavorecido, y sobre todo,

4) la evitación del enriquecimiento injusto o sin causa (el de mejor consideración y más frecuente aplicación), siempre que se cumplan los requisitos de aumento del patrimonio del enriquecido y correlativo empobrecimiento del actor, falta de causa que justifique el enriquecimiento e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio⁸⁴⁴.

Tras la aprobación de las leyes autonómicas reguladoras de las uniones estables que generalmente reconocen, además de los

⁸⁴³ LÓPEZ JIMÉNEZ, D. *op.cit.*, pp.57 y ss.

⁸⁴⁴ STS de 11 de diciembre de 1992 (con reiterada jurisprudencia) y, en igual sentido afirmativo, la STS de 27 de marzo de 2001 y la STS de 17 de enero de 2003; *Vid.* TORRES MATEOS, M.A., *Uniones extramatrimoniales, Colección de Jurisprudencia cit.*, pp.225 y ss y, citando numerosa jurisprudencia sobre todos los criterios señalados, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, pp.249 y ss; ESTRADA ALONSO, E., *op.cit.* p.234; LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.* p.61 y ss; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.* pp.51 y ss; MESA MARRERO, C., *op.cit.*, pp.202 y ss y PÉREZ UREÑA, A.A., *Uniones...cit.*, pp.86 y ss.

pactos, las prestaciones compensatorias y excepcionalmente las pensiones periódicas de tipo alimenticio, la Jurisprudencia ha continuado apreciando compensaciones e indemnizaciones derivadas del cese de la convivencia⁸⁴⁵, sin que tengamos constancia de la concesión de pensiones alimenticias periódicas⁸⁴⁶.

Según un detallado estudio de la Jurisprudencia menor sobre la concesión de las prestaciones económicas derivadas del cese de la convivencia, previstas en las leyes autonómicas competentes, como la catalana, la aragonesa, la navarra, la balear o la vasca, ésta es escasa e irregular y en ella existe una aplicación combinada de preceptos estatales y autonómicos⁸⁴⁷.

II.- 2. b. En las Proposiciones de Ley de reforma del Código civil

A nivel estatal se han presentado a lo largo de los años varias iniciativas o Proposiciones de reforma del Código Civil en

⁸⁴⁵ Así por ejemplo la STS de 8 de mayo de 2008, denegatoria de la prestación económica en aplicación de la legislación catalana o la SAP de les Illes Balears (3ª), de 15 de enero de 2008, parcialmente estimatoria de la compensación. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. “Reconocimiento...”*cit.*, p.224 mantiene que la entrada en vigor de las leyes autonómicas ha favorecido que el Tribunal Supremo se muestre más proclive al reconocimiento de los derechos a las uniones estables de pareja, con base en el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, tratando de evitar que el reconocimiento de las prestaciones dependa de la existencia o no de normativa autonómica en función de la Comunidad Autónoma correspondiente. También señala la tendencia judicial de concesión de pensiones compensatorias a parejas estables en términos menos restrictivos y exigentes que a los matrimonios, lo que contrasta con los exigentes requisitos de los legisladores autonómicos y con la mayor importancia del matrimonio, pero puede interpretarse como un síntoma de la pugna de los Tribunales por evitar lo que se ha llamado “la profesionalización del matrimonio”, la “renta vitalicia” o la “eterna sanción” (*Ibid.* p.225 y 234 y ss).

⁸⁴⁶ Las 72 sentencias (2 del Tribunal Supremo y el resto de Audiencias) recopiladas por TORRES MATEOS, M.A., en *Uniones extramatrimoniales*, Colección de *Jurisprudencia cit.*, pp.115 y ss. son todas sobre alimentos sólo para los hijos.

⁸⁴⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.* pp.161-163, 172-173, 177-178, 184-185.

materia de uniones estables de pareja, que aunque hasta ahora no hayan llegado a prosperar, constituyen una prueba más de la importancia social y del reconocimiento paulatino de las uniones estables de pareja, así como de su proceso de “juridificación” y de equiparación al matrimonio en aspectos particulares, como en materia de derechos económicos y asistenciales⁸⁴⁸.

La existencia de Propositiones de Ley, anteriores y posteriores a las leyes autonómicas y a la reforma del Código Civil de 1 de julio de 2005, que se alargan hasta el presente demuestra, en nuestra opinión, que la equiparación de las parejas estables y el matrimonio en aspectos particulares continua siendo un tema de plena vigencia que aún está abierto.

En todas ellas (menos en la del contrato de unión civil de 1997) se propone la reforma de los alimentos, previstos en el Código civil como deber y derecho *ope legis* de los cónyuges, para incluir junto a éstos a los miembros de las uniones estables de pareja. En algunas también se reproducen los derechos a pensiones alimenticias y prestaciones compensatorias asociados a la ruptura de la convivencia, ya regulados en la legislación autonómica⁸⁴⁹, y sólo en alguna de ellas se propone a su vez la modificación de las leyes procesales y del Registro Civil, en orden a la equiparación y no discriminación en estos

⁸⁴⁸ Como es lógico, las Exposiciones de Motivos de las Propositiones reconocen a las uniones estables como nuevo modelo de pareja en proceso de “juridificación” y de equiparación al matrimonio y giran en torno a su no discriminación en aspectos particulares, aún reconociendo sus diferencias. *Vid.* CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, pp.97 y ss; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *Ibid.*, pp.195 y ss y MONTESINOS SÁNCHEZ, N., “Demandas sociales y repuestas jurídicas a propósito de las uniones de hecho” en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1433-1458.

⁸⁴⁹ Suponemos que para suplir la falta de competencia que en la materia parecen tener ciertas Comunidades, como veremos al exponer la legislación autonómica.

aspectos de las uniones estables en relación al matrimonio.

De las cuatro Proposiciones de Ley anteriores a las leyes autonómicas en tres de ellas se proponía la reforma civil de los alimentos para incluir en ellos a las parejas estables.

1. La primera de las Proposiciones de Ley presentada por el Partido Socialista (PSOE) en el Congreso de los Diputados el 29 de octubre de 1996 con el título de “Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho”⁸⁵⁰, consideraba como requisitos de las uniones de hecho la convivencia en pareja de forma libre, pública y notoria, en relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de la orientación sexual, durante un mínimo dos años, salvo descendencia en común, en cuyo caso, bastaba la mera convivencia y proponía la reforma del Código civil en materia de alimentos, modificando los artículos 143,1 y 144,1, para incluir en ellos a los miembros de las uniones de hecho junto a los cónyuges.

2. La “Proposición de Ley para la igualdad jurídica para las parejas de hecho”, de 15 de noviembre de 1996 presentada por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (IU-IC)⁸⁵¹, planteaba como requisitos para la constitución de las parejas de hecho: la convivencia libre, pública, notoria y estable, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de la orientación sexual, por un

⁸⁵⁰ Registrada con el número 162/00068), BOCG de 10 de marzo de 1997. Anteriormente, en 1994, el PSOE había presentado la primera Proposición de Ley, que fue admitida a trámite el 19 de julio y aprobada por el Pleno el 29 de noviembre del mismo año (registrada con el número 162/0000122), pero dicha Proposición no llevó al Gobierno, entonces socialista, a presentar el correspondiente Proyecto, lo que fue suplido por otra nueva, la de 1996.

⁸⁵¹ Registrada con el número 122/000069, BOCG de 10 de abril de 1996.

tiempo mínimo de un año, salvo los casos de descendencia en común en los que bastaba la mera convivencia; y también postulaba, entre otras reformas, la del Código civil en materia de alimentos, para incluir a los miembros de las parejas de hecho, junto a los cónyuges.

3. La de 14 de abril de 1997 “De reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables”, presentada por Coalición Canaria (CC) ⁸⁵², regulaba unos requisitos para las parejas muy similares a los ya señalados en las Propositiones mencionadas y proponía, a su vez, la modificación del Código civil en materia de alimentos, añadiendo al artículo 143,1º las “personas que convivan como pareja de hecho estable”.

4. La “Proposición de Ley Orgánica del contrato de unión civil”, de 29 de septiembre de 1997, presentada por el Partido Popular (PP) ⁸⁵³, en realidad, contenía términos y regulaba ámbitos muy diferentes a los de las Propositiones precedentes. Por ello, ni establecía los requisitos de las uniones estables (que no regulaba) ni proponía la reforma del deber/derecho de alimentos, en el sentido hasta ahora señalado⁸⁵⁴.

Las cuatro Propositiones de Ley acontecidas entre 2004 (las

⁸⁵² Registrada con el número 122/000071, BOCG de 14 de abril de 1997.

⁸⁵³ Registrada con el número 162/0000122, BOCG de 29 de septiembre de 1997.

⁸⁵⁴Según su artículo 1º su aplicación se circunscribía a la unión de dos personas físicas mayores de edad con decisión de convivencia y de prestación de ayuda mutua, por lo que resultaba aplicable tanto a las parejas convivientes, incluidas las del mismo sexo, como también a dos personas mayores que sin ser pareja decidiesen vivir juntas, o a una madre y su hijo soltero o a dos hermanos o hermanas convivientes, etc..., durante el plazo mínimo de un año. Se situaba en un plano puramente paccionado de mutua ayuda, dejando a salvo los principios generales de enriquecimiento injusto y abuso del derecho. En ella se proponía la reforma del Código civil, pero no en materia de alimentos y, entre otras, la de la circunstancia modificativa mixta del artículo 23 del Código penal, añadiendo a su texto “o tener con el ofensor un contrato vigente de unión civil”.

tres primeras) y 2008 (la cuarta) - todas ellas posteriores a la aprobación de la mayoría de las leyes autonómicas y la última posterior también a la reforma del Código civil de 1 de julio de 2005 - proponen la reforma de los alimentos a favor de las parejas estables y dos de ellas proponen, además, la regulación de las pensiones y prestaciones económicas asociadas a la extinción de estas parejas así como la modificación procesal de los procedimientos destinados a canalizar sus demandas.

1. En la “Ley de Igualdad Jurídica para las Uniones de Hecho” presentada por el Grupo Mixto (GM)⁸⁵⁵ los requisitos de las uniones de hecho eran la convivencia de forma libre, estable, pública y notoria en relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de la orientación sexual, por un tiempo mínimo de un año, o la mera convivencia habiendo descendencia en común. En su artículo 3º se reconocían los pactos que, mediante documento público o privado, los miembros de la pareja podían acordar sobre los efectos personales y patrimoniales derivados de su convivencia, incluyendo las prestaciones económicas en caso de disolución, siempre con respeto a los derechos económicos mínimos contemplados en la ley. En defecto de pacto, se proponía la contribución proporcional de las partes al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes⁸⁵⁶, a lo que se añadía entre otras muy diversas propuestas de reforma la del Código civil en materia de alimentos (artículos 143,1 y 144,1), con objeto de añadir a los cónyuges las “personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal”.

Tras el cese de la convivencia y en defecto de pacto se

⁸⁵⁵ Registrada con el número 122/000044, BOCG de 23 de abril de 2004.

⁸⁵⁶ Entendiendo como contribución el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida a la empresa o profesión del otro, etc....

proponía que los miembros de las uniones estables tuviesen una doble posibilidad de reclamación: la de una pensión periódica para cubrir el sustento⁸⁵⁷ y la de una compensación económica para el caso de desigualdad patrimonial de ambos miembros fruto de enriquecimiento injusto⁸⁵⁸.

En su artículo 16 también se proponía la igualdad jurídica de las parejas en el ámbito procesal al decir expresamente que "a efectos procesales, la persona unida a otra por medio de una relación de convivencia y afecto análoga a la conyugal, será equiparada al cónyuge en todas aquellas normas de carácter procesal relacionada con las materias contenidas en la presente ley, siempre que la convivencia y su acreditación reúnan los requisitos previstos en los artículos primero y segundo de la misma".

2. La "Proposición de Ley para la Igualdad Jurídica para las Parejas de Hecho", presentada por Izquierda Unida (IU)⁸⁵⁹ también planteaba como requisitos de aplicación la unión libre, estable, pública y notoria y estable, en una relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de la orientación sexual, por un tiempo mínimo de un año, salvo los casos de descendencia en común en los que bastaba la mera convivencia y entre numerosas reformas legales proponía la del Código civil, ampliando el deber y derecho de alimentos a los miembros de las parejas de hecho.

⁸⁵⁷ Condicionada a que la convivencia hubiese disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos (con un límite máximo de tres años) o a que el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le hubiera impedido la realización de actividades laborales o las hubiera dificultado seriamente, extinguiéndose, salvo supuestos de incapacidad, con la mayoría de edad o la emancipación de los hijos.

⁸⁵⁸ Por haber trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente.

⁸⁵⁹ Registrada con el número 122/000034, BOCG de 23 de abril de 2004.

3. La “Proposición de Ley sobre Uniones Estables de Pareja”, presentada por Convergència i Unió (CiU)⁸⁶⁰ circunscribía su ámbito de aplicación a las uniones estables entre hombre y mujer (mayores... etc.) con convivencia marital mínima e ininterrumpida de dos años o con manifestación de voluntad de acogerse a la ley, bastando la mera convivencia en caso de tener descendencia común (artículo 1º)⁸⁶¹. Se admitía la posibilidad de pactar las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, de forma verbal o mediante escrito o documento público o privado, así como las compensaciones económicas para el caso de la disolución de la pareja, incluyendo la posibilidad de renuncia. En defecto de pacto, se establecía que los miembros de la pareja resultaban obligados a contribuir al mantenimiento de la vivienda y los gastos comunes, aportando trabajo doméstico, colaboración personal o profesional o mediante los recursos procedentes de su actividad o bienes⁸⁶². En esta Proposición también se planteó la reforma de numerosas leyes, como la de la Ley Reguladora del Registro civil para hacer constancia de la unión estable de pareja junto al matrimonio, o como la del Código civil en materia de alimentos (haciendo expresa mención sólo del artículo 143,1) proponiendo añadir a los cónyuges “los convivientes vinculados por una unión estable de las previstas en la Ley reguladora de las uniones estables de pareja”.

Para los supuestos de cese de la convivencia se posibilitaba la

⁸⁶⁰ Registrada con el número 122/000012, BOCG de 23 de abril de 2004.

⁸⁶¹ La Proposición de ley regulaba también, pero de forma diferenciada, las uniones estables de pareja de personas del mismo sexo que convivieran maritalmente y manifestasen su voluntad de acogerse a la ley.

⁸⁶² Siempre en proporción a los ingresos o el patrimonio y conservando cada miembro el dominio, disfrute y administración de sus propios bienes y se entendían como gastos comunes los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes convivientes de acuerdo con sus usos y nivel de vida y, en especial, los originados en concepto de alimentos en el sentido más amplio (artículo 4,a).

reclamación tanto de una pensión “alimentaria” (*sic*) periódica como de una compensación económica. La primera, sólo en caso de necesidad, para atender adecuadamente al sustento de uno de los miembros de la pareja, estaba condicionada al hecho de que la convivencia o el tener a su cargo hijos o hijas comunes hubieran disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos. La segunda, cuando el trabajo aportado para la casa o para el otro hubiera generado una desigualdad patrimonial en la pareja que implicase enriquecimiento injusto⁸⁶³.

En este caso también se proponía una reforma procesal, en particular, la del artículo 748,4º de la Ley de Enjuiciamiento civil con la redacción siguiente:

“Los que versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como los que versen sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho con o sin hijos”.

4. La Proposición de “Ley sobre Igualdad Jurídica para las Parejas de Hecho”, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana e Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds (ER-IC-elsVerds)⁸⁶⁴, establecía en su artículo 2º los requisitos de la pareja de hecho que ha de ser una unión libre, estable, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, de dos personas (mayores de edad... etc.) con independencia de su orientación sexual, por un tiempo mínimo de un año, salvo descendencia en común, en cuyo caso

⁸⁶³ La enmienda a la totalidad de las Proposiciones de 2004 del Partido Popular (BOCG de 20 de octubre de 2004), finalmente retirada, proponía regular las consecuencias económicas de la ruptura de las parejas estables reconociendo a favor del conviviente perjudicado una pensión periódica directamente inspirada en la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.195.

⁸⁶⁴ Registrada con el número 122/000069, BOCG de 23 de abril de 2008.

bastará la mera convivencia.

Partía del entendimiento de la protección familiar del artículo 39 de la Constitución en sentido amplio (y no sólo matrimonial) y del reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio, así como del derecho a no hacerlo, en el artículo 32 y, en su Exposición de Motivos, explicitaba como finalidades de su propuesta la de eliminar las discriminaciones y la de equiparar a las personas que convivan en análoga relación de afectividad con los cónyuges, reconociéndoles los derechos correspondientes, tanto en su vertiente familiar como en la de miembros de pareja, cuyos derechos no han de estar vinculados a la formación de una familia, por lo que comenzaba su articulado proponiendo que “nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”⁸⁶⁵.

Pues bien, pese a su compacta presentación, hay que decir que en la materia que nos ocupa sólo propone entre otras reformas legales, la de los alimentos previstos en los artículos 143,1 y 144,1 del Código civil, añadiendo a los cónyuges las “personas que convivan en

⁸⁶⁵ Y añade que “a tenor del artículo 9,2 de la Constitución española, los poderes públicos deberán asegurar al respecto que esa agrupación, determinada socialmente por las notas de convivencia y afectividad se produzca en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, en cuanto valores superiores del ordenamiento, según el artículo 1,1 de la Constitución española. La libertad significa permitir en este contexto, que los individuos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les permita el libre desarrollo de su personalidad, solución que también garantiza el respeto a su dignidad personal, fundamentos ambos del orden político y de la paz social, según el artículo 10,1 de la Constitución española; y la igualdad, a su vez, es garantía de que esta opción pueda ser tomada, sin que de ello puedan derivarse discriminaciones por razón de esta condición o circunstancia personal o social, por impedimento del artículo 14 de la Constitución española, y porque la familia debe ser protegida como instrumento idóneo para el ejercicio de los derechos fundamentales y para la realización de los principios contenidos en el artículo 10, en coherencia con el respeto a la persona que caracteriza a la Constitución y a todo el Ordenamiento jurídico”.

análoga relación de afectividad, con independencia orientación sexual” (artículos 8 y 9), sin que en ella exista referencia ni regulación alguna de las prestaciones económicas asociadas a la extinción de este tipo de pareja (pensiones periódicas y compensaciones o indemnizaciones), como tampoco la hay a la reforma de la legislación procesal o a la del Registro civil.

Como ya hemos avanzado, parece que la Proposición, por el momento, no sigue adelante⁸⁶⁶.

II.- 2. c. En la regulación autonómica

Ante la importancia del fenómeno sociológico y la inexistencia de una legislación estatal de uniones estables de pareja, las Comunidades Autónomas han ido regulándolas en su legislación propia: desde la primera, la ley catalana de 1998, hasta la reforma del Derecho civil gallego, en 2006. Así, de las 17 Comunidades Autónomas, 13 de ellas han legislado en materia de parejas de hecho, de forma diferente aunque también con elementos comunes, y, como vamos a ver, generando una polémica de calado constitucional que condiciona su aplicación.

Aunque no es el objeto directo de nuestro estudio, no podemos obviar, y por ello lo tratamos en primer lugar, el hecho de que la legislación autonómica que nos ocupa suscita problemas constitucionales relacionados con el ámbito competencial⁸⁶⁷. Sólo 7

⁸⁶⁶ Según LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.23 (2007) el Gobierno socialista tenía la intención de aprobar una Ley estatal de uniones de hecho, de la que, hasta el momento, no hay noticia.

⁸⁶⁷ También en materia de adopción, pues tanto la ley navarra como la vasca están recurridas (aunque ahora habrá de tener en cuenta la ley 13/2005, de 1 de julio, que puede afectar a la resolución) y abiertas las cuestiones de inconstitucionalidad

de las 13 Comunidades Autónomas que han legislado sobre las parejas de hecho tienen competencia para hacerlo: Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Islas Baleares, País Vasco y Galicia⁸⁶⁸.

Para comprender bien la problemática hay que partir del artículo 149,1,8º de la Constitución, que regula como competencia exclusiva del Estado la legislación civil y, en todo caso, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. El mismo precepto añade que “en todo caso” corresponde al Estado la competencia sobre “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del Derecho foral o especial”. Según lo dispuesto sólo las Comunidades Autónomas en cuyo territorio existía un Derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución podían asumir competencias sobre la materia en orden a la conservación, modificación o desarrollo de sus derechos forales o especiales, mientras que las Comunidades Autónomas en las que no existía dicha tradición, carecen de competencia sobre la legislación civil, manteniéndose como única o exclusiva la del Estado. Por ello cabe distinguir entre Comunidades con competencia (las citadas, que la

relacionadas con los conflictos de leyes, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, pp.296 y ss y también RAMS ALBESA, J., “Perspectivas legislativas sobre las uniones estables en España”, en Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial, nº1, 2003, p.103.

⁸⁶⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, pp. 29-30 (quien no incluye ni a Valencia ni a Galicia) y MESA MARREÑO, C., *op.cit.*, p.78 (que incluye las 7 señaladas).

han incluido en sus respectivos Estatutos⁸⁶⁹) y las Comunidades sin competencia en la materia (el resto); estos últimos casos el legislador autonómico suele justificar su iniciativa al amparo de otras competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, tales como la asistencia y bienestar social o la orientación familiar, e invocando como base de su iniciativa, los principios constitucionales de igualdad, de promoción de los poderes públicos de la igualdad real y efectiva y de eliminación de todo tipo de discriminación, así como el de aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia. Pese a su extralimitación competencial, por esta causa no parecen generar problemas en la práctica, dada la existencia de la doctrina jurisprudencial reconocedora de compensaciones o indemnizaciones como consecuencia del cese de la convivencia, con fundamento, entre otros, en los principios generales ya vistos de prohibición de enriquecimiento injusto y de protección del conviviente perjudicado⁸⁷⁰.

Todas la Leyes autonómicas regulan, con o sin competencia para ello, los requisitos de las uniones estables de pareja⁸⁷¹, con

⁸⁶⁹ Lo que, a su vez, tampoco está exento de polémica interpretativa, por un lado, en cuanto al término “desarrollo” de los derechos forales o especiales, del artículo 149,1,8 (entendiendo finalmente que lo es) y, por otro, en cuanto a la conexión o no de las uniones estables a las instituciones contempladas en los derechos forales o especiales, lo que parece resolverse también en sentido positivo al ponerlas en conexión con el matrimonio y la familia; esto, a su vez, posibilita el planteamiento de un conflicto competencial con la reserva exclusiva del Estado prevista en el artículo 149,1, 8 en cuanto al sistema matrimonial y, en este caso, se sustenta la competencia de las Comunidades alegando que las uniones estables de pareja son un supuesto de hecho distinto del matrimonio, mientras que para la posición contraria se trataría de un estatuto cuasi-matrimonial, vid. MESA MARRERO, C., *op.cit.* pp.77 y ss y LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, pp.29-30 y 191-192; *vid.* también CAMARERO SUÁREZ, V., *op. cit.*, p.126, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op.cit.*, pp.292 y ss y PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op.cit.* pp.155 y ss.

⁸⁷⁰ LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.30 y MESA MARREÑO, C., *op.cit.*, p.82.

⁸⁷¹ En consecuencia, las parejas que no reúnan los requisitos, no los suscriban o no les resulte aplicable la correspondiente ley autonómica, constituyen las parejas “de hecho” *strictu sensu*, las auténticas “uniones libres”.

exigencias tanto coincidentes como diferentes entre sí⁸⁷². Así, por ejemplo, mientras que las ley catalana y la aragonesa requieren 2 años de convivencia ininterrumpida o constancia en escritura pública de la voluntad de acogerse a la ley, la valenciana y la madrileña exigen un año de convivencia ininterrumpida con inscripción en el Registro correspondiente; la navarra, un año de convivencia continuada o constancia en documento público de la voluntad de constituirse en pareja estable; la asturiana, un año de convivencia sin interrupción o constancia en documento público o inscripción en el Registro; la extremeña y la cántabra, un año de convivencia ininterrumpida o constancia en documento público, con decisión voluntaria de sometimiento a la ley e inscripción en el correspondiente Registro; la gallega, un año de convivencia continuada acreditado mediante inscripción en el Registro o constancia expresa en acta de notoriedad o en cualquier otro medio jurídicamente válido; la canaria, sólo un año de convivencia; la balear y la vasca, sin plazo mínimo de convivencia, sólo requieren la inscripción en el correspondiente Registro; y la andaluza, que también sin plazo de convivencia, exige, sin embargo, declaración de voluntad de constituir una pareja estable manifestada en el Registro correspondiente, ante un Alcalde, Concejal o funcionariado delegado o mediante escritura pública o cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho. Sólo algunas de ellas consideran también posible la constitución de parejas estables por la mera descendencia en común, sin plazos mínimos de convivencia⁸⁷³.

⁸⁷² Además de los requisitos de capacidad, prácticamente comunes y más prolijos en las leyes autonómicas más recientes, como los de mayoría de edad y capacidad para prestar consentimiento válido, ausencia de vínculo matrimonial o de otra pareja estable, o falta de parentesco en línea directa o colateral por consanguinidad o adopción.

⁸⁷³ Como las leyes catalana, navarra, asturiana, canaria, extremeña, cántabra y gallega.

Todas ellas hacen también referencia a las condiciones económicas de la convivencia y, en especial, a los efectos económicos derivados de su extinción, que pueden ser consecuencia directa de pacto *inter partes* o de resolución judicial (hecho más frecuente), en aplicación de los preceptos autonómicos correspondientes⁸⁷⁴. Parten de la independencia económica de los miembros de la pareja, salvo prueba en contrario, entendiéndose que, a falta de pacto, la contribución de cada conviviente debe ser proporcional a sus posibilidades y medios y, en buena lógica con la naturaleza de las parejas estables, respetan la autonomía de la voluntad de sus miembros, al reconocer y fomentar la libertad de pactos reguladores, entre otros aspectos, de la convivencia y de los efectos asociados a su extinción⁸⁷⁵. Entre estos últimos, la mayoría de las leyes autonómicas hacen referencia expresa a los económicos, como compensaciones o indemnizaciones y, en algunos casos, pensiones periódicas.

Las primeras son entendidas como prestaciones fundamentadas en el desequilibrio económico de las partes, cuando, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente y se haya generado por esta razón una situación de desigualdad entre los patrimonios que implique un enriquecimiento injusto.

Las segundas, nuevas en nuestro Derecho siguiendo el

⁸⁷⁴ O, en su caso, de los principios generales, ya señalados.

⁸⁷⁵ Una vez superada la doctrina jurisprudencial que consideraba nulos los pactos patrimoniales entre convivientes, por ilicitud de la causa en la que se fundaban, frente a la actual unanimidad doctrinal y jurisprudencial de su licitud, *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.35. En cualquier caso, los pactos deben respetar una serie de límites, como el general de no ser contrarios a las leyes, la moral ni el orden público (artículo 1255 del Código Civil) o los previstos en las leyes autonómicas, como el respeto a los derechos de naturaleza imperativa, a la igualdad de los convivientes, los derechos fundamentales y las libertades públicas, o los derechos de las partes y su dignidad, entre otro (*Ibid.* pp. 38-39).

modelo de la legislación australiana, son prestaciones económicas periódicas destinadas a cubrir adecuadamente el sustento del miembro de la pareja que lo necesite y están condicionadas al hecho de que la convivencia o el tener a su cargo a los hijos o hijas comunes haya disminuido la capacidad de obtener ingresos⁸⁷⁶.

La naturaleza jurídica de las primeras es claramente compensatorio-indemnizatoria, mientras que la de las segundas es considerada mixta, entre asistencial-alimenticia (necesidad de cubrir el sustento) y compensatoria (vinculación a la pérdida de oportunidades laborales y a la obtención de ingresos)⁸⁷⁷.

Además del reconocimiento de la libertad de pactar las prestaciones, común a todas las leyes reguladoras de la materia, con o sin competencia, algunas de ellas contienen una regulación imperativa de algunos aspectos, como el deber de alimentos de la normativa catalana, aragonesa y balear, que deviene una obligación *ope legis* y como el mínimo irrenunciable, previsto en las citadas leyes, por el que las pensiones y compensaciones sólo pueden ser renunciables a partir del momento en que son exigibles, de modo que no cabe reducir ni limitar mediante pacto dichos derechos legales, que sólo es posible mejorar o ampliar⁸⁷⁸. Esta regulación legal impositiva adoptada por comunidades con competencias para regular la materia (que podría resultar, en un principio, interesante a efectos

⁸⁷⁶ Tiene entre otras causas de extinción las de los alimentos y el plazo máximo de tres años según las regulaciones catalana, navarra y balear.

⁸⁷⁷ Vid. LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.*, pp.115 y ss; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, pp.46 y ss y 142 y ss y MESA MARRERO, C., *op.cit.*, pp.202 y ss. Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Reconocimiento de pensiones...”*cit.*, p.239, en el segundo caso no se trata de prestaciones alimenticias.

⁸⁷⁸ LÓPEZ AZCONA, A., *Ibid.*, p.117 y LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *Ibid.* pp.39 y ss y 139 y ss.

penales) es considerada en términos civiles como problemática, por entender que afecta y limita a la libertad de desvinculación que caracteriza a las uniones estables⁸⁷⁹.

II.- 2. c. 1) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas de Aragón

La Ley aragonesa de parejas estables, para la que tiene competencia la Comunidad Autónoma, resulta aplicable, según su artículo 1º, a las personas que cumpliendo los requisitos formen parte de una relación de afectividad análoga a la conyugal, considerando el artículo 3º que hay pareja estable no casada cuando haya habido convivencia marital durante un periodo ininterrumpido mínimo de dos años o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

La convivencia, los derechos y las obligaciones de la pareja pueden regularse mediante convenio recogido en escritura pública, siempre sin perjuicio de los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y sin contradecir las normas imperativas aragonesas. En defecto de pacto, los miembros de la pareja deben contribuir a los gastos comunes en proporción a sus ingresos respectivos o de acuerdo a sus respectivos patrimonios, sin perjuicio de la

⁸⁷⁹ Por lo que se ha llegado a cuestionar su constitucionalidad, *vid.* en este sentido DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...cit.*, pp.305 y ss y GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La unión libre...cit.*, pp.31 y 32 y *Las uniones libres...cit.*; “Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”, *La Ley*, nº 5791, año XXIV, 29 de mayo de 2003, ref. D-127, pp.1528 y ss y “Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, *La Ley*, nº 5861, año XXIV, 1 de octubre de 2003, ref. D-214, pp.1849 y ss, para quien estas prestaciones económicas deberían responder siempre al presupuesto del enriquecimiento injusto.

conservación de la propiedad, administración y disfrute de los bienes propios⁸⁸⁰.

En su artículo 13 se reconoce el derecho de alimentos mutuos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas.

Como efectos económicos derivados de la extinción en vida de la pareja están expresamente previstos tanto la compensación económica (para el conviviente perjudicado, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial para uno de los miembros, que implique enriquecimiento injusto⁸⁸¹), como la pensión para el sustento, cuando el cuidado de los hijos comunes impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente⁸⁸².

La reclamación de las prestaciones económicas mencionadas deberá hacerse en el plazo máximo de un año desde la extinción de la pareja estable ⁸⁸³ y ambas deberán ponderarse equilibradamente en razón de la duración de la convivencia (artículo 7).

⁸⁸⁰ Entendiendo como gastos comunes los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos convivientes (comunes o no) incluyendo el derecho a alimentos, educación, atención médico-sanitaria y vivienda.

⁸⁸¹ Siempre que se haya contribuido económicamente o con el propio trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o de los privativos del otro, o cuando, sin retribución o con retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o a los hijos comunes o del otro.

⁸⁸² Extinguiéndose el derecho cuando cese el cuidado de los hijos o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen.

⁸⁸³ Teniendo en cuenta que la separación de más de un año es causa de extinción de la pareja (artículo 6).

II.- 2. c. 2) La Ley Foral 6/2000, 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables de Navarra

Esta Ley foral, también competente para regular la materia, establece en su artículo 2º que considera pareja estable a la unión libre y pública de dos personas, en relación de afectividad análoga a la conyugal que, con independencia de su orientación sexual, hayan convivido maritalmente un período mínimo de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o que hayan expresado su voluntad de constituir pareja estable en documento público.

Las partes pueden pactar su convivencia, derechos y obligaciones, incluyendo las compensaciones económicas en caso de disolución, mediante documento público o privado, pero siempre con respeto a los derechos mínimos contemplados por la Ley foral, que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. En defecto de pacto, los miembros de la pareja deben contribuir en proporción a sus posibilidades al mantenimiento de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal (artículo 5)⁸⁸⁴.

En este caso también están expresamente previstos, como efectos económicos del cese de la convivencia, la pensión periódica y la compensación económica (artículo 5). La primera, para atender adecuadamente al sustento del miembro de la pareja que lo necesite, si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si el cuidado de los hijos o hijas comunes le hubiera impedido realizar actividades laborales o las dificultara seriamente, pudiendo modularse en la medida en que “el

⁸⁸⁴ Mediante el trabajo doméstico, la colaboración personal o la profesional o patrimonial.

desequilibrio que compensa” disminuya o desaparezca ⁸⁸⁵ . La compensación económica podrá reclamarse, a su vez, en caso de haberse generado una situación de desigualdad patrimonial para uno de los miembros que implique enriquecimiento injusto, por haber trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente⁸⁸⁶.

La reclamación de las prestaciones económicas mencionadas deberá hacerse en el plazo de un año desde el cese de la convivencia⁸⁸⁷.

II.- 2. c. 3) La Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho de Valencia

Una de las leyes autonómicas de parejas estables más concisa y de redacción más abierta a los pactos es la valenciana⁸⁸⁸, que extiende su ámbito de aplicación a las personas que convivan de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable con una relación de afectividad⁸⁸⁹, por un tiempo mínimo de doce meses, siempre que voluntariamente se sometan a la misma, mediante la

⁸⁸⁵ En el supuesto de que la convivencia haya disminuido la capacidad de obtener ingresos, la obligación se extingue en el plazo de tres años a contar desde la fecha de pago de la primera pensión; también puede extinguirse por las causas generales del derecho de alimentos, por contraer matrimonio o convivir maritalmente y, cuando los hijos e hijas sean mayores de edad o se mancipen, salvo incapacidad.

⁸⁸⁶ El pago de la compensación se hará efectivo en el plazo máximo de tres años (con el interés legal) pudiendo pagarse en metálico o con bienes del conviviente obligado.

⁸⁸⁷ Teniendo en cuenta que el cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año es causa de disolución (artículo 3,e).

⁸⁸⁸ Complementada por el Decreto 61/2002, de 23 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley.

⁸⁸⁹ Sin especificar que sea análoga a la conyugal.

inscripción en el Registro correspondiente de la Comunidad (artículo 1).

Conforme a su artículo 4, los miembros de la pareja podrán regular tanto su relación como los efectos del cese de su convivencia, mediante pactos que consten en escritura pública, sin que en ningún caso puedan ser contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos de cada conviviente, ni gravemente perjudiciales para uno de ellos, teniendo en cuenta, además, que según el artículo 4 los pactos sólo surten efectos entre las partes firmantes, sin poder perjudicar a terceros.

A falta de pacto, según el citado precepto, se presume, salvo prueba en contrario, la contribución equitativa de los miembros de la unión al sostenimiento de las cargas de ésta, en proporción a sus recursos.

Por lo demás, a diferencia de las leyes vistas hasta ahora, la valenciana no hace referencia alguna a los efectos económicos derivados de la extinción de las parejas, como son generalmente las pensiones alimenticias o las prestaciones compensatorias. Como causa de extinción regula la separación de hecho, eso sí de modo distinto, puesto que en este caso basta que sea por un periodo de tiempo sólo superior a los seis meses (artículo 6,d)).

II.- 2. c. 4) La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid

La regulación madrileña de uniones de hecho dice sustentarse en su Estatuto de Autonomía, en los artículos 14 y 9 de la Constitución y en la normativa relativa a su propio Registro

autonómico de 1995⁸⁹⁰, en espera, según su Exposición de Motivos, de la correspondiente ampliación del Código Civil a las mencionadas situaciones.

Como la ley valenciana, su ámbito de aplicación se extiende a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, por un periodo ininterrumpido de doce meses y existiendo entre ellas una relación de afectividad⁸⁹¹, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma, mediante la inscripción en el Registro de la Comunidad (artículo 1).

Los miembros de la unión pueden regular su relación y los efectos del cese de su convivencia mediante pactos que consten en escritura pública, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos de cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, teniendo en cuenta que sólo pueden surtir efectos entre las partes firmantes y que nunca podrán perjudicar a terceros. (artículo 4). A falta de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, la contribución equitativa de los miembros de la unión al sostenimiento de las cargas de ésta, en proporción a sus recursos.

En este caso la ley reconoce expresamente que los miembros de la pareja puedan acordar compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia, se produzca desequilibrio económico en uno de los convivientes que implique un

⁸⁹⁰ Decreto 36/1995, de 20 de abril, desarrollado por la Orden 827/1995, de 25 de abril, de la Consejería de Integración Social. El Registro se adscribió a la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas el 1 de septiembre de 2002, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

⁸⁹¹ Sin especificarse si la *affectio* ha de ser *maritalis*.

empeoramiento respecto de la situación anterior, para cuya valoración habrá de tenerse en consideración, según el artículo 4,2, las circunstancias del artículo 97 del Código Civil⁸⁹².

II.- 2. c. 5) La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Baleares.

La Ley balear fue elaborada, según manifiesta su Exposición de motivos, en consonancia con la Compilación de Derecho Civil balear, dentro de su marco competencial y con base en la normativa comparada, estudios sociológicos y consultas a entidades representativas, que sin suponer “en ningún momento una copia adulterada de la figura tradicional del matrimonio, constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables, en el cual se ha eliminado cualquier discriminación por razón de la orientación sexual de éstas, y que descansa en un evidente consenso social”.

El artículo 1º establece su ámbito de aplicación entendiendo que son parejas estables las uniones de personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que estén debidamente registradas, sin exigencia de ningún plazo mínimo de convivencia⁸⁹³.

Los miembros de la pareja pueden regular válidamente su

⁸⁹² La unión se extingue, también en este caso, por separación de hecho de más de seis meses (artículo 6,d).

⁸⁹³ En la Disposición Adicional segunda se establece que los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de les Illes Balears se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable.

convivencia y sus relaciones, sus derechos y obligaciones, de cualquier forma admitida en Derecho, vía oral o escrita, así como las compensaciones económicas tras el cese de la convivencia, siempre con el límite del respeto a los derechos mínimos que establece la presente ley, que se consideran irrenunciables hasta el momento en que son exigidos. En defecto de pacto, los convivientes deberán contribuir a las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, conservando cada uno el dominio, disfrute y la administración de sus bienes respectivos⁸⁹⁴.

En el artículo 6º se reconoce a los miembros de las parejas estables el derecho de alimentos que, según el precepto, puede reclamarse con prioridad sobre cualquier otra persona obligada legalmente.

Entre los efectos del cese de la convivencia están previstos normativamente los de carácter económico que los miembros de la pareja pueden reclamarse, como el pago de una pensión periódica o el de compensación económica.

La primera, para atender adecuadamente al sustento, en caso de necesidad, siempre que la convivencia haya disminuido la capacidad de obtener ingresos a una de las partes o lo haya impedido o dificultado seriamente el cuidado de los hijos comunes a su cargo (artículo 9). La pensión puede modificarse y también extinguirse con el cambio de las circunstancias que la produjeron (artículo 10,2 y 3)⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Entendiendo como contribución el trabajo para la familia y como gastos para el sustento de las cargas familiares: los necesarios para el mantenimiento de la pareja e hijos comunes y no comunes convivientes (de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja) y, especialmente, los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio (artículo 5,2,a).

⁸⁹⁵ Derecho que se extingue en el plazo de tres años (a contar desde la fecha del

La compensación económica, cuando la convivencia haya supuesto una desigualdad patrimonial entre ambos miembros que implique enriquecimiento injusto⁸⁹⁶.

En ambos casos la pensión y la compensación deberán reclamarse de forma conjunta, para su adecuada ponderación, en el plazo de un año desde la extinción de la pareja⁸⁹⁷.

II.- 2. c. 6) La Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias

La normativa asturiana considera parejas estables a toda unión libre y pública en una relación de afectividad análoga a la conyugal, independientemente de su sexo, con una convivencia ininterrumpida mínima de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso basta la mera convivencia, sin plazo, o salvo manifestación en documento público de la voluntad de constituir la pareja o inscripción en el correspondiente Registro autonómico (artículo 3).

También aquí se hace referencia breve a la posibilidad que los miembros de la pareja estable tienen de regular mediante pactos su convivencia (derechos y deberes) y los efectos derivados de su

primer pago), por las causas generales de extinción de los alimentos, por contraer matrimonio o vivir maritalmente con otra persona, o por mayoría de edad o emancipación de los hijos, salvo incapacitación.

⁸⁹⁶ Siempre que 1) el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o de los privativos del otro; 2) o que se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a trabajar para la familia (artículo 10,4). El pago deberá hacerse efectivo en un plazo máximo de tres años, con el interés legal correspondiente, en metálico o en bienes.

⁸⁹⁷ Teniendo en cuenta que el artículo 8,1,c) prevé como causa de extinción la del cese efectivo de la convivencia durante un periodo superior al año.

crisis como, según mención legal expresa, las compensaciones económicas, pudiendo hacerlo mediante documento público o privado, siempre con el debido respeto a la legalidad aplicable, y sin que tales pactos puedan perjudicar a terceras personas (artículo 5)⁸⁹⁸.

II.- 2. c. 7) La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía

Según el artículo 3,1 de la Ley andaluza de parejas de hecho⁸⁹⁹, los requisitos para su apreciación son los de unión de dos personas con el fin de convivir de forma estable en una relación de afectividad análoga a la conyugal y declaración de su constitución, como tal, mediante el otorgamiento de escritura pública, o por cualquier otro medio legal, o mediante la inscripción en el correspondiente Registro autonómico.

La libertad de pactos que las parejas estables tienen para regular sus relaciones personales y patrimoniales viene expresamente prevista, de forma detallada, en los artículos 7 y 10, con los límites del respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de sus integrantes.

Entre los diferentes aspectos objeto de pacto, la ley permite

⁸⁹⁸ La disolución puede darse con el cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año, según el artículo 4,1,e).

⁸⁹⁹ En su Exposición de Motivos dice nacer “desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias elecciones personales y patrimoniales, sin sujetarlas a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica” (siguiendo el principio de intervención pública mínima). Su artículo 4,e) establece que las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán el reconocimiento y la protección de las parejas de hecho, entre otras formas, informando en medios educativos y de proyección social sobre la coexistencia de diversos modelos de unidad de convivencia.

acordar para el cese de la convivencia, sólo compensaciones económicas, cuando se produzca un desequilibrio económico para una de las partes que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia)⁹⁰⁰.

II.- 2. c. 8) La Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho de Canarias

Su ámbito de aplicación, establecido en el artículo 1º, se extiende a las personas que convivan en pareja de forma, pública y notoria, vinculadas de forma estable y con relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante un período ininterrumpido de doce meses, bastando la mera convivencia cuando la pareja tenga descendencia común.

Esta ley remite también a la regulación por la pareja mediante pacto de su convivencia y sus relaciones (derechos y obligaciones), pudiendo hacerlo de cualquier forma admitida en derecho, verbal o escrita, aunque el artículo 7,2 exige su constancia en escritura pública o en otro documento que reúna condiciones de autenticidad⁹⁰¹. En defecto de pacto, se presume, salvo prueba en contra, que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes, en proporción a sus ingresos o patrimonios respectivos (artículo 7)⁹⁰².

Como efecto económico derivado del cese de la convivencia

⁹⁰⁰ El artículo 12,1,e) establece como causa de extinción el cese convivencial por un plazo superior al año.

⁹⁰¹ Pudiendo inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas de Hecho canario (artículo 8,1).

⁹⁰² Contribuyendo con el trabajo doméstico o con sus propios recursos.

en este caso también sólo existe la referencia, prevista en el artículo 7,1) a las compensaciones económicas que puedan acordarse, teniendo en cuenta que la relación deberá entenderse extinta tras un período de más de seis meses de separación de hecho (artículo 9,1,d)).

II.- 2. c. 9) La Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura

Comienza su articulado con el reconocimiento expreso del que denomina “principio de no discriminación” por razón del grupo familiar de pertenencia, que puede tener su origen en la filiación, el matrimonio o la pareja de hecho, con independencia de su sexo; en el artículo 2º determina que las parejas de hecho son las uniones estables, libres, públicas y notorias en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con una convivencia interrumpida de al menos un año, salvo que tengan descendencia común, en cuyo caso basta la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir pareja estable en documento público, siempre que hayan decidido voluntariamente someterse a la ley mediante inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad⁹⁰³.

Se establece que los miembros de la pareja pueden regular válidamente su convivencia, sus relaciones (derechos y obligaciones) en escritura pública y, en defecto de pacto, se presume, salvo prueba

⁹⁰³ Complementada por el Decreto 35/1997, de 18 de marzo, regulador del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad (desarrollado por la Orden de 14 de mayo de 1997 de la Consejería de Bienestar Social). En su Exposición de motivos la Ley se presenta como “una como respuesta clara, desde esta Comunidad Autónoma, a una demanda realizada por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de reconocer esta fórmula de convivencia en el marco del derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona”.

en contra, que los miembros de la pareja contribuyen al sostenimiento de las cargas en proporción a sus recursos (artículo 6)⁹⁰⁴.

El artículo 7 sólo prevé la posibilidad de reclamación de una compensación económica en el supuesto de extinción en vida de la pareja, para el caso en que la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial que implique enriquecimiento injusto para el conviviente que sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente⁹⁰⁵.

II.- 2. c. 10) La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco

La Comunidad Autónoma del País Vasco, competente para regular la materia, tiene declarado en el artículo 1º de la ley que su objeto es el que denomina “principio de no discriminación” por el que nadie en Euskadi puede ser discriminado en razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo⁹⁰⁶.

Según el artículo 2º, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas que se encuentren

⁹⁰⁴ El artículo 6,4 dictamina que tales pactos (a petición de ambas partes) pueden inscribirse en el Registro, pero teniendo efectos sólo para las partes y sin que puedan perjudicar a terceros.

⁹⁰⁵ Entre las causas de disolución de la pareja se regula el cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año (artículo 5,1,c)).

⁹⁰⁶ En su amplia Exposición de Motivos se explicita el principio a la libre constitución de modelos familiares distintos al tradicional.

ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo, y, sin un plazo mínimo de convivencia, estén inscritas en el Registro de Parejas de Hecho, pues en otro caso no les resulta aplicable la Ley⁹⁰⁷.

Los miembros de la pareja pueden regular sus relaciones personales y patrimoniales mediante documento público o privado, estableciendo sus derechos y obligaciones y, en defecto de pacto expreso, podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan, debiendo prever dichas cláusulas tanto la contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal⁹⁰⁸, como los efectos del cese, entre otros, las prestaciones económicas derivadas, como la pensión periódica o la compensación económica⁹⁰⁹.

La pensión periódica se entiende para atender adecuadamente al sustento del conviviente necesitado (si la unión le hubiera disminuido su capacidad de obtener ingresos o si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidiera o dificultara seriamente la realización de actividades laborales).

La compensación económica resulta prevista a favor del miembro de la unión que sin retribución o con retribución insuficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro, cuando por las razones señaladas se haya generado una situación de

⁹⁰⁷En ella se crea el Registro autonómico (artículo 4).

⁹⁰⁸Considerándose contribución el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o empresa del otro, siempre en proporción a los ingresos o patrimonios respectivos.

⁹⁰⁹ Llama la atención que el artículo 18 no regule entre las causas de extinción la de separación de hecho por un plazo determinado, como hacen el resto de las Leyes autonómicas.

desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto⁹¹⁰.

II.- 2. c. 11 La Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria

Su artículo 1º condiciona la regulación de las parejas cántabras a su acuerdo de constitución y a su inscripción en el Registro de la Comunidad⁹¹¹, mientras que el artículo 4 regula los requisitos exigibles, siendo éstos los de uniones estables, libres, públicas y notorias, que, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, hayan convivido interrumpidamente al menos un año, o hayan tenido descendencia común o hayan expresado su voluntad de constituir pareja de hecho en documento público, siempre que voluntariamente se hayan inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad y con independencia de su orientación sexual.

Los miembros de la pareja pueden establecer, en escritura pública, los pactos que consideren convenientes para regular su convivencia y la liquidación de la misma tras su cese y, en defecto de pacto, la ley presume, salvo prueba en contrario, que los componentes de la pareja contribuyen al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes en proporción a su aportación económica o trabajo personal (artículo 6)⁹¹².

⁹¹⁰ El artículo 12 regula expresamente el recurso a la mediación según la normativa correspondiente (Ley 1/2008, de 8 de febrero).

⁹¹¹ Creado por el artículo 3º de la Ley. Entre los principios generales establecidos en el artículo 2º (como guías de las actuaciones de la Administración cántabra) destacan los de igualdad y no discriminación por razón del modelo de familia, el de autonomía de cada componente de la pareja y el de información en los ámbitos educativos y de proyección social sobre la coexistencia de diferentes modelos familiares.

⁹¹² Tales pactos pueden inscribirse en el Registro de Parejas, a petición de ambos miembros (artículo 8,4) y los efectos son sólo entre las partes, sin que puedan

En caso de disolución en vida de la pareja, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre los convivientes que implique enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte (artículo 9)⁹¹³.

II.- 2. c. 12) La Ley 2/2006, de 4 de junio, de Derecho Civil de Galicia

La Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de junio⁹¹⁴, competente para regular también las parejas de hecho, destina la Disposición Adicional Tercera a equiparar las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia al matrimonio, extendiendo a los miembros de la pareja de hecho los derechos y las obligaciones que la Ley reconoce a los cónyuges.

Para el Derecho gallego tiene la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el Registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en Derecho, siendo suficiente con acreditar la convivencia en caso de tener hijos en común⁹¹⁵.

perjudicar a terceros.

⁹¹³ Entre las causas de disolución está contemplado el cese efectivo de la convivencia por un periodo superior a un año (artículo 12,1,f)).

⁹¹⁴ Que sustituye a la Compilación de 1995 que, a su vez, había sustituido a la primera Compilación gallega, de 1963.

⁹¹⁵ La redacción es fruto de la modificación de la citada Disposición Adicional Tercera, realizada por Ley 10/2007, de 28 de junio, que añade a la voluntad

Los miembros de la unión podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos, siendo nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición⁹¹⁶.

II.- 2. c. 13) La Ley 25/2010, de 29 de julio, que regula el Libro II del Código civil de Cataluña

En Cataluña, con competencia para ello, las uniones estables de pareja estuvieron reguladas por la Ley 10/1998, de 15 de julio, que fue la primera, mientras el matrimonio lo estuvo por Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia; ambas fueron modificadas por la Ley 3/2005, de 8 de abril (en materia de adopción y tutela) y en la actualidad las “parejas estables” están reguladas en el Capítulo IV del Libro II del Código civil de Cataluña, conforme a la reciente Ley 25/2010, de 29 de julio, a continuación del matrimonio.

Los requisitos establecidos para la existencia de una pareja estable son: la convivencia en una comunidad de vida análoga a la matrimonial por un periodo mínimo ininterrumpido de dos años, formalización de la relación mediante escritura pública o tener un hijo durante la convivencia (artículo 234,1 y 1º de la Ley de 1998).

expresa de equiparación con el matrimonio, el requisito de la acreditación de un plazo mínimo (un año) de convivencia.

⁹¹⁶ En la Disposición Final se establece el plazo para la aprobación de la normativa del Registro de Parejas de Hecho de Galicia, que tendrá carácter constitutivo y en el que se inscribirán necesariamente las declaraciones formales de constitución de parejas de hecho, las modificaciones y las extinciones. El Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, ha creado y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

La Ley regula la libertad de pactos, tanto para la convivencia (artículo 234,3) como en previsión del cese de la misma (artículo 234,5)⁹¹⁷ o para los acuerdos a los que lleguen los convivientes tras el cese de su convivencia (artículo 234,6), que pueden someter a la aprobación de la autoridad judicial, como propuesta de convenio.

Entre los efectos derivados de la extinción de la pareja estable están previstas la “compensación económica por razón de trabajo” (artículo 234,9) y la prestación alimentaria (artículo 234,10). Ambos derechos prescriben en el plazo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable y, si procede, deben reclamarse en el mismo procedimiento en el que se determinen los demás efectos (artículo 234,13)⁹¹⁸.

La “compensación económica por razón de trabajo” está prevista como derecho para cuando uno de los convivientes haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro o directamente para el otro (sin retribución o con retribución insuficiente), siempre y cuando en el momento del cese de la convivencia el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior.

A diferencia de las crisis matrimoniales, respecto de las cuales sólo se derivan prestaciones compensatorias (artículo 233-14 y

⁹¹⁷ Pudiendo pactar en escritura pública los efectos de la extinción.

⁹¹⁸ Ya no es causa de extinción la separación de más de un año (viejo artículo 12,d), sino “el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida” (nuevo artículo 234,4,1ª)). No hay que olvidar la Ley catalana de 18/2003, de 4 de junio, en apoyo a las familias, establece un Fondo de Garantía de pensiones alimenticias y/o compensatorias que afecta también a las uniones estables, *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.158.

ss)⁹¹⁹, para la extinción en vida de las parejas estables la Ley regula también las prestaciones alimentarias, cuando uno de los convivientes lo necesite para atender adecuadamente a su sustentación, siempre que: la convivencia haya reducido su capacidad de obtención de ingresos y cuando tenga la guarda de los hijos comunes en circunstancias de disminución de su capacidad de obtención de ingresos. No son eficaces los pactos de renuncia a este tipo de prestaciones en la medida en que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente con derecho a pedir (salvo incorporación a propuesta de convenio y sometimiento a aprobación por la autoridad judicial).

II.- 2. d. La intervención judicial en el reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja: su regulación procesal

Frente a la pluralidad civil/autonómica de las parejas estables, los procedimientos destinados a encauzar sus reclamaciones tienen una regulación procesal unitaria, común para todo el Estado (artículo 149,1,6° de la Constitución) y además, general (no especial) a diferencia de la prevista para los conflictos matrimoniales.

Las cuestiones que se plantean en las crisis de las parejas estables son muy similares y a la vez distintas de las planteadas en las matrimoniales. Por un lado, son similares dado que, generalmente, en ellas hay que decidir sobre la disposición de la vivienda común, la liquidación patrimonial, con inclusión, en su caso, de las prestaciones

⁹¹⁹ Aunque el matrimonio también conlleva el derecho/deber de alimentos (artículo 237-1 a 237-14), que ya no tienen las parejas estables, pese a haberlos tenido reconocidos anteriormente (artículo 8 de la Ley de 1998).

económicas correspondientes y, si hubiese hijos menores, también sobre los términos de la guarda y del régimen de visitas. Por otro lado, son diferentes por su distinta mecánica de disolución y por el papel que en ellas tienen los jueces. Mientras que éstos, en concreto los de familia, deben siempre declarar la separación, la nulidad o el divorcio, sin que quepa otro camino que el del correspondiente procedimiento matrimonial para lograr también el reconocimiento de los efectos derivados, incluido el de las prestaciones económicas, no existe, ni cabe, una intervención judicial similar en la extinción de las uniones estables. En este caso, los jueces no tienen competencia para declarar la disolución de la pareja, que es sólo fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y suele formalizarse por la vía de los Registros de las parejas estables. Su función se limita a resolver sobre lo acordado por los convivientes e incumplido por uno de ellos y, en defecto de pacto, que es el caso más frecuente, a decidir sobre los todos los efectos que puedan derivarse (incluidas las prestaciones económicas) en aplicación de la correspondiente normativa autonómica competente o de los principios generales.

Pese a la diferente intervención judicial en las crisis de las uniones estables y en las matrimoniales, la similitud de los problemas que se suscitan en ambos casos podría, sin embargo, fundamentar un tratamiento procesal común. Pero lo cierto es que, hasta ahora, ni el legislador ni la jurisprudencia han adoptado el criterio de un encauzamiento procesal compartido o conjunto. El primero, porque hasta el momento no ha optado por aprobar definitivamente una regulación específica de la materia⁹²⁰ y porque tampoco ha permitido

⁹²⁰ Según parece, en la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, el grupo parlamentario catalán en el Congreso propuso la enmienda 68 en la que se pretendía la modificación del artículo 748,4 de la Ley de Enjuiciamiento, para introducir en su texto los procedimientos relativos a las parejas de hecho, tratando de eliminar el agravio comparativo existente en la actualidad para dichas uniones,

compartir la normativa prevista para el matrimonio; la segunda, por haberse negado a aplicar los preceptos matrimoniales a los conflictos de las parejas estables y por haberles aplicado efectivamente sólo la legislación procesal-civil general⁹²¹.

El cauce procesal, antes y después de las leyes autonómicas, es el del procedimiento declarativo correspondiente en función de la cuantía⁹²² aunque, en la práctica, resulta a veces preciso multiplicar los procedimientos. En tales casos se tendrá que optar entre combinar la vía del declarativo ordinario y la paralela del juicio verbal (para ventilar las especialidades de los artículos 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o seguir dos procedimientos distintos, uno especial ante los juzgados de familia, para las cuestiones que afectan a los hijos y otro declarativo ordinario, para sustanciar y regular las cuestiones relativas a la ruptura de la pareja. Ello ha sido criticado por la doctrina por considerar que lo lógico sería poder resolver todas las cuestiones en un solo procedimiento, sin tener que multiplicar la actividad procesal y las cargas que ello conlleva⁹²³, por lo que solicita una reforma procesal que regule de manera conjunta los problemas

que deben acudir a dos procedimientos distintos para dirimir sus conflictos. La enmienda fue rechazada por existir Propositiones de Ley pendientes sobre la regulación de las parejas de hecho, en alusión a las expuestas, ya conocidas, *vid.* MASCARELL NAVARRO, M.J., *op.cit.*, pp.370-371.

⁹²¹Salvo en lo referente a los hijos menores, en atención al principio constitucional y civil de igualdad en materia de filiación, *vid.* PÉREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, pp.205 y ss y 225.

⁹²² Según la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: verbal y ordinario. Durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior los juicios de las rupturas de los convivientes se resolvían por la vía del juicio de menor cuantía, según LÓPEZ AZCONA, A., *op.cit.* p.38.

⁹²³Aunque alguna sentencia de Audiencia ha admitido la acumulación de todas las actuaciones al no existir ningún óbice competencial para ello, dada la inexistencia en el partido judicial de juzgados especializados de familia, según PEREZ UREÑA, A.A., *op.cit.*, p.225.

derivados de las crisis de las uniones estables⁹²⁴.

Cabe añadir que los miembros de las uniones estables de pareja no pueden instar medidas provisionales, a tenor de lo establecido por el artículo 104 del Código Civil, por referirse el precepto sólo a las causas conyugales de separación, divorcio y nulidad⁹²⁵. Es posible la ejecución provisional de la sentencia definitiva no firme, sin necesidad de prestar fianza ni caución, puesto que una vez solicitada, debe ser despachada, salvo que sea inejecutable o no contenga pronunciamiento alguno de condena⁹²⁶.

Como vía complementaria de resolución de conflictos familiares y de pareja no hay que olvidar mencionar la mediación que, ante la ausencia de una normativa estatal, está siendo regulada mediante Leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas, en las que se incluyen las uniones estables de pareja junto a los matrimonios⁹²⁷.

⁹²⁴ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *op.cit.* pp.385 y ss; LOPEZ AZCONA, A., *op.cit.* p.37; PÉREZ UREÑA, A.A., *Ibid.*, pp.219 y ss; REINA, V. y MARTINELL, J.M., *op.cit.*, pp.3 y ss y VILALTA NICUESA, A.E., *op.cit.*, p.22.

⁹²⁵ Aunque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita la adopción de medidas cautelares relacionadas exclusivamente con la guarda y custodia de los hijos o alimentos reclamados en nombre de los hijos menores (artículo 770,6), *vid.* ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Ibid.* p 170. Por su lado, PÉREZ UREÑA, A.A. *Ibid.* pp.215 y 226 mantiene la posibilidad de homologar los acuerdos de los convivientes por la vía transaccional o acudiendo a las normas de la jurisdicción voluntaria.

⁹²⁶ Y una vez despachada, el condenado podrá ejercer su derecho de oposición si entiende que no concurren los presupuestos legales correspondientes (artículos 525 y 774,5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), según PÉREZ UREÑA, A.A., *Ibid.*, p.230.

⁹²⁷ *Vid. infra* p.282 y Nota 484.

Capítulo III. Reflexión en torno a la hipotética criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

Introducción

Una vez expuestos en los Capítulos anteriores la importancia sociológica de las uniones estables y el estado actual del reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales derivados de sus crisis, dedicamos este Capítulo III° al desarrollo de nuestra reflexión político-criminal sobre una hipotética inclusión en el artículo 227 del Código penal de los impagos relacionados con estas parejas.

Para explicar nuestro planteamiento hemos subdividido el Capítulo en dos partes.

En la primera exponemos las razones que posibilitan y aconsejan una revisión de la vigente criminalización de los impagos respecto de los asociados a la extinción de las parejas estables.

En la segunda, aportamos los argumentos que, en nuestra opinión, avalan la continuidad en su no criminalización, en coherencia con nuestra interpretación restrictiva del delito de impagos asociados a las crisis matrimoniales, que hemos desarrollado en la Parte II^a de esta investigación.

III.- 1. Razones para una hipotética criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

Tras la moderna criminalización de los impagos derivados de las crisis matrimoniales en 1989, desde el ámbito doctrinal se hicieron algunas menciones a favor de la equiparación de los impagos

asociados a los diferentes modelos de pareja⁹²⁸, aunque también se realizó alguna otra señalando la irrelevancia penal de las uniones estables⁹²⁹.

Tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, las referencias no han sido muy frecuentes ni muy explícitas, pero hay quien ha subrayado la existencia en el delito de impagos de una “laguna normativa”, que quebranta el principio de igualdad, en referencia a las uniones estables⁹³⁰; quien ha reseñado la desprotección penal que en él tienen los miembros de las parejas de hecho, frente a los matrimonios⁹³¹; y quien ha llegado a proponer directamente la equiparación penal completa de las parejas, matrimonios y uniones estables, a los efectos del artículo 227 del Código penal⁹³².

⁹²⁸ GÓMEZ PAVÓN, P., “Comentario...”*cit.*, p.922 y “El impago...”*cit.*, p.299, haciendo referencia a las personas unidas por “análoga relación de afectividad” (“discriminación incomprensible”, también en relación a los hijos) y POLAINO NAVARRETE, M., “Impago de prestación...”*cit.*, p.819, quien aludía a una “flagrante discriminación” contraria a las relaciones de análoga afectividad (y a los hijos). *Vid.* también FERNÁNDEZ PINÓS, J.E. y FRUTOS GÓMEZ, C., *op.cit.*, p.275.

⁹²⁹ FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., *Análisis...cit.*, p.257, para quien de ello se deriva la improcedencia de aducir tratamiento discriminatorio.

⁹³⁰ POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 1996, p.319 y SANZ MORÁN, C., *op.cit.*, p.1631.

⁹³¹ LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos...cit.*, p.58 y *Comentarios...cit.*, p.1267; también QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial cit.*, 3ªedición, 1996, p.281 y 6ª edición, 2010, p.383, favorable a integrarlas en la protección penal de los derechos y deberes familiares.

⁹³² VELA SÁNCHEZ, A.J., *op.cit.* p.157, en su *Propuesta de ley de medidas de protección integral de las familias monoparentales*, propone un artículo 22, contra los deberes familiares cuyo texto dice así: “En caso de incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, del deber de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de descendientes o cónyuge que se hallen necesitados, o en el supuesto de impago de prestaciones acordadas judicialmente en los casos de separación, divorcio, nulidad del matrimonio, **o ruptura de la unión de hecho**, el Juez, sin perjuicio de la sanción penal que en su caso proceda, recabará el auxilio del órgano competente para la realización de una inspección fiscal exhaustiva sobre la situación económica del demandado” (énfasis nuestro).

Partiendo del diferente tratamiento penal otorgado a los impagos de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales y a los asociados a la extinción de las uniones estables, pensamos que en algún momento de la evolución de ambos modelos de pareja habrá que cuestionar el merecimiento, la necesidad o la posibilidad de una equiparación de las parejas, también en este ámbito del delito de impagos familiares y derivados de las relaciones familiares.

¿Por qué no una revisión, ahora, en el actual contexto de 2011, tan diferente al de 1989 y al de la aprobación del Código de 1995, tras más de veinte años de importante desarrollo de las uniones estables y de criminalización en exclusiva de los impagos asociados a las crisis matrimoniales?

Debemos subrayar, no obstante, la inexistencia de reivindicación social o de demanda judicial o doctrinal muy explícitas a favor de la ampliación, en este caso, de la criminalización de los impagos, como las que se dieron en su momento a propósito de las crisis matrimoniales. Hay que añadir nuestro adelanto a la probable existencia de una legislación estatal de uniones estables de pareja, que hay quien calcula para la presente década⁹³³.

Las razones concretas que, en nuestra opinión, posibilitan y aconsejan una revisión de la vigente criminalización de los impagos en relación a las uniones estables son:

1. La relevancia social de éstas.
2. Otras equiparaciones de las parejas ya operadas en el

⁹³³ RAMS ALBESA, J. *op.cit.*, p.121 y GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “Matrimonio y uniones libres...”*cit.* sin precisar fecha.

ámbito penal.

3. El reconocimiento de derechos económicos y asistenciales asociados a sus crisis.

4. La similitud de las problemáticas subyacentes.

5. La factible inclusión en el artículo 227 del Código penal de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja, tras la correspondiente resolución judicial.

III.- 1. a. De la irrelevancia a la relevancia social

A diferencia de la situación anterior en la que la pareja matrimonial ocupaba una posición única o tan hegemónica que eclipsaba cualquier otro modelo emergente, las uniones estables de pareja han ido ganando su propio espacio y relevancia social y jurídica ⁹³⁴. Aunque siempre hayan tenido como referente al matrimonio y se hayan desarrollado en comparación con él, lo que, por otro lado resulta irremediablemente lógico para poder distinguirse y presentarse como un modelo “distinto”, hoy gozan de un propio reconocimiento social y también jurídico, pues han venido adquiriendo en los últimos años un estatuto jurídico propio de derechos y obligaciones, diferente del matrimonial, aunque similar en algunos aspectos.

La existencia actual de dos formas de pareja con relevancia social y jurídica aconseja una revisión de sus modelos de

⁹³⁴Hasta motivar una reinterpretación del artículo 32 del texto constitucional en reconocimiento del derecho a no casarse.

protección⁹³⁵, desde el principio constitucional de igualdad o no discriminación, pero sin olvidar que según el Tribunal Constitucional se trata de opciones diferentes que no han de estar necesariamente equiparadas en todos los aspectos. En nuestra opinión, dicha revisión debería incluir la protección penal.

El delito de impagos del artículo 227 (como el más tradicional previsto ahora en el vigente artículo 226) son figuras asociadas exclusivamente al matrimonio, según una ya larga tradición histórica. Al surgir un nuevo modelo de pareja que ha ido ganando en consideración social y reconocimiento jurídico (como los derechos económicos y asistenciales asociados a sus rupturas) resulta justo y conveniente revisar el diferente tratamiento penal dado a los impagos asociados a un modelo y otro.

III.- 1. b. Otras equiparaciones penales

Como hemos venido manteniendo, los dos modelos de pareja existentes se encuentran en un proceso de confluencia, acercamiento y equiparación en aspectos concretos, a través de sus respectivos procesos de “juridificación” y de “desformalización”, por lo que puede decirse que, pese a sus diferencias, tienen también similitudes.

El Código penal realizó en 1995 la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales en materia de impagos, aunque ello hubiera debido tener lugar desde la criminalización originaria de 1989. Este hecho podría suscitar la pregunta: ¿Y por qué no equiparar también la protección penal de los derechos asociados a las

⁹³⁵ CAMARERO SUÁREZ, V., *op.cit.*, p.59.

distintas parejas?

El mismo Código ha venido equiparando las distintas parejas desde la reforma del viejo Código penal operada por la LO 8/1983, 25 de junio, a través de la fórmula de “*personas ligadas por análoga relación de afectividad*”⁹³⁶ (en la circunstancia mixta y en el encubrimiento entre parientes), lo que repitió la reforma de 21 de junio de 1989 al introducir la equiparación en diversas figuras delictivas. El nuevo Código también regula la equiparación con la fórmula de ser o haber sido “*personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad*” en preceptos tan diversos como los ya mencionados (23, el 424, el 443,1, el 443,3 y el 454, relativo a la excusa absolutoria), así como en las infracciones penales relacionadas con la violencia de género, modificados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículos 148,4, 153,1, 171,4, 172,2, 173,2), y 620,2, tercer inciso).

III.- 1. c. El reconocimiento de los derechos económicos y asistenciales asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

Como hemos expuesto en el Capítulo II, en los últimos años, se han venido consolidando algunos derechos económicos asociados a la extinción de las parejas estables.

⁹³⁶ En sentido crítico de la expresión por la innecesariedad jurídica del afecto en el matrimonio y en las uniones estables *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “Matrimonio y uniones libres...” *cit.* Sin embargo, hay que recordar que, en el ámbito penal, desaparecida la *affectio maritalis*, la jurisprudencia llegó a dejar de aplicar el delito de parricidio durante la vigencia del viejo Código, lo que repite en relación a la circunstancia mixta del artículo 23 del Código vigente.

Puede hoy decirse, por tanto, que los dos modelos actuales de pareja, el matrimonial y el de las parejas estables, tienen reconocidos derechos y deberes de carácter económico y asistencial asociados a sus crisis, diferentes entre ellos, pero con algunas similitudes. Los relativos a las uniones estables son más restringidos y su desarrollo, no exento de problemas, está aún abierto, pendiente de una regulación legal estatal de carácter civil que unifique, ordene y clarifique la materia⁹³⁷.

El modelo matrimonial, que se caracteriza por la formalidad de su constitución, por la primacía del consentimiento y por la necesidad de intervención judicial para declarar su extinción, está hoy regido por el principio de igualdad de los cónyuges y es eminentemente solidario, ya que hace llegar los efectos económicos más allá de la extinción del vínculo, hecho que ha sido especialmente relevante, dada la tradicional dependencia material de una de las partes. Para ello tiene arbitrado un sistema económico-patrimonial y un conjunto importante de derechos y deberes que se van modulando y reduciendo según que la situación matrimonial sea de pleno funcionamiento, haya entrado en crisis o se haya producido su extinción o nulidad.

Para regular los cónyuges sus relaciones económico-patrimoniales pueden optar libremente (artículo 1315 del Código civil) entre diversos regímenes económicos de organización como el de gananciales, el de separación de bienes o el régimen de participación (sistema mixto entre los dos anteriores) que tienen reglas propias de reorganización y liquidación tras finalizar el matrimonio o al entrar

⁹³⁷ Sobre las dificultades de la vía armonizadora, *vid.* ROCA TRÍAS, E., “Repensar la pareja de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Dir. E. ROCA TRÍAS, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 28, 2004, pp.403y ss.

éste en crisis. Mientras funciona el matrimonio, los cónyuges tienen derechos y deberes de ayuda y mutuo socorro (artículos 67 y 68 del Código civil), debiendo contribuir a las cargas del matrimonio (artículo 1438).

Cuando el matrimonio entra en crisis, los derechos y deberes de ayuda y mutuo socorro se convierten, como sabemos, en derechos y deberes más reducidos de modo que los aún cónyuges separados tienen la obligación de atender las cargas familiares, con inclusión de los alimentos (en caso *de* necesidad de uno de ellos y siempre que el otro disponga de medios); los cónyuges separados y los ex cónyuges divorciados pueden tener también derecho a una compensación económica (en caso de desequilibrio o empeoramiento en la situación respecto a la tenida durante el matrimonio), mientras que en los supuestos de nulidad sólo cabe el derecho para el cónyuge de buena fe a una indemnización (previa convivencia). Cualquiera de las prestaciones económicas mencionados han de ser reconocidas y determinadas judicialmente, según las pautas de los procedimientos matrimoniales, pudiendo ser propuestas por las partes en los convenios y debiendo ser solicitadas⁹³⁸.

El modelo de pareja estable se caracteriza por la ausencia de formalismos o por tener que cumplir otros diferentes a los del matrimonio, pues las uniones regidas por las leyes autonómicas tienen regulada su constitución y/o extinción mediante su formalización en documento público, inscripción en Registro..., etc., sin resultar precisa la intervención judicial ni para lo uno ni para lo

⁹³⁸ Pues se trata de justicia rogada. *Vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Reconocimiento de pensiones..." *cit.*, pp.228 y 235, sobre la no concesión de oficio de las prestaciones compensatorias y en relación a la pensión de alimentos entre cónyuges MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., "Últimas tendencias en derecho de alimentos", en *Nuevos conflictos de familia*, AAUU, Coord. E. Llamas Pombo, Edit., La Ley, 2009, p.679.

otro, aunque lógicamente lo sea para dirimir las reclamaciones relativas a los incumplimientos de las diversas obligaciones. También tiene como rasgos identitarios la libertad de pacto (pudiendo sus miembros acordar las reglas para su convivencia y la ruptura, incluidas las económicas) y la independencia económica, puesto que los convivientes no se rigen por los derechos y obligaciones legales de mutua ayuda del modelo conyugal. Partiendo de estos rasgos característicos, las leyes autonómicas y la jurisprudencia han entendido que la contribución a los gastos comunes ha de ser proporcional a los medios y posibilidades, salvo pacto en contrario mostrando voluntad explícita (o implícita) de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia, por lo que, en algunos casos, se ha llegado a reconocer el derecho a participar en la liquidación de una preexistente comunidad de bienes o de una sociedad surgida durante la convivencia⁹³⁹.

A diferencia de los cónyuges, mientras dura la convivencia, los miembros de las parejas estables no gozan, por ahora del derecho legal de alimentos (al no tenerlo reconocido, ni el derecho/deber de ayuda y mutuo socorro), siendo sólo de carácter natural o moral, pero no jurídico-legal. El Código civil nada dice al respecto, aunque la cuestión ha sido objeto, hasta ahora sin éxito, de diversas Proposiciones de Ley, como las más recientes del Grupo Mixto y Convergencia i Unió de 2004 o la de Esquerra Republicana e Izquierda Unida - Iniciativa per Catalunya Verds de 2008, que han tratado de ampliar el derecho de alimentos a las parejas estables⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I., *Las nuevas estructuras familiares en los Tribunales de Justicia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.96 y ss a propósito de la interesante SAP de Alicante de 18 de febrero de 2005, sobre el régimen económico de las parejas de hecho y los derechos derivados de su extinción.

⁹⁴⁰ Se trata de una cuestión doctrinalmente polémica como indica LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op.cit.*, p.129. A favor GARCÍA RUBIO, M^aP., *op.cit.*, pp.216 y ss, con

Sin embargo, algunas leyes autonómicas, como la aragonesa y la balear, con competencias para regular la materia, reconocen alimentos (legales) a los miembros de las parejas estables, mientras dure su relación⁹⁴¹.

Tras la extinción de la vida en pareja, durante años, caso por caso y de modo excepcional, la jurisprudencia ha venido reconociendo, con bases legales poco claras, algunos derechos económicos. Desde finales de los años 90 el legislador autonómico ha ido supliendo el vacío normativo y ha aportado un marco legal en el que compatibilizar los efectos derivados de la extinción del régimen patrimonial de este tipo de parejas, con el reconocimiento de otros derechos de carácter económico (alimenticios, compensatorios o indemnizatorios).

La mayoría de las Leyes autonómicas reconocen expresamente los derechos compensatorios o indemnizatorios con requisitos más restrictivos que los previstos para el matrimonio en el artículo 97 del Código civil, puesto que las “compensaciones”, según la terminología autonómica, están previstas para las situaciones de desequilibrio económico de las partes, cuando se haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente (sin retribución o con una retribución insuficiente) y se haya generado por esta razón una situación de desigualdad entre los patrimonios que implique un enriquecimiento injusto⁹⁴². Pueden ser fruto de pacto o de resolución

base en el criterio material de tratarse de relaciones humanas importantes para el desarrollo de la personalidad (frente al criterio formal del vínculo).

⁹⁴¹ La antigua Ley catalana de 1998, lo reconocía en el artículo 8 lo que no hace el nuevo Código civil de 2010.

⁹⁴² Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Reconocimiento de pensiones...”*cit.*, p.238 los dos presupuestos del enriquecimiento injusto y de la desigualdad patrimonial o desequilibrio económico tienen dificultades de conexión, mientras que la exigencia de atender sólo al trabajo no retribuido o con retribución insuficiente se aleja de los requisitos del enriquecimiento sin causa.

judicial y ésta, a su vez, puede estar basada en la normativa autonómica competente que corresponda aplicar o, cuando no haya ley autonómica o no exista competencia, en los principios generales de enriquecimiento injusto o de protección al conviviente más perjudicado o desfavorecido⁹⁴³.

Algunas leyes autonómicas, como la catalana, la aragonesa, la navarra, la balear y también la vasca⁹⁴⁴, tienen también previstas pensiones alimenticias, necesarias para cubrir adecuadamente el sustento de uno de los miembros de la pareja, pero con una regulación más restringida que la prevista para los alimentos de los cónyuges y con la finalidad de permitir que uno de los convivientes disponga de medios para reciclarse o reintegrarse en su profesión, cuando la dedicación al hogar o a los hijos e hijas comunes haya supuesto una disminución de su capacidad para obtener ingresos⁹⁴⁵.

Como las anteriores, estas últimas prestaciones pueden fijarse mediante pacto o sentencia judicial basada en alguna de las leyes competentes mencionadas⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Por analogía, la jurisprudencia ha aplicado en algunos casos a las parejas estables el artículo 97 del Código civil y alguna ley como la madrileña remite al mismo para la valoración de la compensación correspondiente. Lo considera improcedente por ausencia de identidad de razón (libre ruptura) GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., "Matrimonio y uniones libres..." *cit.*

⁹⁴⁴ Debiendo, en éste último caso, haber sido previamente pactadas, para ser reconocidas.

⁹⁴⁵ En la legislación catalana, navarra y balear tienen un límite temporal de tres años, que suele entenderse como un incentivo a la independencia económica, *vid.* GARCÍA RUBIO, M^a P., *op.cit.*, p.219. La regulación aragonesa es aún más restrictiva al condicionar el derecho sólo a que la dedicación a los hijos comunes haya impedido la realización de actividades laborales o las haya dificultado seriamente.

⁹⁴⁶ Sin olvidar que en algunas tienen el carácter de mínimos irrenunciables que los convivientes sólo pueden mejorar, *vid. supra.* p.479 y Nota 878.

III.- 1. d. Similitud material de las problemáticas subyacentes

Partiendo del reconocimiento por el Tribunal constitucional de la similitud o identidad material de las situaciones subyacentes entre el matrimonio y las uniones estables⁹⁴⁷, cabe añadir que las cuestiones de tipo económico que pueden suscitarse en el seno de ambas parejas (tanto durante la convivencia como, sobre todo, al finalizar ésta) son muy similares, máxime teniendo en cuenta que es entonces cuando surgen las mayores discrepancias, como demuestran los hechos y así lo han venido reconociendo las resoluciones judiciales.

En ambos tipos de pareja, tras finalizar la convivencia, pueden darse situaciones comunes como la falta de independencia económica y la necesidad material de uno de los miembros, por carecer de medios o tener disminuida su autonomía económica y su capacidad de obtención de ingresos (generalmente, por su dedicación al hogar o a los hijos/as comunes); también puede haber un mero desequilibrio económico de las partes en relación a la situación anterior de convivencia y cabe pensar que, tras la extinción de la vida en pareja, uno de sus miembros, el que haya realizado durante la convivencia una “sobrecontribución” con su esfuerzo o trabajo en beneficio del trabajo o del patrimonio del otro, se encuentre por este motivo en situación de empobrecimiento a costa del enriquecimiento del otro miembro de la pareja.

⁹⁴⁷Vid. *infra* p.454. Para GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La unión libre...cit.*, pp.21 y 30 y “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio exprés””, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, AAUU, Coord. J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.65 y ss no existe identidad de razón, dado que las uniones estables, a diferencia del matrimonio, se caracterizan por la “libre ruptura” o finalización de la relación.

Aunque en el caso del matrimonio es necesario acudir a la vía judicial para la declaración de separación, extinción o anulación del vínculo, para la disolución del régimen económico o la solicitud de las correspondientes prestaciones económicas (que también pueden haber sido pactadas en convenio), en el caso de la extinción de las parejas estables no resulta necesaria la intervención judicial, pero sí lo es para la reclamación de las prestaciones económicas asociadas.

Cuando se incumplen las resoluciones judiciales reconocedoras de las prestaciones económicas derivadas de las crisis de las parejas matrimoniales y de las estables, las consecuencias penales son, sin embargo, bien distintas, pues el ámbito de protección y sanción del delito del artículo 227 se reduce a los impagos de las derivadas de los procedimientos matrimoniales.

III.- 1. e. La factible inclusión en el artículo 227 de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

En principio y en términos formales, podría decirse que los impagos de las prestaciones económicas asociadas a las rupturas de las uniones estables de pareja, judicialmente determinadas, podrían ser incluidos en el artículo 227 del Código penal, junto a los impagos derivados del matrimonio.

La ampliación del tipo podría abordarse a través de una fórmula sencilla como la de no pagar “las prestaciones acordadas judicialmente en los supuestos de separación legal, divorcio, nulidad del matrimonio o ruptura de la unión de pareja estable”⁹⁴⁸.

⁹⁴⁸ *Vid. infra* p.502 y Nota 932.

La conducta típica podría quedar abarcada por el precepto, dada su amplitud, al consistir en “dejar de pagar cualquier tipo de prestación económica” (periódica o conjunta o única) “establecida en resolución judicial”, pudiendo interpretarse como objeto material las prestaciones económicas que los miembros de las uniones estables pueden obtener tras finalizar su convivencia y pudiendo también añadirse a los cónyuges como nuevos sujetos activos (y pasivos) los miembros de estas uniones, en la medida en que resulten obligados por deberes de pago que pueden incumplir, pero siempre y cuando éstos estén reconocidos en las correspondientes resoluciones judiciales.

Resultaría factible equiparar los impagos asociados a la extinción de las uniones estables (judicialmente controlados) a los derivados de las crisis matrimoniales, cuando tras incumplir lo pactado o en defecto de pacto (caso más frecuente) se acuda a los Tribunales para obtener el reconocimiento de los derechos y las prestaciones económicos correspondientes; sólo a partir de entonces pueden dejarse de pagar las prestaciones judicialmente acordadas y únicamente entonces cabría, al menos formalmente, hablar de impagos en el sentido previsto en el artículo 227 del Código penal.

Aunque formalmente resulte posible esta nueva ampliación de la criminalización vigente de los impagos, pensamos que hay razones de peso para desestimarla relacionadas con la antijuricidad material de la conducta y con la necesidad de pena.

III.- 2. Razones contra la criminalización de los impagos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja

III.- 2. a. La insuficiente antijuricidad material

Desde la interpretación restrictiva que hacemos del artículo 227, sería necesario demostrar que los impagos de las prestaciones económicas (judicialmente determinadas) derivadas de la extinción de las parejas estables, son estrictamente inasistenciales, es decir, contrarios a los derechos de asistencia de estas parejas, entendidos en un sentido alimenticio.

Recordemos que en este modelo, caracterizado por la independencia económica de sus miembros y por un funcionamiento eminentemente convencional, los miembros de las parejas, hasta ahora y mientras dura la convivencia, no gozan del derecho legal de asistencia (alimentos), que sólo tiene en estos casos un carácter natural o moral. Únicamente algunas Leyes autonómicas, como la aragonesa y la balear (con competencia para ello) reconocen alimentos a los miembros de las parejas estables⁹⁴⁹, aunque conforme al artículo 153 del Código civil pueden pactarlos.

Tras el fin de la convivencia, la jurisprudencia ha venido reconociendo a estas uniones, en los últimos años (con base en los pactos o directamente), el derecho a determinadas prestaciones económicas; en una primera época, sin una base legal explícita (aplicando los principios generales de enriquecimiento injusto y de

⁹⁴⁹Y antes la Ley catalana de 1998. Recordemos que se trata de una cuestión polémica doctrinalmente (*vid. infra* p.509 y Nota 940) que ha sido objeto de diversas Proposiciones de Ley, como la del Grupo Mixto y Convergencia i Unió de 2004 o la de Ezquerra Republicana e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds de 2008, que no han salido adelante.

protección al conviviente más perjudicado o desfavorecido) y, en la década pasada, con apoyo en la mayoría de los marcos legales autonómicos que se han ido aprobando. Ahora bien, dichas prestaciones económicas, reguladas con requisitos más restrictivos que los del artículo 97 del Código civil (y sin los criterios asistenciales previstos en él⁹⁵⁰) no tienen un carácter estrictamente asistencial, sino compensatorio o, si se prefiere, indemnizatorio.

Las únicas prestaciones de carácter asistencial (reguladas más restringidamente que los alimentos) son las pensiones periódicas que expresamente están recogidas sólo en algunas de las Leyes autonómicas, como la catalana, la aragonesa, la navarra y la balear, y, en realidad, puede decirse que su naturaleza es mixta, puesto que son asistenciales por resultar necesarias para cubrir el sustento, pero también compensatorias, al estar dirigidas a posibilitar que uno de los convivientes disponga de medios para reciclarse o reintegrarse en su profesión, cuando la dedicación al hogar o a los hijos e hijas comunes haya supuesto una disminución de su capacidad para obtener ingresos. Pueden también ser convencionales y establecerse mediante pacto⁹⁵¹.

Aunque los derechos económicos asociados a la extinción de las uniones estables se han venido consolidando en los últimos años, el reconocimiento legal de los derechos económico-asistenciales (alimenticios) no es general, pues sólo están previstos en algunas leyes autonómicas, mientras que su previsión exclusivamente convencional tiene, lógicamente, una entidad o valor menor.

⁹⁵⁰ Previstos en los párrafos 8º (caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge), 2º (edad y estado de salud) y también la 3º (cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo) del citado precepto.

⁹⁵¹ Como prevé la Ley vasca.

Pensamos por ello que no puede afirmarse que los impagos en estos casos lesionen derechos asistenciales similares a los previstos para el matrimonio, unos derechos que ni siquiera cabe afirmar como tales (salvo alguna excepción autonómica) para el periodo convivencial de dichas parejas.

En consecuencia, cabe concluir que los impagos asociados a la extinción de las uniones estables no pueden lesionar el bien jurídico principal protegido en el artículo 227 del Código penal, según la interpretación restrictiva del mismo que hemos venido manteniendo, a saber, la seguridad relacionada con los derechos económico-asistenciales (en sentido alimenticio) que se derivan de determinadas relaciones familiares, como las de pareja matrimonial. Dichos impagos no tienen, al menos hasta el momento, la antijuricidad material suficiente como para formar parte de la infracción penal.

En todo caso y como cuestión civil previa, debería resolverse la constitucionalidad (o no) de los derechos y prestaciones económico-asistenciales cuando no estén pactados por los miembros de la pareja estable, pues podrían ser entendidos como una cortapisa o penalización a la libre desvinculación que caracteriza al modelo de estas parejas, es decir, contrarios al derecho a no casarse y a la libertad de ruptura que las caracteriza⁹⁵².

III.- 2. b. La insuficiente necesidad de pena

Aunque las razones señaladas resultan suficientes, en nuestra opinión, para fundamentar la no inclusión de los impagos

⁹⁵² Vid. *infra* p.479 y Nota 879. Para GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “Las uniones libres...”, *cit.*, p.6 podría solventarse mediante una interpretación civil restrictiva.

asociados a la extinción de las uniones estables en el artículo 227 del Código penal, creemos igualmente importante razonar la falta de necesidad del recurso a la pena para estos casos.

En la medida en que los deberes que se incumplen no son económico-asistenciales en el sentido indicado, puede alegarse que no existen razones de prevención general (positiva y negativa) para recurrir a la pena, como tampoco parece haberlas por no darse ahora un contexto de incumplimientos masivos de las obligaciones de pago de tan grave afectación social como el acontecido cuando se planteó la criminalización de 1989 en relación a las crisis matrimoniales, pues tal y como hemos venido manteniendo la incriminación de los impagos asociados a estas últimas, fue una medida controvertida que hay que contextualizar en un momento de recursos (jurídicos y sociales) insuficientes para canalizarlos o resolverlos y de numerosos incumplimientos con grave impacto social, al tratarse de un modelo de pareja plenamente hegemónico que padecía una histórica dependencia económica de una de las partes, por lo que, al suspenderse o finalizar, resultaba especialmente importante asegurar a los miembros dependientes (muy mayoritariamente mujeres, además de los hijos) una cobertura económico-asistencial de sus necesidades humanas existenciales. El modelo de pareja estable, caracterizado por la independencia económica de sus miembros, tampoco responde al patrón de la dependencia económica sistemática de una de las partes.

Puede añadirse que si el momento actual resulta propicio para comenzar a replantearse la necesidad de la pena respecto de los impagos derivados de los procedimientos matrimoniales, en relación con los cónyuges y ex cónyuges, no parece que sea el adecuado para decidir la ampliación del delito a los impagos entre los miembros de las parejas estables.

En el contexto actual de pluralidad de modelos familiares y de pareja existen medios sociales que, compartidos con los matrimonios, permiten reforzar la ausencia de una necesidad de pena para los impagos derivados de la extinción de las parejas estables; así, el despliegue de ayudas sociales de carácter económico tendentes a paliar y aliviar las necesidades y las cargas familiares más apremiantes, como las derivadas del Fondo de Garantía de Alimentos para los hijos menores (RD 1618/2007, de 7 de diciembre), las derivadas de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aplicables a las mujeres víctimas de dicha violencia (y para los hijos que estén con ellas) insertas la mayoría de las veces en crisis matrimoniales y las ayudas a las familias monoparentales; también el recurso a la mediación, como vía complementaria de encauzamiento y resolución de los conflictos de pareja. En dicho contexto plural existe también una mayor opcionalidad en las relaciones de dependencia económica en las parejas, lo que está directa y primordialmente asociado a los complejos e inconclusos procesos de avance en la independencia económica de las mujeres y de redistribución igualitaria de los roles de los géneros en la familia y en la pareja.

Por lo demás, el modelo tiene pendiente una necesaria reforma procesal-civil destinada a simplificar los procedimientos destinados a solventar las cuestiones derivadas de la extinción de estas uniones, sobre todo cuando hay hijos, pues entonces resulta obligado optar entre combinar dos vías distintas (la del proceso declarativo ordinario y la del juicio verbal) o seguir dos procedimientos distintos (uno ante los juzgados de familia para las cuestiones que afectan a los hijos y otro para las cuestiones relativas a la extinción de la pareja). Como es lógico, lo deseable sería poder resolver los asuntos en un solo procedimiento, sin tener que multiplicar la actividad procesal y las cargas que ello conlleva.

El modelo de uniones de pareja estable, que posee un estatuto inconcluso de derechos y deberes, tiene también pendientes de resolver varias cuestiones de envergadura en el orden civil, como la competencial autonómica y la relativa a la constitucionalidad o no de la imposición legal de algunos derechos y obligaciones (alimentos o pensiones alimenticias asociadas a la extinción de la convivencia, en sentido similar al ya regulado en algunas comunidades autónomas), manifestación importante de la colisión en este modelo de pareja entre la libertad que lo caracteriza (de constitución, pacto, funcionamiento y desvinculación) y los aspectos legales impositivos (*ius cogens*) que puedan afectarle, dado que éstos pueden ser interpretados como trabas o penalización al derecho a no casarse y a la libre ruptura.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PARTE III

I. Asistimos en los últimos 20-30 años a un escenario en el que las relaciones familiares y de pareja han tenido una serie de cambios importantes, como el paso de un modelo hegemónico familiar a una pluralidad de modelos familiares y de pareja (etapa postnuclear); el importante avance en los inconclusos procesos de independencia económica de las mujeres y de igualdad material en los roles entre mujeres y hombres en las relaciones familiares; y el desarrollo de ayudas asistenciales públicas y de medidas destinadas a aliviar y canalizar la conflictividad de familia y de pareja, que no deben decaer en los ciclos de crisis económica, sino que deberían ser potenciadas, pues precisamente es entonces cuando resultan más necesarias.

La irrupción del divorcio, tras una larga tradición contraria al mismo, desencadenó la aparición de otros fenómenos sociales como (aparte del posible fenómeno de los impagos) el paso de un modelo familiar único, hegemónico, a un contexto de pluralidad de modelos, en el que se han venido consolidando las uniones estables, también por otros factores distintos al señalado.

Al tratar hoy las parejas resulta, por tanto, preciso tener en consideración a las matrimoniales y a las uniones estables, como dos opciones distintas.

Estas últimas se caracterizan por constituir una comunidad de vida, implicando una unión *“more uxorio”*, *affectio maritalis* y con convivencia bajo un mismo techo; por tener una cierta permanencia o estabilidad y notoriedad; por la ausencia (o una concurrencia menor

que en el matrimonio) de formalidad o solemnidad para su constitución y disolución; y por la primacía de la voluntad de las partes.

Cuantitativamente puede justificarse su importancia como fenómeno sociológico al tener en consideración que frente a las 563.785 parejas estables contabilizadas por el INE en 2001, se estima que, paralelamente al continuo descenso de la nupcialidad, en el año 2008 podían ser 1,2 millones, lo que representa el 11% de las parejas, a la espera de una cuantificación más precisa de la mano del nuevo censo de 2011.

II. En este contexto familiar postnuclear, de pluralidad de modelos, las uniones estables y los matrimonios confluyen, se aproximan y se equiparan en numerosos aspectos.

El matrimonio y los procedimientos matrimoniales han sido reformados en los últimos años por la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero y por la Ley 15/2005, de 8 de julio y la Ley 13/2005, de 1 de julio, que han modificado el Código civil. Se viene considerando, ahora con mayor contundencia, que el matrimonio se ha “privatizado” y “desformalizado”, al haberse otorgado una mayor relevancia a la voluntad de las partes respecto a los convenios reguladores y de cara a la extinción matrimonial por petición de una de ellas; también por la simplificación de los mecanismos de desvinculación (que se han descausalizado y agilizado) y al ser acortados los plazos para poder solicitar separación o divorcio (3 meses).

Paralelamente, las uniones estables de pareja, reconocidas mediante el derecho a no casarse (implícito al artículo 32 de la Constitución) se “formalizan” y “juridifican” y, con base en el artículo

14 del Texto constitucional, han sido equiparadas legalmente al matrimonio en numerosos casos y ámbitos jurídicos muy diversos, incluido el penal.

El Tribunal Constitucional, que ha reconocido su importancia, tiene establecido que las parejas estables, en su doble vertiente de convivencia entre dos personas y como base familiar, son objeto de protección constitucional y cabe su equiparación con las familias y las parejas matrimoniales en aspectos particulares, por la similitud o identidad material de las situaciones subyacentes y por la importancia que en ellas tiene la convivencia, sin que no implique ni deba implicar una equiparación automática en todos los aspectos, pues no son instituciones equivalentes, por lo que no resulta contrario a la Constitución su tratamiento diferenciado, siempre que sea compatible con la igualdad jurídica y con la prohibición de discriminación (y siempre que el tratamiento diferenciado no sea más favorable para las uniones libres que para el matrimonio).

Desde la década de los años 90 del siglo XX, la jurisprudencia civil ha venido reconociendo a estas parejas diferentes derechos y obligaciones que, ante la ausencia de una normativa reguladora, los Tribunales fueron resolviendo en cada caso y con la finalidad de proteger a la parte más débil. Los casos más frecuentes se planteaban precisamente tras la finalización de la convivencia y en torno a los posibles efectos económicos asociados. En un principio y en numerosos casos la jurisprudencia entendió que no cabía aplicar las normas previstas para las crisis matrimoniales, pero posteriormente y en otros casos llegó a aplicarlas a los supuestos de extinción de las uniones estables. Los Tribunales civiles les han reconocido prestaciones económicas compensatorias e indemnizaciones, con base en el desequilibrio económico provocado por la ruptura de la convivencia (aplicando analógicamente el artículo

97 del Código Civil), pero también con base en otros criterios como la responsabilidad extracontractual del artículo 1902, el principio general de protección del conviviente más perjudicado o desfavorecido y el principio del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido el de mejor consideración y más frecuente aplicación.

Tras la aprobación de las diversas leyes autonómicas de las parejas estables (que generalmente reconocen, además de los pactos, las prestaciones compensatorias y excepcionalmente pensiones periódicas de tipo alimenticio/compensatorio), la Jurisprudencia, con base en los pactos y con una aplicación combinada de preceptos estatales y autonómicos, ha continuado apreciando las compensaciones e indemnizaciones asociadas al cese de la convivencia.

Se ha intentando legislar su estatuto a nivel estatal y, por ello se han presentado diversas Proposiciones de Ley de reforma del Código civil que no han llegado a prosperar, lo que constituye una prueba más de la importancia social, del reconocimiento y del proceso de “juridificación” de las parejas estables. La última es la “Ley sobre Igualdad Jurídica para las Parejas de Hecho”, que fue presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana e Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds (ER-IC-elsVerds), en abril de 2008.

Su estatuto está siendo legislado autonómicamente (con competencia muchas veces discutible) lo que ha venido a dar cierta “formalización” a estas parejas y, en todo caso, a “juridificarlas”, dando cobertura legal a los pactos que los miembros de las parejas estables pueden realizar en virtud del principio de autonomía de su voluntad, para la convivencia y para la finalización de la misma. Desde 1998 hasta el año 2010 se han venido aprobando las leyes de

parejas estables de Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Madrid, Islas Baleares, Principado de Asturias, Andalucía, Islas Canarias, Extremadura, País Vasco, Cantabria y Galicia.

El reconocimiento de los derechos económicos de las parejas estables hoy “juridificadas” conforme a las leyes autonómicas y, en especial, los asociados a su extinción en vida, las acerca al matrimonio y a sus crisis.

III. A diferencia de lo que ocurría en 1989 y aún en 1995, cuando el matrimonio era el modelo hegemónico prácticamente único de pareja y las uniones estables tenían una incipiente importancia sociológica y un precario reconocimiento jurídico-civil de sus derechos, parece oportuno explorar hoy los impagos asociados a la extinción de las parejas estables, de cara a valorar su hipotética o posible inclusión en el artículo 227 del Código penal, junto a los derivados de las crisis matrimoniales y desde el punto de vista de la no discriminación jurídica de los actuales modelos de pareja.

El planteamiento resulta factible en la medida en que los derechos económicos asociados a la extinción de las parejas estables estén reconocidos judicialmente, dada la necesidad de concurrencia del elemento judicial para apreciar el delito de impagos, como en las crisis matrimoniales. Conforme a lo mantenido por algunas voces doctrinales, pensamos que en un principio resulta posible plantear la inclusión de los impagos de las prestaciones económicas judicialmente determinadas y asociados a la extinción de las parejas estables en la tipificación del artículo 227, probando la equiparación penal de los impagos derivados de las crisis de los diferentes los modelos de pareja.

IV. Nuestro razonamiento a la hora de analizar la

problemática ha girado en torno al carácter o naturaleza de los deberes incumplidos y en torno a la ausencia de necesidad de pena para estos casos.

Partiendo, lógicamente, del bien jurídico protegido en el artículo 227 del Código penal, que según la interpretación restrictiva que hemos venido manteniendo es la seguridad relacionada con los derechos económico-asistenciales (en sentido alimenticio) que se derivan de determinadas relaciones familiares (como las matrimoniales) y, después de analizar los deberes que se incumplen tras la extinción de las parejas estables, hemos llegado a la conclusión de que éstos deberes no son de naturaleza estrictamente asistencial o alimenticia (deberes que ni siquiera están legalmente reconocidos para el periodo convivencial), ni tienen en todos los casos una clara base legal, todo lo más sólo convencional. Por ello, cabe concluir que los impagos en estos casos no tienen la capacidad lesiva suficiente para atacar efectivamente el bien jurídico principal protegido en el artículo 227 del Código penal, y, hasta el momento, carecen de la antijuricidad material necesaria para formar parte de la infracción penal.

Consecuentemente, no existen razones suficientes para incluir hoy estos impagos en el artículo 227 y, por ello, no siendo necesario el recurso a la pena, en un contexto de inexistencia de incumplimientos masivos de grave afectación social (como sucedió con el matrimonio y las crisis matrimoniales) y sin olvidar que se trata de un modelo de pareja caracterizado por la independencia económica de las partes y que en estos casos el recurso a la pena debería estar especialmente bien justificado pues, sin lugar a dudas, se trataría de una gran traba o penalización asociada a la desvinculación de este tipo de parejas “libres”, que podría entenderse.

Si, como hemos señalado en la parte II^a de la investigación, actualmente resulta cuestionable el recurso a la pena para la protección de los derechos económico-asistenciales derivados de las crisis matrimoniales (por la tendencia restrictiva del contenido asistencial de las prestaciones económicas derivadas de sus crisis, operada por la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio), no tendría mucho sentido ampliar ahora la protección a los derechos económicos asociados a la extinción de las uniones estables de pareja.

En la medida en que está debidamente justificado, no cabe entender discriminatorio el diferente tratamiento penal de los impagos asociados a las crisis matrimoniales y a la extinción de las uniones estables, porque siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, unas parejas y otras ni son idénticas, ni han de tener necesariamente los mismos efectos, ni en su funcionamiento ni en sus crisis.

No debe olvidarse la existencia actual de otros medios y recursos sociales, que permiten encauzar y aliviar las situaciones de necesidad y conflictividad existentes en muchas crisis de parejas (matrimoniales y estables), como el despliegue de las ayudas sociales del Fondo de Garantía de alimentos para los hijos menores, para las familias monoparentales o para las mujeres víctimas de maltrato (generalmente en trámites de separación o divorcio); tampoco el recurso complementario de la mediación.

El modelo de pareja de las uniones estables, aún abierto, tiene pendiente una reforma procesal que simplifique los procedimientos a seguir y los adapte a una realidad tan particular como es la de las reclamaciones familiares, en este caso, de las parejas (estables); tiene también pendientes de resolver varias cuestiones de

envergadura en el orden civil, como la competencial autonómica y la relativa a la constitucionalidad o no de la imposición legal de algunos derechos y obligaciones (*ius cogens*), dado que éstos pueden ser interpretados como trabas o penalización al derecho a no casarse y, sobre todo, a la libre ruptura que caracteriza al modelo.

**CONCLUSIONES GENERALES EN TORNO A LOS
IMPAGOS ASOCIADOS A LAS CRISIS DE PAREJA
(MATRIMONIO Y UNIÓN ESTABLE)**

Como decíamos en la Introducción, el objetivo último de nuestra investigación era hacer una reflexión político-criminal sobre el tratamiento jurídico de los impagos asociados a las crisis de pareja, a la luz de algunos cambios importantes acontecidos en los últimos años en las relaciones familiares, lo que en el contexto de la familia postnuclear, de pluralidad de modelos, hace preciso valorar, por un lado, los relacionados con las crisis matrimoniales y, por otro, los asociados a las crisis de las uniones estables de pareja (judicialmente controlados), pues los primeros son potencialmente delictivos, mientras que los segundos se mantienen dentro del ámbito exclusivamente civil.

Tras haber analizado el delito de impagos del artículo 227 del vigente Código penal, acotado en lo que a la pareja matrimonial se refiere (sus precedentes y su regulación vigente) y tras haber presentado a las uniones estables de pareja y desarrollado el reconocimiento de los derechos/deberes económicos asociados a su extinción, éstas son las conclusiones de carácter general alcanzadas:

I. La criminalización de los impagos derivados de las crisis matrimoniales, que históricamente hablando fue anterior a la de la figura delictiva tradicional de abandono de familia (pues el primer

precedente data de 1932), tuvo en el artículo 487 bis del viejo Código el precedente inmediato del vigente artículo 227. Ambos fueron aprobados para la defensa de un doble bien jurídico: la seguridad económico-asistencial como bien jurídico principal (en sentido similar a la protección económico-asistencial de los cónyuges del delito de abandono de familia) y el buen funcionamiento de los poderes públicos, como bien secundario. Las razones fueron de prevención general, en un contexto de insuficientes medios tanto penales, como civiles, procesales y también sociales y en un momento de escasa cultura divorcista en el que había impagos masivos que produjeron un gran impacto social, por las numerosas y graves situaciones de precariedad económica para muchas mujeres (e hijos/as)) que se derivaban de su papel de dependencia en la estructura económico-familiar, pese al reconocimiento constitucional y civil de igualdad de los cónyuges y a la regulación civil de los derechos asistenciales y de solidaridad derivados de las crisis matrimoniales.

II. Por el probable apego a la entonces reciente regulación civil de los deberes y prestaciones económicos derivados de las crisis matrimoniales (no siempre estrictamente asistenciales), por razones de simplificación y pretendida eficacia, el viejo artículo 487 bis adoptó una formulación típica muy amplia para regular los impagos, que determinó el cuestionamiento de su legitimidad desde el principio y su consideración crítica como un supuesto de “prisión por deudas”. En nuestra opinión, se había aprobado una figura delictiva con una gran tensión interna entre su componente asistencial y el de mera deuda civil entre cónyuges y ex cónyuges.

Por ello, como aspecto más relevante, entre otros muchos, el viejo artículo 487 bis suscitó la necesidad alternativa de o bien ser interpretado restrictivamente en un sentido estrictamente asistencial,

respecto de cónyuges y excónyuges, por razones de intervención mínima, proporcionalidad y de coherencia sistemática con el abandono familiar; o bien ser reformado en dicho sentido, lo que, con plena autonomía penal (pero en contradicción formal con la regulación civil), conllevaba añadir la exigencia de “necesidad” del sujeto pasivo.

III. El Código de 1995 ha consolidado la regulación del precedente, sin operar cambios en el sentido restrictivo indicado.

Mientras que el delito tradicional de abandono o inasistencia conyugal ha sido reducido por el Código vigente a la no prestación de alimentos legales (siempre que el cónyuge esté necesitado) conforme a la evolución de los tiempos y, en especial, con el papel de la mujer en la sociedad, en la familia y el matrimonio, el delito de impagos no sólo ha mantenido su regulación como pluriofensivo, especial propio y de omisión pura o propia y en los mismos términos amplios, sino que se ha visto potenciado, ampliado y endurecido, pues se han acortado los plazos de incumplimiento, se han ampliado las prestaciones objeto del delito y, aunque se ha suavizado su perseguibilidad (ahora semiprivada), se ha endurecido la duración de la pena de prisión, tras la reforma 15/2003, de 25 de noviembre. Desde entonces, por vez primera el delito de impagos es sancionado con una pena de prisión mayor en cuanto a sus límites máximos que la prevista para el delito de abandono, (mientras que en la regulación originaria de 1995 se sancionaban con igual pena, que, además, era mucho menos grave). A lo anterior debe añadirse el pago, desde 1995, de las cuantías adeudadas, en concepto de reparación del daño.

Para evitar la “prisión por deudas” en la aplicación del precepto, la jurisprudencia ha sido muy cuidadosa en la constatación de la capacidad económica del sujeto activo, pero no tanto en la constatación de “necesidad” por parte del sujeto pasivo.

IV. Acorde a los principios de intervención mínima y proporcionalidad, para evitar la “prisión por deudas” que ensombrece el precepto y en coherencia con la protección asistencial (alimenticia) del matrimonio en el artículo 226 y con la relativa a los hijos prevista en el propio artículo 227, pensamos que mientras se mantenga el precepto con su redacción actual, resulta necesaria su interpretación restrictiva desde el bien jurídico principal (familiar o derivado de la familia), por lo que hay que entenderlo en un sentido “asistencial” civil, alimenticio, para diferenciarlo de la compensación del mero desequilibrio económico y de la indemnización por un mero perjuicio.

El artículo 227 sólo debería, por tanto, aplicarse a los impagos que, cumpliendo los demás requisitos típicos, lo sean de prestaciones económicas estrictamente asistenciales o que, en el caso concreto, cumplan una “función asistencial” o alimenticia: es decir, cuando el sujeto pasivo se encuentre en “situación de necesidad” (carezca de medios y no tenga posibilidad de obtenerlos) y, siempre por supuesto, que el sujeto activo pueda cubrirlo. En otro caso, los impagos carecerían de antijuricidad material y habría que descartar su carácter delictivo por la vía del precepto mencionado, aunque podría ser aplicada la falta de desobediencia, y si se dan los requisitos, el delito, en la medida en que también resulta afectado el buen funcionamiento de los poderes públicos.

Esta interpretación permite establecer una mejor conexión con el ordenamiento jurídico-civil y facilita una interpretación

evolutiva del carácter asistencial de los deberes y derechos implicados que, en nuestra opinión, resulta fundamental para poder reflexionar hoy político-criminalmente en torno al delito.

V. En los últimos años han tenido lugar importantes cambios sociales, jurídico-civiles y procesal-civiles que afectan a la materia y que hay que tener en consideración.

Fruto de las transformaciones sociales ligadas muy especialmente al papel de mayor independencia económica de las mujeres (en un contexto de mayor igualdad entre mujeres y hombres y de una aceptación más normalizada del divorcio y sus efectos), la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio ha recogido la tendencia limitadora o restrictiva en el reconocimiento judicial de las prestaciones compensatorias previstas en el artículo 97 del Código civil (para evitar “el negocio matrimonial” o “seguro de vida matrimonial”) y su nueva regulación las ha decantado hacia su sentido más indemnizatorio y ha restringido su naturaleza y función asistencial (sin hacerlas desaparecer), pues, por ejemplo, las “compensaciones” ya no son “pensiones” y expresamente queda ahora establecida su temporalidad.

En los últimos años también se han desarrollado nuevos medios de sanción para los incumplimientos reiterados en los procedimientos matrimoniales, como son las multas previstas en el artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 y, de la mano de la Ley Integral para la Violencia de Género de 2004 y de la citada Ley de reforma del Código civil de 8 de julio de 2005, se han implantado diversos tipos de ayudas públicas (que no deberían decrecer con la crisis económica, pues es cuando más se necesitan) que permiten aliviar, descargar o canalizar las situaciones

de necesidad y conflictividad existentes en muchas crisis matrimoniales, como son las ayudas sociales del Fondo de Garantía de Alimentos para los hijos menores o para las mujeres víctimas de maltrato (generalmente en trámites de separación o de divorcio) o las ayudas sociales para las familias monoparentales, sin olvidar la existencia del recurso a la mediación en las crisis familiares.

VI. Las uniones estables de pareja constituyen otra realidad sociológica que ha venido ganando importancia en los últimos años.

Junto a su creciente relevancia cuantitativa, han “formalizado” y “juridificado” su estatuto y, en su aproximación al matrimonio, han sido equiparadas en numerosos ámbitos jurídicos.

Sin regulación en el Código civil (aunque se ha intentando legislarlas a través de diversas Propositiones de Ley de reforma del Código civil, que no han llegado a prosperar), las Comunidades Autónomas, con competencia muchas veces dudosa, han legislado recientemente su estatuto de derechos y obligaciones y la jurisprudencia civil, antes y después de las leyes autonómicas, con base en los pactos y en los principios generales, en aplicación combinada de preceptos estatales y autonómicos, les ha reconocido el derecho y la obligación de pago de compensaciones e indemnizaciones asociadas al cese de la convivencia.

Por esta razón y junto a algunas voces que han reivindicado la equiparación de los diferentes modelos de pareja en el delito del artículo 227 del Código penal, hemos explorado la posibilidad de integrar los impagos de las prestaciones económicas asociadas a la extinción de las parejas estables, una vez controlados judicialmente, en el mencionado precepto.

Nuestra opinión es negativa en la medida en que los deberes de pago de las prestaciones a la extinción de las parejas estables no tienen una naturaleza estrictamente asistencial o alimenticia (deberes que ni siquiera están legalmente reconocidos para el periodo convivencial), ni tienen en todos los casos una clara base legal, todo lo más sólo convencional. Los impagos en estos casos no tienen, por tanto, capacidad lesiva suficiente para lesionar el bien jurídico principal protegido en el artículo 227 del Código penal, según la interpretación restrictiva que de él hemos venido manteniendo. En nuestra opinión carecen, hasta el momento, de la antijuricidad material necesaria para formar parte de la infracción penal.

Por ello no hay razones de prevención general (positiva y negativa) para incluir hoy estos impagos en el mencionado precepto y para ellos tampoco resulta necesaria la pena por no existir un contexto de incumplimientos masivos de grave afectación social (como sucedió en el caso de las crisis matrimoniales), sin olvidar que se trata de un modelo de pareja caracterizado por la independencia económica de las partes y por la libre desvinculación, por lo que el recurso de la pena debería estar en estos casos muy bien justificado, ya que podría entenderse en colisión con el derecho a no casarse y con la libre ruptura. Cabe añadir que en el proceso de equiparación de los modelos de pareja, las uniones estables disponen hoy de iguales recursos y ayudas sociales que los matrimonios, para sus crisis.

VII. Por lo que respecta a los impagos relacionados con las crisis matrimoniales, quisiéramos insistir en que, tras más de 20 años de criminalización y por las razones señaladas, podría ser hoy día levantado el recurso de la protección penal para cónyuges y ex cónyuges (al margen de la protección penal asistencial de los hijos).

En su defecto, debería ser considerada la reforma del artículo 227 para exigir expresamente la necesidad del sujeto pasivo (como el artículo 226).

Por lo que respecta a los impagos asociados a la extinción de las parejas estables y por las razones indicadas, concluimos que no deben ser incriminados teniendo en cuenta, además, que si el recurso a la pena resulta cuestionable en estos momentos para la protección de los derechos económico-asistenciales derivados de las crisis matrimoniales, no tendría mucho sentido ampliar ahora la incriminación a las uniones estables de pareja. El diferente tratamiento penal vigente no es discriminatorio en la medida en que está debidamente justificado y en consideración a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de no identidad de las parejas (matrimoniales y estables).

Nuestra propuesta final de *lege ferenda* es, por tanto, la equiparación futura de todos los impagos asociados a las crisis y extinción de las parejas (matrimoniales o uniones estables) en un nuevo escenario de no criminalización, en el que la defensa de los derechos económicos pueda ser realizada mediante recursos de carácter exclusivamente civil y social, para lo que convendría potenciar estos últimos. Como su origen es civil, éste podría volver a ser en exclusiva el cauce para su tratamiento jurídico.

Siempre quedarían, no obstante, las figuras penales de desobediencia, para cubrir el aspecto judicial, es decir, para la protección del buen funcionamiento de los poderes públicos.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V.,

-*Análisis del Código penal desde la perspectiva del género*, Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998.

ACALE SÁNCHEZ, M.,

-*La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006.

ALBERDI, I.,

-*Historia y Sociología del divorcio en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

-“La familia, propiedad y aspectos jurídicos”, en *Estrategias familiares*, L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO eds., Alianza Universidad, Madrid, 1993, pp. 271 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.,

-“Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 19, 2007, pp.9 y ss.

ANTÓN ONECA, J.,

-“Historia del Código penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965.

-“El Código Penal de 1848 y Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965.

-“El Código Penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970.

-“Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal

español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pp. 249-287.

APARICIO AUÑÓN, E.,

-“La pensión compensatoria”, *Revista de Derecho de familia*, Vol. 5, Madrid, 1999.

ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.,

-“Artículos 487 y 487bis” en *Código Penal. Concordancias, Notas y Jurisprudencia*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1991, pp.980 y ss y “Artículo 237”, pp.529 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, M.,

-*La actualización del Código Penal de 1989*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1989.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.,

-*Manual de Derecho Penal. Parte Especial, III: Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª edic., 1995.

BAJO FERNÁNDEZ, M. CANCIO MELIÁ, M. y otros,

-*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

BARREDO DE VALENZUELA, A.,

-“El delito de abandono de familia. Glosas a la ley de 1942”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo III, 171 de la Colección, Madrid, 1942, pp. 377-388.

BECKER, H.S.,

-*Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press, New York, 1966 (trad. *Los extraños*, Edit. Amorrortu, Buenos Aires, 1970).

BELLO LANDROVE, F.,

-*La familia y el Código Penal español*, Madrid, 1977.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.,

- "Aspectos civil y penal del abandono de familia", *Revista de Derecho privado*, T. XXXIV, enero, 1955, pp. 3-37.

BERISTAIN IPIÑA, A.,

- "Delitos contra la familia y la moralidad sexual", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, pp. 296-316.

- "Protección penal de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia", en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, pp. 207-228 (Protection pénale de la famille", *Revue de Droit Pénale et Criminologie*, 1966-67, pp.755 y ss)

BERMÚDEZ OCHOA, E.,

- "El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 487 bis del Código Penal", *Actualidad Penal*, N° 21/23, Mayo, 1994, XXII, marginales 425-438.

BERNAL DEL CASTILLO, J.,

- *El delito de impago de pensiones*, Bosch, Barcelona, 1997.

BERNAL SAMPER, T.,

- *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª edic., Madrid, 2002.

BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T.S.,

- *La reforma penal de 1989*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BORJA JIMÉNEZ, E.,

-*Curso de Política Criminal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BUSTOS MORENO, Y.B.,

-*El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Edit. Dykinson, 2002.

BUSTOS PUECHE, J.E.,

-*"Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código Penal (abandono de familia)"*, *Anuario de Derecho Penal*, 1978, pp. 619 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J.,

-*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991.

CABALLERO GEA, J.A.,

-*La ley del divorcio*, 1981, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO,

-*Código Penal comentado*, Deusto jurídico, 2004, pp.500 y ss.

CAMARERO SUÁREZ, V,

-*Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, Monografías 336, Valencia, 2005.

CAMPUZANO TOMÉ, H.,

-*La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1994.

CARBONELL MATEU, J.C.,

- "Consideraciones en torno al delito de abandono de familia", en *Comentarios a la legislación penal*, M. COBO DEL ROSAL Dir. y M. BAJO FERNÁNDEZ, Coord., V, Vol. 2, Madrid, 1985, pp. 1035 y ss.

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.,

- *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª edic., 1993.

- *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., E. ORTS BERENGUER Coord., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, Coord. T.S. VIVES ANTÓN*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1063 y ss.

- *Derecho penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- *Derecho penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 y CD de edic. de 2008.

CASABÓ RUÍZ, J.R.,

- "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, pp. 320 y ss.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.,

- "El concubinato en la experiencia jurídica romana", en *Hominum causa omne ius constitutum est*, escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J.Mª Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1459-1477.

CASTEJÓN, F.,

- Jurisprudencia del artículo 487, en *Leyes de España conforme*

a los textos originales, Edit. Reus, Madrid, 10ª edic., 1947, pp. 390 y ss.

CASTIÑEIRA PALOU, Mª T.,

-“Delitos contra las relaciones familiares”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, AAUU, Dir. J.Mª SILVA SÁNCHEZ y Coord. R. NAGUÉS i VALLÉS, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, pp.163 y ss.

CERES MONTES, J.F.,

-*La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*, Colex, Madrid, 26, 1996.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.,

-*El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CEREZO MIR, J.,

-“Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 207-253.

- Curso de Derecho penal español. Parte General, reimpresión 5ª edic., 1997.

CLEMENTE MEORO, M.,

- "Efectos Comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *Derecho de familia*, V.L. MONTES y E. ROCA Coords., 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp.137 y ss.

COBACHO GONZÁLEZ, J.A.,

-*La deuda alimenticia*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1990.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.,

-Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª

edic., 1996 (y 3ª edic., 1991).

COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C.,

-*Derecho Penal. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C. y Coord. T.S., VIVES ANTÓN, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª edic., 1990.

COBO DEL ROSAL, M. y CASABÓ RUIZ, J.R.,

-“Aspectos penales de la protección familiar”, en *Protección jurídica de la familia*, Anales de Moral Social y Económica, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, pp. 497-519 (y coloquio, pp. 521-540).

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., RODRÍGUEZ RAMOS, L. Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.,

-*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Akal Iure, Madrid, 1990.

CÓRDOBA RODA, J.,

-“Artículo 237” en *Comentarios al Código Penal*, T. III; Edit. Ariel, Barcelona, 1978, pp. 518 y ss.

CORDÓN MORENO, F.,

- Concordancias y Notas a *la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Edit. Aranzadi-Thompson Reuters, Navarra, 14ª edic., 2009.

CORTEZO, J.,

-*La situación jurídica de la mujer casada*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1975.

COUCEIRO TOVAR, A.,

-“Los principios inspiradores de la Reforma dentro de la

incriminación y desincriminación de las leyes penales", *Poder Judicial*, nº especial, XII, 1990, pp. 73 y ss.

CUELLO CALÓN, E.,

-*El delito de abandono de familia (artículo 487 del Código Penal)*, Bosch, Barcelona, 2ª edic. 1948.

-*Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1957.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.,

-“La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, *La Ley*, Nº 3754, 7 de abril de 1995, pp. 1-5.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.,

-*Uniones de hecho: una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Edit. Tirant lo Blanch, Monografías 221, Valencia, 2002.

-“Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas”, en el *Libro Homenaje al Prof. ALBALADEJO GARCÍA*, Coords. J.M. GONZÁLEZ PONS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Tomo I, Colegio de Registradores-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª edic., 2004, pp. 223-243.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.,

-Presupuestos fundamentales del Derecho Penal, *Eguzkilore*, Nº 3, San Sebastián, 1989, pp. 55 y ss.

-“Imputabilidad y nuevo Código Penal”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. A. TORÍO LÓPEZ, *Estudios de Derecho penal*, C. Romeo Casabona Dir., Edit. Comares, Madrid, 1998, pp.299 y ss.

-“De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en *Estudios de Victimología, Actas del I Congreso español de victimología*, J.Mª Tamarit Sumalia Coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.197 y ss.

-“Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I., Edisofer, Madrid, 2008, pp.187 y ss.

DE LA MATA BARRANCO, N.,

- *El principio de proporcionalidad penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE MIGUEL CASTAÑO, C.,

-“Profesión y género”, en *Estrategias familiares*, L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO eds., Alianza Universidad, Madrid, 1993, pp. 95 y ss.

DE VEGA RUIZ, J.A.,

-*La prisión por deudas conyugales*, Colex, Madrid, 2ª edic., 1994 (1ª edic., 1991).

DELGADO IRIBARREN,

-*El divorcio. La ley de 2 de marzo de 1932*, Madrid, 1932.

DELGADO LÓPEZ, L.Mª,

-“El artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el delito de impago de pensiones”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 57, Madrid, 2000, pp.99 y ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.,

-Los delitos contra las relaciones familiares, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II*, BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, Edit. Ramón Areces, 1998, pp.305 y ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y SUÁREZ GONZALEZ, C. J.,

-*Prólogo a la decimocuarta edición del Código Penal*, Cívitas,

1989, pp.17 y 18.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. R.,

-*Los delitos contra la familia*, Edit Montecorvo, Madrid, 1974.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I.,

- *Las nuevas estructuras familiares en los Tribunales de Justicia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010,

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.,

-*Los delitos contra la seguridad de los menores e incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DOLZ LAGO, M.,

-*"La protección penal de la familia entre los viejos y nuevos paradigmas familiares"*, *Actualidad Penal*, N° 18, 1-7 de mayo, 1995, marginales 253-282.

DOMINGO AZNAR, A.,

-*Evolución histórica de la separación de hecho con especial referencia al Derecho español*, Dykinson, 1996.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M^a,

-*La figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Edit. Dykinson, Ensayos penales 5, Madrid, 2005,

EMPARANZA SOBEJANO, L. y EZQUERECOA DEL SOLAR, E.,

-*"Estudio sobre el límite temporal de la pensión compensatoria entre cónyuges en caso de separación y divorcio"*, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, AAVV, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992, pp. 315-340.

ESTRADA ALONSO, E.,

-*Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 2ª edic., 1991.

FERNÁNDEZ, M.A.,

-*Derecho Procesal Civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2ª reimpresión, 1994.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.,

-*La supresión del delito de adulterio y su repercusión en el delito de abandono de familia*", en *Comentarios a la Legislación Penal*, M. Cobo del Rosal Dir. y M. Bajo Fernández Coord., Tomo II, Madrid, 1983, pp.435 y ss.

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M.,

-*Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, Edersa, Madrid, 1994.

-*La regulación del impago de pensiones en el vigente Código Penal*", en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Parte Especial*, Tomo II, Colex, 1997, pp. 167 y ss.

FERNÁNDEZ MENDIZABAL, I.,

-*Impago de pensiones. Proyecto de un Fondo de garantía*", en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, AAVV, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992, pp. 261-276.

FERNÁNDEZ PINÓS, J.E. y FRUTOS GÓMEZ, C.,

-*Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones familiares, derechos y obligaciones familiares*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª D.,

-*Política criminal del adulterio*", en III Jornadas de

Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp. 131 y ss.

FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C., RODRIGUEZ BILBAO, R., REVILLA CASTRO, J.C., ANAGNOSTOU, A. y SANCHO HERNÁNDEZ, M.,

-*La igualdad de oportunidades. Los discursos de las mujeres sobre avances, obstáculos y resistencias*, Icaria, Barcelona, 2003.

FERRER SAMA, A.,

-*El delito de abandono de familia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1946.

-*"Abandono de familia"*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, T. II, Barcelona, 1950, pp. 16-33.

FLORS MATÍES, J.,

-*"Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487 bis del Código Penal"*, *Revista General de Derecho*, 586-587, 1993, pp. 6735-6760.

GARCÍA ALBERO, R.,

- *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Coord. G. QUINTERO OLIVARES, Edit. Thompson-Aranzadi, 8ª edic., 2009, pp.2236 y ss (y 4ª edic., 2005).

GARCÍA ARÁN, M.,

-*La reforma penal de 1989*, MUÑOZ CONDE, F. Coord., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 110 y ss.

-*"El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995"*, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la libertad y seguridad*, C.G.P.J. 1996, pp. 11-26.

- *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, AAUU, Dirs. J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN Tomo I, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp.578 y ss.

GARCÍA CANTERO, G.,

- "Comentarios a los artículos 97 a 101 del Código civil", en *AAVV Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, M., T. II, 2ª edic., Edit. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA ESPAÑA, E.,

- "El impago de pensiones en la realidad judicial", *Boletín Criminológico del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología*, Nº 27, marzo de 1997, pp.1-4.

GARCÍA GARCÍA, L.,

- *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA GIL, F.J.,

- "La Protección de lo hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial", *Rev. J. La Ley*, T.III., 1989, pp. 866 y ss.

GARCÍA PÉREZ, S.,

- "Notas sobre la reforma del abandono de familia y de niños en la ley orgánica 3/89", *Poder Judicial*, Nº XII (especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, pp. 219 y ss.

GARCÍA RUBIO, MªP.,

- *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA VALDÉS, C.,

- *El proyecto de nuevo Código Penal de 1992*, Tecnos, Madrid,

1992.

GARCÍA VARELA, R.,

- en *Comentario del Código civil*, Coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Edit. Bosch, Barcelona, 2006, pp.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.,

-*La unión libre (El marco constitucional y la condición del conviviente supérstite)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- "Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables", *Actualidad civil*, La Ley, XXVI, 2001, pp.1-30.

- "Matrimonio y uniones libres: el matrimonio homosexual. Consideraciones de política legislativa", *La Ley*, XXII, 3 de diciembre de 2001.

- "Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho", *La Ley*, nº 5791, año XXIV, 29 de mayo de 2003, ref. D-127, pp. 1528 y ss.

- "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, nº 5861, año XXIV, 1 de octubre de 2003, ref. D-214, pp. 1849 y ss.

- "La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado "divorcio exprés", en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, AAUU, Coord. J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.65 y ss.

GIL y GIL, A.,

- "Los tipos mixtos y su clasificación", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº extra, 2000, pp.97 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, E.,

- "La mujer y el Código Penal español" en *Estudios de Derecho*

Penal, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edic.

GIMBERNAT ORDEIG, E.; MESTRE DELGADO, E; MARTÍNEZ GALINDO, G.; COTILLAS MOYA, C. y ALCORTA PASCUAL, M.,

-*Código Penal. Concordancias y Jurisprudencia*, Edit. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 524 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.,

- "Sobre la teoría del "bien jurídico (aproximación al ilícito penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69, 1983, pp.85 y ss.

GÓMEZ GUILLAMÓN, R., LUZÓN CUESTA, J.Mª; MOYNA MÉNGUEZ, J.; ORTIZ ÚRCULO, J.C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.

-*Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Edit. Colex, Madrid, 12ª edic., 2008.

GÓMEZ PAVÓN, P.,

- "Comentario al art. 487 del Código penal", en *Código Penal Comentado*, Coords J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y L. RODRÍGUEZ RAMOS., Edit. Akal, Madrid, 1990, pp.917-921.

- "Comentario al art. 487 bis del Código penal", en *Código Penal Comentado*, Coords. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Edit. Akal, Madrid, 1990, pp.921-923.

- "El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 44, 1991, pp. 297-309.

GONZÁLEZ BEILFUSS,

-*Parejas de hecho y matrimonio entre personas del mismo sexo en la Unión Europea*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. y JAÉN VALLEJO, M.,

-Comentarios a los delitos contra las relaciones familiares, en

Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, BACIGALUPO ZAPATER, E. y otros, Edit. Trivium, 1997, pp. 2487 y ss.

GONZÁLEZ DELEITO, N.,

- "Un retorno al siglo XI: resurrección de la prisión por deudas", *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, N° 6, 1989, pp. 89-90.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L.,

- "El abandono de familia, cuestiones de política criminal", en *Estudios Penales*, I, Santiago de Compostela, 1977, pp. 219 y ss.

- "El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XVII, 1993-94, pp. 95-126.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.,

- "Parejas no casadas", en *Curso de Derecho civil, IV, Derechos de familia y sucesiones*, F.J. SÁNCHEZ CALERO, Coord., 4ª edic. 2009, pp.213 y ss (3ª edic., 2004, pp.259 y ss).

GONZÁLEZ POVEDA, P.,

- "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *La Ley del divorcio. Experiencias de su aplicación*, R. GARCÍA VARELA, P.; GONZÁLEZ POVEDA; P. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., Edit. Colex, Madrid, 1992, pp.93 y ss.

GONZÁLEZ POVEDA, P. y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I.,

- "Ejecución de las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales", en *La Ley del divorcio. Experiencias de su aplicación*, R. GARCÍA VARELA, P.; GONZÁLEZ POVEDA; P. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI y SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I., Edit. Colex, Madrid, 1992, pp.202 y ss.

GONZÁLEZ RUS, J.J.,

- "Delitos contra las relaciones familiares", en *Derecho Penal*

Español. Parte Especial, CARMONA SALGADO, C.; COBO DEL ROSAL, M.; DEL ROSAL BLASCO, B.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA, L. y QUINTANAR DÍEZ, M., Coord. M. COBO DEL ROSAL., Edit. Dykinson, Madrid, 2005, pp.407 y ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.,

-“Comentario del nuevo artículo 68 del Código civil”, en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, V. GUILARTE GUTIERREZ, V. Dir., Lex Nova, 2005, pp. 29 y ss.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.,

-*Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HERRERA MORENO, M.,

-“Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación*, RUBIO MARÍN, R.; HERRERA MORENO, M. y VIVAS TESÓN, I., Coord. R. RUBIO MARÍN, T. II, Aspectos penales, procesales y penitenciarios, Estudios 12, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pp. 217-228.

HIJAS PALACIOS, J.,

-“El delito de abandono de familia, breve estudio del artículo 487 del Código Penal”, *La Ley*, 7 de marzo de 1986, pp. 1167-1176.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.,

- *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.

HUERTA TOCILDO, S.,

-*Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.

ILLÁN FERRÁNDEZ, J.M^a.,

-*Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad*

matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2ª edic., Pamplona, 2002.

JESCHECK, H.H.,

- Tratado de Derecho penal. Parte General, Vol. I, Barcelona, 1981, p.351 (y 4ª edic., Comares, Granada, 1993, pp.6 y ss).

JIMÉNEZ DE ASUA, L.,

- "Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República", en *Manuales Reus de Derecho*, Madrid, 1934.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996.

JUANATEY DORADO, C.,

- *El delito de desobediencia a la autoridad*, Edit. Tirant lo Blanch, Colección los delitos, 1997, pp.37 y ss.

JUÁREZ, M.,

- "El matrimonio en la sociedad del cambio", en *Hominum causa omne ius constitutum est, escritos sobre el matrimonio*, en homenaje al Prof. Dr. J.Mª Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 101-122.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.,

- *Derecho de familia*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1989.

LALANA DEL CASTILLO, C.E.,

- *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993.

LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO ESCAMILLA, A.; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.; MESTRE DELGADO, E. y RODRIGUEZ NÚÑEZ, A.,

-*Derecho Penal. Parte Especial*, Coord. C. LAMARCA PÉREZ, Edit. Colex, Madrid, 5ª edic., 2010 (y 1ª edic. 2001).

LARRAURI PIJOAN, E.,

- *La herencia de la criminología crítica*, Edit, Siglo XXI, Madrid, 1991.

- "Control formal... y el Derecho Penal de las mujeres", en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, E. LARRAURI Compil., Siglo XXI Edit., Madrid, 1994, pp. 93-108.

LASCOUMES, P.,

- "Gli attori e la legge penale. Pluralità di attori, pluralità di azioni, nell'odierna formazione delle leggi", *Dei delitti e delle pene*, 1, 1992, pp. 27-44.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. y MENDOZA BUERGO, B.,

- *Código Penal*, Coord. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, Edit. Thompson-Civitas, 2004, pp. 1258 y ss.

LAURENZO COPELLO, P.,

- "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 51, 1993, pp. 769-821.

- *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- "La nueva configuración típica del delito de abandono de familia", en *Homenaje al Dr. M. BARBERO SANTOS. In Memoriam*, AAVV y Coord. A. NIETO MARTÍN, Edics. de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, Vol. 2, 2001, pp.283 y ss.

- *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, AAUU. Coords. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y C.Mª ROMEO CASABONA, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edic. 2004, pp. 1227 y ss (1ª edic. 1997).

LERENA, M^aE. y MARTÍNEZ, S.,

-*Matrimonio*, Colección de Jurisprudencia, Thompson-Aranzadi, 2007.

LEZCANO, R.,

-*El divorcio en la Segunda República*, Akal, Madrid, 1979.

LÓPEZ AZCONA, A.,

-*La ruptura de las parejas de hecho: análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Cuadernos de Aranzadi, Pamplona, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.,

-*Regulación procesal de la ley de divorcio*, Edit. Bosch, Barcelona, 1983.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L.,

-*Códigos Penales Españoles. Recopilación y Concordancias*, Akal, Madrid, 1987.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.,

-“El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código civil a la muerte del cónyuge deudor”, en *Revista General de Derecho*, Valencia, en-feb 1995, pp.34 y ss.

LÓPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARÁN, M.,

-*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: Comentario al texto y al debate parlamentario*, Edit. Eurojuris, Madrid, 1996.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.,

-*Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.,

-*La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía Práctica y Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1993.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.,

-*"El abandono de familia"*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo, 1932 pp. 281-288.

LUNA SERRANO, A.,

-*Derecho de familia*, LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNANDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., Vol. I, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1990.

LUZÓN CUESTA, J.M.,

-*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 17ª edic., 2010 (y 5ª edic., 1995).

LUZÓN PEÑA, D.M.,

-*Curso de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Universitarias, Madrid, 1996.

LLARÍA IBÁÑEZ, B.,

- *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, AAUU, Dir. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.275 y ss.

MAGRO SERVET, V.,

- "La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código Penal", *Diario La Ley*, año XXV, Nº 5934, Ref. D-13, 2004, pp.1629 y ss.

-*"El Juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral"*, en *La Ley integral de medidas de protección*

contra la violencia de género, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII-2005, Madrid, 2006, pp. y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.,

-*Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1990, pp.639 y ss.

MANZANOS BILBAO, C.,

-*La separación matrimonial. Investigación socio-jurídica aplicada al País Vasco*, Edit. Fundamentos, Madrid, 2000.

MAQUEDA ABREU, M^a. L.,

-*Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988.

MARCHENA GÓMEZ, M.,

-*La reforma y actualización del Código Penal, (L.O. 3/1989 de 21 de junio)*, Imprenta Perez Galdós, Las Palmas de Gran Canaria, 1989, pp.115 y ss.

- “Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procedimientos matrimoniales, de filiación y alimentos”, *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, AAVV y Coord. Edit. I.J., SERRANO BUTRAGUEÑO, Edit. Comares Granada 1998, pp.1153- 1159.

- “Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procedimientos matrimoniales, de filiación y alimentos”, *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Vol. VIII de la *Revista Expansión*, Madrid, 1999.

MARÍN LÓPEZ, M.J.,

-“De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” (artículos 90 a 101), *Comentarios al Código Civil*, Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Edit. Thompson-Aranzadi, 2^a edic.,

2006, pp. 209 y ss.

MARTÍN LÓPEZ, M^a T.,

- "Notas sobre el delito de impago de pensión", en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, AAVV y Coords. RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C., VALMAÑA OCHAÍTA, S., Colección Estudios, Edics. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, pp.25-54.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.,

- "Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil", en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, G. GUILARTE Dir., Lex Nova, 2005, pp. 185 y ss.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.,

- "Últimas tendencias en derecho de alimentos", en *Nuevos conflictos de familia*, AAUU, Coord. E. Llamas Pombo, Edit., La Ley, 2009, pp.647 y ss.

MASCARELL NAVARRO, M^a.J.,

- "Análisis de las reformas procesales de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio", en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, J. Gaviria Sánchez Coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp.335 y ss.

MAYORDOMO RODRIGO, V.,

- *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*, Edit. Dilex, Madrid, 2005.

MAZA MARTÍN, J.M.,

-Comentario y Jurisprudencia de los artículos 226 y 227, en *Comentarios al Código Penal*, AAVV y Dr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y Coord. J. LÓPEZ BARJA de QUIROGA, T. 3, Edit. Bosch,

Barcelona, 2007, pp.1674 y ss y 3870 y ss.

MEIL LANDWERLIN, G.,

-*Las uniones de hecho en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003.

MÉNDEZ SERRANO, M^a del M.,

-“El contrato de alimentos vitalicio”, en *Protección del patrimonio familiar*, Coords. F.J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.75 y ss.

MESA MARRERO, C.,

-*Las Uniones de Hecho: Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 3^a edic., Edit. Thomson-Aranzadi Pamplona, 2006.

MESTRE DELGADO, E.,

-“El matrimonio y la convivencia de hecho en el Código Penal”, en *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Colección Estudios, Edics. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, pp. 55 y ss.

MESTRE LÓPEZ, J.,

-*El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes (Estudio del artículo 237 del Código penal)*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986.

MIR PUIG, S.,

- *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2^a edic., Bosch, Barcelona, 1982.

-“Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 150 y ss.

MONTALBÁN HUERTAS, I.,

-“Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso”, en *La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 25 y ss.

MONTANOS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ ARCILLA, J.,

-*Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Edit. Dykinson, Madrid, 1990.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R.,

-Separación y divorcio tras la ley 15/2005, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MONTESINOS SÁNCHEZ, N.,

-“Demandas sociales y respuestas jurídicas a propósito de las uniones de hecho”, en *Hominum causa omne ius constitutum est, escritos sobre el matrimonio*, en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1433-1458.

MORENO QUESADA, B.,

-*Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*, B. MORENO QUESADA, J.M. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. OSSORIO SERRANO, J. RUIZ-RICO, J. GONZÁLEZ GARCÍA, R. HERRERA CAMPOS y L. MORENO QUESADA, Coord. J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, 3^a edic., 2004 y 5^a edic. Edit. Comares, Granada, 2009.

MORENO TORRES-HERRERA, M^aL.,

-“La pensión compensatoria”, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, J. Gaviria Sánchez Coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp.127 y ss.

MORETÓN TOQUERO, M.A.,

-El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares, Edit. Bosch, Barcelona, 2001.

MORILLAS CUEVA, L.,

-Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1996.

MOYNA MÉNGUEZ, J.,

-Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, AAUU, Edit. Colex, Madrid, 4ª edic., 1999, pp.541 y ss.

MOYNA MÉNGUEZ, J.; GÓMEZ GUILLAMÓN, R.; LUZÓN CUESTA, J.Mª; ORTIZ ÚRCULO, J.C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.,

-Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Edit. Colex, 2ª edic., 1996, pp.412 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.,

-Derecho Penal. Parte Especial, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, edic. 18ª de 2010 (7ª edic. de 1988 y 10ª de 1995).

- Derecho Penal. Parte General, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edic., 2007 y 8ª edic. 2010.

MUÑOZ CONDE, F. y QUINTERO OLIVARES, G.,

-La reforma penal de 1983, Bosch, Barcelona, 1983.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, S., OLIVARES GARCÍA, C. y SAN VICENTE JIMÉNEZ, M.,

- Asociación de mujeres Themis, Violencia Económica de Género. El Impago de pensiones en Andalucía. Análisis Jurídico-procesal, Instituto de la Mujer, Sevilla, 2004.

NUÑEZ BARBERO, R,

-La reforma penal de 1870, Universidad de Salamanca, 1969.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.,

- "Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia", Cuadernos de Política Criminal, nº 31, 1987, pp.85 y ss.

- "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLIII, fasc. I, 1990, pp. 5-27.

ONECHA Y SANTAMARIA, C.,

- "El deber de socorro mutuo entre cónyuges", *Poder Judicial*, Nº 27, 1992, pp. 171-178.

ORTEGA LLORCA, V.,

- "Los procesos de crisis matrimonial en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho*, Nº591, de diciembre de 1993, pp.11255-11291.

ORTIZ GONZÁLEZ, L.,

- "Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia", en *Separación y Divorcio*, Dir. VARELA PORTELA, M^a J., Cuadernos de Derecho Judicial, XXIV, 2005, pp.309 Y SS.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.,

- *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.523 y ss.

ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MATALLÍN EVANGELIO, A. y ROIG TORRES, M.,

- *Derecho Penal. Parte Especial en Esquemas*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.11 y ss.

ORTUÑO MUÑOZ, P.,

- "La Mediación Familiar", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV, 2005, pp.69 y ss.

OSSORIO SERRANO, J.,

-*Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*, B. MORENO QUESADA, J.M. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. OSSORIO SERRANO, J. RUIZ-RICO, J. GONZÁLEZ GARCÍA, R. HERRERA CAMPOS y L. MORENO QUESADA, Coord. J. SÁNCHEZ CALERO, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª edic., 2004 y 4ª edic. Edit. Comares, Granada, 2006.

PANIZO Y ROMO DE ARCE, A.,

-*"Tratamiento penal de las obligaciones económicas derivadas de la relación jurídica-familiar"*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IX, 1993, 261-287.

PARDO GONZÁLEZ, Y.,

-*"Delitos de impago de pensiones"*, en *Mujer y Justicia*, Estudio de la Jurisprudencia desde la perspectiva de género, XV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Madrid, 2001), edic. a cargo de MªJ. VARELA PORTELA, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002, pp.109 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P. y otros,

-*La protección de la dependencia. Comentarios a la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Coord. R. ROQUETA BUJ, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PÉREZ MANZANO, M.,

-*"El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio"*, *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Nº 21, marzo 1991, pp. 31-57.

-*"El impago de prestaciones económicas en favor de cónyuge y/o hijas e hijos"*, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, AAVV, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp.217 y ss.

PÉREZ MARTÍN, A.J.,

-*Derecho de familia, Nulidad matrimonial civil y eclesiástica.*

Aspectos penales del Derecho de familia. Comentarios, texto legal, casos prácticos. Jurisprudencia y formularios, Edit. Lex Nova, 2000.

PÉREZ UREÑA, A.A.,

-Normativa sobre uniones de hecho. Cuestiones candentes, Edit. Edisofer, Madrid, 2002,

- Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles. Derecho sustantivo, cuestiones procesales, jurisprudencia y formularios, 2ª edic., Edisofer, Madrid, 2007.

PÉREZ VILLALOBOS, Mª V.,

-Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho, Edit. Cívitas, 1ª edic., 2008.

PINTO ANDRADE, C,

-Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho, Noticias, Internet, 2008.

POLAINO NAVARRETE, M.,

- El bien jurídico en el Derecho Penal, Anales de la Universidad Hispalense, Universidad de Sevilla, 1974.

-El abandono de familia en el Derecho Penal español, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

-"Aspectos de penalidad del abandono de familia en el Derecho Penal español", en Estudios Penales, Córdoba, 1988, pp.239 y ss.

-"El delito de abandono de familia", Comentarios a la legislación penal, Dir. M. COBO DEL ROSAL y Coord. M. BAJO FERNÁNDEZ, XIV, Vol. 2, 1992, pp.493-812.

-"Impago de prestación económica familiar", Comentarios a la legislación penal, Dir. M. COBO DEL ROSAL y Coord. M. BAJO FERNÁNDEZ, XIV, Vol. 2, 1992, pp.813 y ss.

-Manual de Derecho Penal (Parte Especial), CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA, L. y POLAINO NAVARRETE, J., Dir. M. COBO DEL ROSAL, Vol. I, Edit.

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, pp.469 y ss.

-*Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, Vol. I*
 CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA,
 L.; POLAINO NAVARRETE, J., PORTILLA CONTRERAS, G., Dir. M.
 COBO DEL ROSAL, Eit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,
 Madrid, 1996, pp.1642 y ss.

PRATS CANUT, J.M.,

-*Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Dir. G. QUINTERO
 OLIVARES y Coord. J.M. VALLE MUÑIZ, Edit. Aranzadi, 1996,
 pp.1061 y ss.

-*Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Dir. G. QUINTERO
 OLIVARES y Coord. F. MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 4ª edic.,
 2005, pp.1179 y ss.

-*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, AAVV, Dir.
 G. QUINTERO OLIVARES y Coord. F. MORALES PRATS, Edit.
 Aranzadi, 2ª edic., 1999, pp.415 y ss y 8ª edic., 2009, pp.552 y ss.

**PRIMERAS JORNADAS. APLICACIÓN DEL DERECHO Y LA
 MUJER**, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, Serie
 Documentos, 4, Madrid, marzo-abril de 1984.

PUIG PEÑA, F.,

-“El delito de abandono de familia” en *Comentarios a las últimas
 disposiciones penales (Las principales reformas habidas en el Código)*,
 Edit. J. Schmöll, San Sebastián, 1943, pp.115 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.,

-*Derecho Penal Español. Parte Especial, Eit. Bosch*, Barcelona, 3ª
 edic., 1996 (y 2ª edic., 1992).

-*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Atelier, Barcelona,
 6ª edic., 2010.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.,

-“El incumplimiento de las obligaciones civiles sancionado

criminalmente", *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 728-733.

QUINTERO OLIVARES, G.,

-*Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.,

-*Los grupos de presión en la segunda República española*, Edit. Tecnos, Madrid, 1969.

RAMS ALBESA, J.,

-“Perspectivas legislativas sobre uniones estables de pareja”, en *Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1, 2003, pp. 99-123.

REIG REIG, J.V.,

-“Comentarios a los artículos 340 bis d), 424 y 487 bis”, *Poder Judicial*, Nº XII (especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, pp. 203-215.

REINA, V. y MARTINELL, J.M.,

-*Propuesta de reforma de la legislación matrimonial*, PPU, Barcelona, 1987.

-*Las uniones matrimoniales de hecho*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.

REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, M.,

-“Formas de familia en la España contemporánea”, en *Estrategias familiares*, L. GARRIDO MEDINA y GIL CALVO Edits., Alianza Universidad, Madrid, 1993, pp. 249 y ss.

REYES A.,

-*Delitos contra la asistencia familiar*, Publicaciones de la

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969.

ROCA i TRÍAS, E.,

- *Derecho de familia, AAVV*, Coords. V.L. MONTES y E. ROCA, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edic., 1995, pp.21 y ss.

-“Repensar la pareja de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Dir. E. ROCA TRÍAS, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación continuada, 28, 2004, pp.403 y ss.

RODRÍGUEZ BARRAGÁN, F.,

- “La violencia en la pareja”, *Forum Libertas.com*, Diario Digital.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M/SERRANO GÓMEZ, A.,

-*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 18ª edic., 1995.

RODRÍGUEZ MESA, MªJ.,

-*Comentarios al Código penal*, AAUU; Dirs. L. ARROYO ZAPATERO, I. BEDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I., J.C. FERRÉ OLIVÉ, N. GARCÍA RIVAS, J.R. SERRANO PIEDECASAS, J.Mª TERRADILLOS BASOCO y Coords. A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA, Edit. Iustel, Madrid 2007, pp.516 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.,

-“Notas sobre la futura protección de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, I, 1978, pp.51 y ss.

-*Manual de Derecho penal. Parte Especial*, I, COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., Edit. Akal Iure, Madrid, 1990.

-*Derecho penal. Parte Especial, Vol. I*, Universidad Complutense, Madrid, 1997.

-*Código penal y leyes penales especiales y complementarias*

(Concordado y comentado con Jurisprudencia sistematizada), AAUU, Dir. L. RODRÍGUEZ RAMOS y Coord. MARTÍNEZ GUERRA, A., Edit. La Ley, Madrid, 2009, pp.749 y ss.

ROMERO COLOMA, A.M^a,

-*Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*, Edit. Serlipost Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1994.

SAAVEDRA RUIZ, J.,

-Comentario y Jurisprudencia del artículo 618, en *Comentarios al Código Penal*, AAVV y Dr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y Coord. J. LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Tomo 3, Edit. Bosch, Barcelona, 2007, pp.3870 y ss.

SAEZ RODRÍGUEZ, C. Coord.,

- *La mediación familiar, penal y penitenciaria, el estatuto del mediador y el programa para su regulación*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2008.

SANZ MORÁN, A.,

-*El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986.

-“Aspectos penales de las crisis matrimoniales: una introducción”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, AAUU, Coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2009.

SANZ MORÁN, C.,

-“Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004, pp.1629 y ss.

SAURA ALBERDI, B.,

-*La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe*

y extensión, Tirant lo Blanch Monografias 319, Valencia, 2004.

SAURA MARTÍNEZ, L.F.,

-*Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Edit. Tirant lo Blanch Monografias 40, Valencia, 1995.

SCHEERER, S.,

-*"L'entrepreneur moral atypique"*, *Deviance et Societé*, Vol. 9, N° 3, 1985, pp. 267-289.

SERRANO GÓMEZ, A.,

-*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Dykinson, 14ª edic., Madrid, 2009.

SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I.,

-*"Aspectos penales derivados de ciertas actuaciones realizadas en el área de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en los procesos matrimoniales"*, en *La Ley del divorcio. Experiencias de su aplicación*, R. GARCÍA VARELA, P. GONZÁLEZ POVEDA, M. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI e I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Edit. Colex, Madrid, 1992, pp.237-269.

SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P.,

-*El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Instituto Andaluz de la Mujer, Estudios 7, Sevilla-Málaga, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.,

-*El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

- *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, 1992.

-*La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos de Civitas, 1ª edic. Madrid, 1999 (y 2ª edic. 2001).

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.,

-*Comentarios al Código penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G; JORGE BARREIRO, A.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., Dir. G. RODRÍGUEZ MORULLO y Coord. A. JORGE BARREIRO, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pp.663-668.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Y OTROS,

-*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Thompson-Civitas, 4ª edic., Madrid, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.,

-"La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, N° 63, pp. 123 y ss.

TIRAPU MARTINEZ, D.,

-"La evolución del matrimonio occidental", en *Hominum causa omne ius constitutum est, escritos sobre el matrimonio* en homenaje al Prof. Dr. J.Mª Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 123-128.

TOMÁS Y VALIENTE, F.,

-"La prisión por deudas en el Derecho castellano y aragonés", *Anuario de Historia del Derecho español*, N° 1, t. XXX, Madrid, 1960, pp. pp. 247-489.

TORRERO MUÑOZ, M.,

- *Curso básico de Derecho de familia*, Edit. Práctica del Derecho, Valencia, 2000.

TORRES MATEOS, M.A.,

-*Uniones extramatrimoniales, Colección Jurisprudencia: familia*, Thompson, Aranzadi, Pamplona, 2007.

URE, E.,

-*El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, o abandono de familia*, en *Jornadas de Derecho Penal*, Abaledo-Perrot Monografías 5, 2ª edic., Buenos Aires, 1960.

VAELLO ESQUERDO, E.,

-*Los delitos de adulterio y amancebamiento*, Bosch, Barcelona, 1976.

VALLADARES, E.,

-*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Edit. Cívitas, Madrid, 1982, 2ª edic., 1982.

VALLDECABRES ORTIZ, I.,

-*"La mujer y la familia en el Proyecto de Código Penal"*, *Actualidad Aranzadi*, Nº 86, 28 de enero, 1993, pp. 1-3.

VAN SWAANINGEN, R.,

-*"Feminismo, Criminología y Derecho penal: una relación controvertida"*, *Condicó femenina i justícia penal*, Papers d'Estudis i Formació, gener 1990, nº 5, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis i Formació, pp.85-107.

VARELA PORTELA, Mª. J.,

-*"Impago de pensiones: la desigual aplicación del art. 487 bis: Estudio comparativo de la jurisprudencia"*, en *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, AAVV y Coord. V. LATORRE LATORRE, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp.123-156.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.,

-*Nuevo Código penal comentado*, Editoriales de Derecho

Reunidas, Madrid, 1996, pp. 331 y ss.

-*Matrimonio y divorcio*, Edit. Dijusa, Madrid, 2005.

VELA SÁNCHEZ, A.J.,

-*Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Edit. Comares, Granada, 2005.

VIDORRETA RUIZ, M.,

-"Comentarios al artículo 227 del Código Penal de 1995", *Cuadernos de Política Criminal*, 62, 1997, pp. 507-510.

VILALTA NICUESA, A.E.,

-*Parejas de hecho. Uniones estables de pareja*, Edit. Bosch, Barcelona, 2006.

VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M.,

-*Contrato de alimentos*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

YZQUIERDO TOLSADA, M.,

- "Aspectos de Derecho de familia y de protección de menores e incapaces", en *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos)*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997, pp.441 y ss.

- "Aspectos civiles del nuevo Código Penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos)", Edit. Dykinson, Madrid, 1996.

- "El delito de impago de prestaciones, una intromisión del legislador penal en el campo del Derecho civil por la vía de resucitar la vieja prisión por deudas", en *Hominum causa omne ius constitutum est, escritos sobre el matrimonio*, en homenaje al Prof. Dr. J.M^a Díaz Moreno, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 1199 y ss.

ZANON MASDEU, L.,

-*El divorcio en España. Ley de 7 de julio de 1981*, Ediciones Acervo, Barcelona, 1981.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.,

-*"Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989"*, *Poder Judicial*, N° esp. XII, 1990.

-*Fundamentos de Derecho Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, 3ª edic., 1993.