

El abandono de familia y el impago de pensiones. “No poder cumplir” o “No querer cumplir”. Sabemos que el tipo objetivo, del delito que analizamos [227 CP] es de pura omisión, basta con dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier prestación económica establecida judicialmente en favor del cónyuge o los hijos. Pero es el tipo subjetivo, el dolo, esto es, la conciencia y voluntad concreta de dejar de pagar la prestación periódica que ha sido judicialmente impuesta, donde encuentra más dificultad el acierto en su enjuiciamiento.

Es muy habitual que para sustentar la ausencia de dolo, se realicen pagos parciales y de ahí se pretenda obtener la ausencia de dicho elemento subjetivo del injusto. La jurisprudencia ha venido manteniendo que los pagos a cuenta no eximen de la culpabilidad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, del 3 septiembre de 2009, aborda la situación y resuelve sobre los elementos circunstanciales concurrentes que llevan a la convicción que no se está ante una imposibilidad de cumplimiento "... en cuanto a los pagos parciales, los mismos no evidencian la ausencia de un elemento subjetivo, pues el tipo penal se configura por el impago, algo muy objetivo, de la pensión alimenticia establecida en sentencia o convenio regulador judicialmente aprobado. Y ha quedado acreditado el impago, y no ha quedado acreditado que dicho impago haya tenido lugar a consecuencia de una imposibilidad económica, pues es muy acertado el argumento del juez ad quo cuando afirma que si el acusado ha tenido otro hijo obviamente es porque ha de contar con medios económicos para el sustento de esa nueva familia, aunque permanezca la obligación de sustento del hijo que ya tenía, razón por la que ha sido encausado en este proceso. Luego realmente los pagos parciales no excluyen la culpabilidad de la conducta, como tampoco es posible aplicar una atenuante por el hecho de haberlos realizado, ya que el delito se consume por el impago de la pensión establecida judicialmente, por lo que un pago parcial implica incumplimiento de la obligación y no puede argumentarse como atenuante, ya

que la reparación del daño o la disminución de sus efectos no ha tenido lugar, el propio pago parcial ha generado incumplimiento de su obligación, forma parte del tipo y no puede formar parte de ninguna atenuante." En la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sentencia nº 274/2.001, de 19 de mayo, rec. 75/2.001, EDJ 2001/28.187), en cuanto declara que "... "La mayoría de la opinión doctrinal y jurisprudencial, vienen a indicar, que el delito de que tratamos es un delito de acción que no requiere de un resultado concreto. El pretender limitar la aplicación del citado precepto a los supuestos en los que el incumplimiento es total por entender que se hace necesario para su aplicación el efectivo abandono de la familia evidenciado por creación de una situación angustiosa para ella, es ir más allá de lo querido por el legislador.

En este caso, se trata del incumplimiento de una resolución judicial, debiendo significar que el pago debe reunir como causa extintiva de las obligaciones, los siguientes requisitos:

- a) integridad (artículo 1157 del Código Civil).
- b) identidad (artículo 1166 del Código Civil).
- c) indivisibilidad (artículo 1169 del Código Civil);

En el supuesto que contemplamos concurren los requisitos reseñados, y por ello debe entenderse incumplida la resolución judicial.

La solución contraria, esto es, la exigencia del incumplimiento total para considerar de aplicación el tipo de referencia, supondría permitir al acusado, en el caso, una vez dictada la sentencia de separación seguir determinando a su libre criterio, la suma a abonar, incluso por encima de las resoluciones judiciales y en claro perjuicio para la esposa o ex-esposa y los hijos. En definitiva, no caben formas imperfectas de ejecución, de tal modo, que es integrare en el tipo el pago parcial de las cantidades debidas o incluso el pago "a posteriori"; y habiendo sido parcial el pago efectuado por el apelante en los meses reclamados, es evidente que ha infringido la resolución judicial configurándose el ilícito penal por el que ha sido condenado."

Sobre la acusación pesa la exigencia de la triada probatoria de: 1) documentar la resolución judicial que la establece, 2) la conducta omisiva del impago, y la que se presenta como más compleja, 3) la disponibilidad de medios bastantes para pagar. En cuanto a este último elemento hemos visto que, ante la ausencia de ingresos, se acude a las presunciones referenciales como lo son priorizar otros pagos, postergando o desatendiendo parcial o completamente la pensión impuesta o, al que nos parece más relevante, el indicio cierto, de la voluntad de no pagar, asumiendo como base penal de condena lo resuelto en el proceso judicial del que deriva la obligación. Pues uno de los factores que se valoran en el proceso de familia para fijar las pensiones es el binomio clásico: capacidad del obligado y necesidades de los beneficiarios, así lo vino a establecer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos Sec.1ª de 24 de Noviembre de 2009, cuando al abordar la prueba de la disponibilidad de medios bastantes del acusado para pagar, declaró que: pues siendo este dato [disponibilidad de medios bastantes para el pago] uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. En la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 febrero 2006, toma como puntal de apoyo de la condena, lo valorado y resuelto en el previo proceso de familia, en el que se mantuvo igual excusa justificativa de ausencia de ingresos por el acusado, estableciendo "... el acusado aun cuando manifiesta que no ha tenido ingresos, reconoce que es arquitecto, y como experto en arte se dedica a la compra venta de objetos de arte (actividad que se compagina con los continuos viajes que realiza, siendo increíble que sufrague tantos costes para una actividad que pretende hacer creer no le reporta ningún ingreso). Por otra parte, ya en la sentencia de separación de 30 de diciembre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº28 se establecía la pensión alimenticia



en base a los gastos que entonces se acreditaron, porque tampoco en aquél momento se pudieron localizar ingresos. Por todo lo que, considerando además que el Juzgado de familia, no entendió hubiera cambiado las circunstancias económicas del acusado y desestimó su pretensión de modificación del importe de la pensión... concurren todos los elementos del tipo penal.

El estudio casuístico nos permite concluir, que el no querer cumplir, puede obtenerse de prueba indirecta. Y, en este sentido, la resolución judicial que fijó o mantuvo la prestación económica base del impago, constituye un indicio cierto de relevancia y trascendencia penal.

