

LUIS GONZÁLEZ GUTIÁN

**Catedrático de Derecho Penal
Universidade de Santiago de Compostela**

El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación.

Bajo el título de incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales o de filiación se encubre hoy en realidad, única y exclusivamente, la conducta conocida popularmente como impago de pensiones y limitada, además, sólo a los procedimientos matrimoniales. Este será, por lo tanto, el objeto principal de las siguientes páginas. Al incumplimiento de otras resoluciones judiciales que pueden recaer en procedimientos de esta clase me referiré con vistas al futuro que abre el Proyecto de Código Penal de 1992, tratando de ver si este texto da solución a los muchos problemas que plantea la legislación vigente.

El delito de impago de pensiones está descrito en el art. 487 bis del Código penal, precepto que fue introducido por la reforma de 1989 con cierta precipitación, puesto que no figuraba en el Proyecto de ley de actualización del Código y apareció de improviso durante el debate parlamentario. La introducción del precepto se justifica en la exposición de motivos de la ley de 1989 diciendo que "para la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, se incorpora al Código Penal una nueva modalidad de abandono de familia... intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase".

No voy a decir que exista una relación de causa a efecto, porque no lo puedo probar, pero me parece que hay bastantes razones para sospechar que en la decisión política de introducir en el Código un precepto en este sentido, para castigar penalmente estas conductas de impago de pensiones, debió tener un peso especialmente importante el documento llamado *Plan de acción para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1987-1990)*, publicado por el Ministerio de Cultura, Instituto de la mujer, en enero de 1987, en el que se incluye, dentro de los objetivos que se tratan de alcanzar en ese trienio, y dentro del área relativa a la familia, que se lleve a cabo –se dice– “la reforma del artículo 487 del Código Penal introduciendo el supuesto de impago de pensiones fijadas en resolución judicial como abandono de familia, sin necesidad de que se den en este caso los requisitos fijados en dicho artículo”, objetivo que el escrito que estoy citando fundamenta en que “uno de los mayores problemas que enfrenta en una separación o divorcio matrimoniales el cónyuge menos favorecido o aquel a cuyo cargo quedan los hijos habidos en el matrimonio –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 vivenciales a dicho cónyuge y a los hijos a su cargo. De ahí la necesidad tanto de establecer los mecanismos apropiados para amparar estas situaciones como de arbitrar las medidas precisas para sancionar debidamente el incumplimiento de estas obligaciones”.

En verdad, si pasamos por alto la deficiente redacción, es difícil no estar de acuerdo con este diagnóstico y también con parte de la conclusión: se trata a veces de situaciones muy graves, en la gran mayoría de los casos la parte más perjudicada es la mujer y deben utilizarse todos los mecanismos jurídicos apropiados para corregir esta situación. Hasta ahí no hay duda. Ahora bien, lo que ya es discutible es que la solución adoptada por el legislador, es decir, la introducción del art. 487 bis en el Código Penal, sea la más correcta. Hay que decir ya

desde el principio que este precepto no ha sido bien recibido por los penalistas (ni por las penalistas): por lo que alcanzo a ver, de lo que se ha publicado hasta el momento, hay una abrumadora mayoría que opina que en el mejor de los casos este precepto es superfluo, que si se considera necesario acudir al Código Penal para resolver estos problemas, cosa que es muy discutible, ya hay en el Código Penal suficientes mecanismos para castigar estas conductas, que no mejora la condición de la mujer –si ese era su fin– en modo alguno; más aún, que en algunos casos este precepto resulta contraproducente, que produce efectos contrarios a los deseados. En definitiva, se dice que debería desaparecer rápidamente.

Frente a esta opinión abrumadoramente mayoritaria, sólo encuentro un par de intervenciones en defensa del precepto. En especial, quiero citar aquí expresamente un interesante trabajo de Mercedes Pérez Manzano, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid. Más exactamente, no en defensa del art. 487 bis, sino en favor de la idea de que es preciso realizar alguna reforma en este sentido en el Código Penal y, en todo caso, tratando de salvar algo de este vigente art. 487 bis, cuya corrección técnica se pone claramente en duda. La cuestión es, por tanto, doble: primero, si este precepto es técnicamente correcto y segundo, si es necesario. Trataré de abordar ambas cuestiones, advirtiendo que en el Proyecto de Código Penal de 1992, no sólo no desaparece este delito, sino que, por el contrario, se amplía su ámbito de aplicación.

II

El art. 487 bis ha sido incluido, tal como se pedía en el escrito antes citado, en el capítulo del Código Penal que lleva la rúbrica “Del abandono de familia y de niños”. Se incluye

en él para tratar de alcanzar los casos de abandono en matrimonios ya rotos, que hasta entonces sólo cubriría parcialmente el segundo párrafo del art. 487 –limitado a casos de separación– y, además, sólo para el caso concreto de que la asistencia omitida fuera indispensable para el sustento.

El art. 487 bis tiene por objeto castigar penalmente el impago de prestaciones económicas establecidas judicialmente en procedimientos de nulidad, divorcio o separación, es decir, amenaza con pena al cónyuge que no cumpla la obligación judicialmente establecida en casos de ruptura del matrimonio de pagar al otro cónyuge o a sus hijos determinadas cantidades. Vamos a ver ahora rápidamente algunos aspectos esenciales de este precepto, subrayando algunos de sus problemas.

En primer lugar, como se acaba de decir, lo único que se sanciona penalmente es el incumplimiento de prestaciones económicas. Por lo tanto, no cabe aplicar este precepto a los casos de incumplimiento de otro tipo de obligaciones que pueden ser también establecidas judicialmente en casos de divorcio, separación o nulidad: por ejemplo, a quien incumple el régimen judicialmente establecido de visitas y no permite al otro cónyuge visitar a los hijos en los días señalados. En este caso podría, tal vez, plantearse la aplicación del art. 237, es decir, del delito de desobediencia a la resolución judicial y algunas sentencias hay, en efecto, en este sentido. Aparece ya aquí este delito, que tiene cierta importancia dentro del problema del impago de pensiones, como veremos.

En este punto debe hacerse el primer inciso para indicar que el art. 230 del Proyecto de Código Penal de 1992 tipifica la conducta de no permitir el régimen de visitas o comunicaciones establecido por resolución judicial en cualquier proceso matrimonial o de filiación. Debe destacarse el carácter estrictamente formal del precepto, cuyo tenor literal permite abrir un procedimiento judicial contra quien impide una vez dicho régimen de visitas o comunicaciones. También debe ponerse de manifiesto la existencia en el Proyecto del art. 601 que considera como

falta la conducta de padres, tutores o guardadores que, "sin llegar a incurrir, en su caso, en los delitos de desobediencia o sobre el régimen de visitas y comunicación, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial, retirando al menor del establecimiento, familia o persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndole cuando estuviesen obligados". No puedo negar que me parece sorprendente que se considere delito el no permitir al ex-cónyuge que visite a su hijo un día señalado mientras se califica como simple falta esta serie de conductas, que ya a primera vista parece claro que pueden constituir más de un delito del mismo Proyecto de 1992.

Dejando por el momento el Proyecto de 1992 y volviendo al Código Penal vigente, los supuestos en que puede entrar en juego el art. 487 bis son los de nulidad, divorcio o separación. En la precipitación para introducirlo en el Código Penal, no sé si porque se estaba pensando únicamente en la situación de la mujer que tiene a su cargo a los hijos en los procesos de ruptura matrimonial, quedó abierta una clara laguna, que es la de los procesos de filiación. Por tanto, en aquellos casos en los que se declara la paternidad y se establecen judicialmente las obligaciones económicas correspondientes, el padre que incumpla esas obligaciones no podrá ser castigado en aplicación del art. 487 bis. Eventualmente, podrá entrar en juego el párrafo segundo del art. 487, de alcance más limitado, o -y otra vez volvemos a él- el delito de desobediencia o, quizás, algún otro, que también veremos en su momento, pero no el 487 bis. Igualmente hay que decir que el Proyecto de 1992 trata de salvar esta laguna, añadiendo este supuesto de los procesos de filiación a los casos mencionados, es decir, nulidad, divorcio y separación.

La prestación económica ha de ser fijada en convenio homologado judicialmente o en resolución judicial de separación, nulidad o divorcio. Las dos posibilidades hacen obvia-

mente referencia a que en el primer caso se trata de supuestos en los que hay acuerdo entre las partes y el juez lo ratifica, mientras que en el segundo se trata de supuestos de litigio. En cualquier caso, lo que me interesa subrayar aquí –porque es importante, como después se verá– es que en ambos casos se trata de una decisión de la autoridad judicial. Aunque exista acuerdo entre las partes, este acuerdo está sancionado por la autoridad judicial. No se trata, pues, de un acuerdo meramente privado. En la expresión “decisión judicial”, dicho sea de paso, deben considerarse incluidas tanto las medidas provisionales aprobadas judicialmente como la resolución que las convierte en definitivas.

La conducta que se trata de castigar consiste sencillamente en el impago de la pensión durante un plazo de tiempo. Hay dos modalidades: el impago consecutivo (por tres meses) y el impago discontinuo (por seis). Debe, por tanto, destacarse ya que los impagos por períodos más breves de tiempo no entran en este precepto, con independencia de la necesidad real que tenga el ex-cónyuge afectado, al igual que, al menos teóricamente según la letra de la ley, cumplidos estos plazos nace la responsabilidad criminal también aunque el ex-cónyuge no tenga necesidad alguna.

La redacción legal implica asimismo que las prestaciones en las que no se haya establecido un abono mensual, quedan excluidas del precepto. Eso sí, teóricamente quedan incluidos en cambio los impagos parciales durante esos períodos. Por lo tanto, teóricamente será punible según este artículo la conducta de quien, por ejemplo, durante tres meses consecutivos paga sólo el 90% de la prestación económica a la que está judicialmente obligado. En la práctica, habrá que tratar de interpretar este precepto de forma que se puedan salvar de la intervención penal ejemplos como este que podrían resultar a todas luces excesivos en algunos casos. En otros no, claro está, pero con ello más que flexibilidad se ha introducido en el precepto un elemento de inseguridad considerable, inseguri-

dad que se acrecienta cuando se ve otro problema que presenta este precepto, dentro de este mismo orden de cosas, que es que no hay un límite temporal para computar los seis impagos no consecutivos, por lo que puede suceder que entre impago e impago transcurran períodos muy largos de tiempo. La solución propuesta por Pérez Manzano para este caso será utilizar los plazos civiles para prescripción de deudas: cinco años conforme al Código civil. Por su parte, el Proyecto de 1992 corrige en este punto el más obvio de los defectos señalados: el segundo párrafo del art. 229 tipifica el incumplimiento de cualquier otra prestación económica establecida judicialmente de forma conjunta o única. Sin embargo, este nuevo párrafo deja abiertos los mismos problemas derivados del automatismo de la intervención penal ante el impago.

El artículo no lo dice de forma expresa, probablemente porque el legislador no lo ha considerado necesario, pero quizá no sea ocioso recordar que para que exista responsabilidad criminal, el obligado ha de tener capacidad de pago o no estar en situación de necesidad. En este sentido debe recordarse la doctrina constante de los tribunales según la cual ha de demostrarse que el obligado tiene medios suficientes para atender a sus obligaciones.

Por otra parte, el precepto no exige dolo. Quiere esto decir que, teóricamente al menos, serían punibles aplicando el 487 bis las conductas de impago de prestaciones por negligencia. En la práctica, como recuerda Pérez Manzano, la vía de la imprudencia (sea en casos de negligencia, sea en casos de error) se cerrará con el requerimiento de pago del juez civil. Tras ello, no se podrá alegar imprudencia. En cualquier caso, creo, también de acuerdo con ella, que es un defecto del precepto no limitar la punición a las conductas dolosas.

La pena prevista para este delito es la de arresto mayor, es decir, hasta seis meses de privación de libertad y multa entre 100.000 y 500.000 pesetas. La pena ciertamente no es muy alta, pero, a la vista de la prevista en el art. 487 para casos de

abandono de máxima gravedad, la pena de este 487 bis no puede ser nunca mayor. Por su parte, el Proyecto de 1992 prevé para esta conducta las penas alternativas de arresto de ocho a veinte fines de semana o multa de seis a veinticuatro meses. Esta pena de multa sí puede ser mucho más elevada que la vigente, ya que, según las condiciones económicas del culpable, podrá llegar hasta los veinticuatro millones de pesetas.

Para terminar con esta rapidísima descripción del precepto, hay que destacar que el 487 bis es un delito perseguible de oficio, a diferencia del art. 487 que es un delito perseguible sólo a instancia de parte, de la persona abandonada, salvo las lógicas excepciones. Ello implica, entre otras cosas, que en el art. 487 bis no es posible el perdón del ofendido, a diferencia de lo que sucede con el artículo precedente. Se produce así la paradoja de que la víctima de la conducta más grave del art. 487 tiene la facultad de perdonar a quien le negó la asistencia indispensable para el sustento, mientras que, por el contrario, no tiene capacidad de perdón la víctima del art. 487 bis, a quien a lo mejor el impago de pensiones no le ha supuesto un perjuicio tan grave. Esta diferencia de trato, a falta de explicación oficial, puede tener su origen o bien en un simple despiste del legislador, cosa perfectamente posible, dada la precipitación con que se legisla, o bien en el hecho de que aquí ya está roto el matrimonio y se parte de un supuesto distinto al del 487. En cualquier caso, este dato lleva a muchos penalistas a reforzar la opinión de que éste es un delito distinto al abandono de familia "clásico" y que más que a la solución de un problema privado de la familia, aquí se apunta más bien a una desobediencia a la autoridad judicial que estableció las prestaciones económicas, con lo que adquiere ya ese carácter de delito público. Con ello nos acercamos ya a la discusión de los problemas centrales de este precepto. Pero antes debo indicar que el Proyecto de 1992 modifica el régimen vigente y establece también para este delito el régimen de persecución privada y la posibilidad del perdón de la parte ofendida. Ahora bien, antes de entrar en la discusión de la naturaleza de

este delito, debo hacer constar dos cosas: la primera es que el carácter público o privado del delito de impago de pensiones no puede ser nunca un argumento decisivo sobre el bien jurídico protegido; simplemente debe destacarse que lo más lógico sería que los delitos fuesen o públicos o privados y que resulta absurdo que uno sea público y el otro privado; la segunda es que estos días se están oyendo algunas voces –y voces influyentes– exigiendo que estos delitos dejen de ser privados. Por lo tanto, me parece más prudente no insistir por la tentadora vía que abre la legislación vigente y no utilizar demasiado este argumento.

III

Pues bien, vistos así los principales elementos de este nuevo delito, vamos a entrar ahora en su discusión. Como he dicho al principio, el precepto introducido en el Código Penal en 1989 ha sido muy mal acogido por los penalistas españoles. Resumo ya algunos de los argumentos empleados en la crítica:

1. Para empezar por el principio: se ha dicho que este precepto es inconstitucional –crítica que puede extenderse a su paralelo art. 229 del Proyecto de 1992– porque, dicho crudamente, supone la prisión por deudas o, dicho de forma más sutil –que permitiría abarcar también al art. 230 del Proyecto de 1992–, infringe principios esenciales básicos del Derecho penal porque se limita a imponer una pena para el incumplimiento de obligaciones civiles. Vayamos por partes y matizando:

a) Lo que trata de establecer el principio de prohibición de la prisión por deudas, en el sentido más estricto de esta expresión (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles

y políticos de 1962, ratificado por España en 1977), es que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual; es decir, se trata de evitar, como advierte Pérez Manzano, que las desigualdades económicas produzcan una situación de desigualdad jurídica, que llevaría a los económicamente más débiles a ser encarcelados por no poder pagar sus deudas. En este caso, hay que tener en cuenta que la cuantía de la pensión se determina en función de la capacidad económica del condenado y, además, hay que recordar que si el obligado deviene verdaderamente insolvente no se podrá aplicar el art. 487 bis.

b) En cuanto al segundo aspecto –es un mero castigo para el incumplimiento de deberes civiles–, hay que decir lo siguiente: si es así, es decir, si no se lesiona ningún bien jurídico, efectivamente este precepto no tendría cabida en un Código Penal. El Derecho penal no tiene una función de exclusivo refuerzo de normas civiles o administrativas, no existe para garantizar que se cumplan obligaciones civiles; más claramente aún, no existe para ejercer de intimidante cobrador de morosos, sino que tiene que actuar contra conductas que lesionan algún bien jurídico, cargadas, además, de un contenido adicional de desvalor que las hace especialmente reprochables. En este caso, a primera vista se advierte ya que existe el incumplimiento de una resolución judicial. Es decir, sin entrar aún en la cuestión del bien jurídico, cabe indicar ya que la sanción penal no se basaría en el mero incumplimiento de una obligación civil, sino que se trata de un incumplimiento cualificado que lesiona, además, por lo menos aparentemente, un bien jurídico: el interés social en que se cumplan las resoluciones judiciales.

Ahora bien, si se prescinde de ese elemento de desobediencia o se lo deja en segundo término, la cuestión se complica, porque otros aspectos del bien jurídico protegido en este delito son más discutibles. Algo de esto he apuntado ya antes: supongamos un caso de impago de pensiones en un matrimo-

nio disuelto en el que el cónyuge que recibe la pensión no tiene necesidad alguna de ella. Si no se considera el cumplimiento de la resolución judicial como interés directamente protegido y se quiere que estos preceptos tengan sentido propio y que no sean un mero mecanismo de castigo por el incumplimiento de obligaciones civiles, habrá que empezar por interpretarlos de una forma muy restrictiva en el sentido de que sólo serán aplicables en el caso de que exista una parte en alguna medida necesitada. Pero debe insistirse en que la letra de la ley admite su aplicación a cualquier caso de impago de pensiones, sean o no necesarias. Y de esta manera, por lo demás, lo viene entendiendo la jurisprudencia. Así, para citar un sólo ejemplo, A.P. Toledo, S. 30.9.1991: “se consuma formalmente por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca una efectiva situación de necesidad o de falta de medios para el sustento en el beneficiario de la prestación como consecuencia de la conducta típica, con lesión o puesta en peligro real de la seguridad de la víctima”.

Así estos preceptos no tienen sentido: fuera del marco de la desobediencia se convierten efectivamente en un mero instrumento de garantía de que se cumplirán determinadas obligaciones civiles. Si se quiere que tengan algún sentido —si no se considera el papel primordial de la desobediencia— será absolutamente necesario abrir esta vía de interpretación restrictiva porque así, además de proteger el cumplimiento de obligaciones civiles, tratarán de evitar una situación de necesidad creada por el incumplimiento de esas obligaciones. Como recuerda Pérez Manzano, el art. 487 bis nació, según la exposición de motivos de la ley de 1989, amparándose en la idea de protección de la parte más débil; si es discutible que sea necesario, no hay duda de que en estos casos no lo es.

El problema se complicará en el futuro si entra en vigor el art. 230 del Proyecto de 1992, al perderse por completo todo el carácter de infracción de deberes de asistencia de carácter material. En él lo que se impide es el ejercicio por un

cónyuge de su derecho a visitar a sus hijos o comunicarse con ellos en las condiciones judicialmente establecidas. Y aquí me parece que, sin negar, por supuesto, los posibles perjuicios de carácter moral —siempre difícilmente previsibles y precisables— que pueden derivarse para el padre o la madre a quienes se impide ver en alguna ocasión a sus hijos o los que puedan derivarse para los hijos a quienes se les impide ver en alguna ocasión a sus padres, el carácter formal con que ha sido concebido hace que lo que predomine en este precepto sea el incumplimiento de unas obligaciones civiles establecidas a través de una resolución judicial, lo que hace más difícil justificar la creación de un precepto específico para regular estas conductas, prescindiendo de o relegando a segundo plano el elemento de la desobediencia.

Lo primero que se puede decir, pues, para establecer una primera conclusión, es que si se estima conveniente mantener el precepto, argumentando sobre la necesidad de proteger el bien jurídico de determinados deberes de carácter familiar, debe ser objeto de una revisión para reducir su aplicación a límites más tolerables.

2. El segundo aspecto que se discute es el de su necesidad. En contra de la necesidad de introducir en el Código Penal uno o varios preceptos para regular específicamente este delito se pueden manejar tres clases de argumentos.

a) El primero es un argumento de Derecho comparado. En este sentido, se puede decir que preceptos como el 487 bis o los similares que contiene el Proyecto de 1992 son prácticamente desconocidos en el Derecho comparado. En los países de nuestro ámbito jurídico, sólo el Código Penal francés contiene un precepto similar aunque más duro: la pena para quien incumpla esas obligaciones judicialmente establecidas es de un año de prisión y multa, pero se añaden, además, dos cláusulas. Una, dudosamente constitucional, desde el punto de vista del principio de la presunción de inocencia, es que la falta de pago se presumirá voluntaria salvo prueba en contra-

rio y la otra, que la insolvencia resultante de mala conducta, indolencia o alcoholismo no será en ningún caso motivo de excusa para el deudor.

Claro está que con esto del Derecho de otros países pasa como con la eterna discusión de si la botella está medio llena o medio vacía. Para los partidarios de preceptos de este tipo, hay otro país que regula esta materia; para los adversarios hay sólo otro país que la regula. Yo me limito a hacer constar el hecho y a decir que el argumento de Derecho comparado puede ser ilustrativo pero nunca es decisivo, ni en un sentido ni en otro. Nada impedirá decir, a quien quiera decirlo, que nosotros y los franceses tenemos la razón y somos los que mejor protegemos a la mujer en este asunto, mientras que el resto del mundo está equivocado y las mujeres del resto del mundo más abandonadas a su suerte. Por lo tanto, no voy a insistir en ese punto.

b) El segundo argumento es el siguiente: no es necesario introducir en el Código Penal preceptos específicamente dedicados a castigar estas conductas porque la protección que pretenden brindar a la parte más débil en la ruptura matrimonial se puede conseguir sin ninguno de ellos, acudiendo a otras vías jurídicas ya existentes. En primer lugar, vías civiles.

En este sentido, aún quienes defienden la introducción de algún precepto específico en el Código Penal para regular estas conductas reconocen que las vías civiles ya existentes en la actualidad podrían solucionar si no absolutamente todos, sí muchos casos. Si esto es así, habrá que preguntarse qué problemas lo impiden en los demás casos.

Según sostienen los especialistas en estas materias, los problemas que plantean las vías civiles se presentan en dos planos: uno es en el terreno de las garantías de que se harán efectivas las obligaciones establecidas judicialmente, garantías que igualmente se establecen por el juez en las mismas resoluciones de los procedimientos matrimoniales o de filiación; el

otro nivel de actuación es el que se abre en la fase de ejecución de sentencia.

Pues bien, en lo que respecta al primer nivel cabe pensar que antes de introducir un nuevo precepto en el Código Penal debería plantearse la pregunta, como hace Boix, de por qué no se aplican con mayor frecuencia las medidas que prevé el Código Civil en orden a asegurar el cumplimiento de esas obligaciones, medidas que serán mucho más eficaces y darán mejor satisfacción al ciudadano que una respuesta penal, tardía y probablemente inoperante en lo que se refiere al cobro real de las prestaciones, que es lo que realmente interesa al sujeto pasivo. Hoy se abren ya ante el juez bastantes posibilidades de establecer garantías reales o personales, desde retenciones de nóminas o de salarios hasta anotaciones en el Registro sobre inmuebles propiedad del obligado, como, por otra parte, está previsto en la legislación de otros países. Es cierto que el juez no está obligado por ley a dictar medidas cautelares de este tipo más que en defecto de acuerdo de los cónyuges o respecto del derecho de alimentos y, probablemente, está bien que así sea, que exista un cierto grado de discrecionalidad judicial o que tenga un papel importante la voluntad de las partes. Lo que se pretende indicar aquí es que quizá convenga, antes de acudir al Código Penal, profundizar primero en los mecanismos civiles para ver cuáles son sus posibilidades reales y si, como se nos afirma, la experiencia ha mostrado deficiencias en la normativa, tratar de corregirlas. En todo caso, lo que está muy claro es que es muy alto el número de casos de impago de pensiones en los que no se había adoptado previamente medida cautelar alguna. Se advierte así en la práctica que en los casos de mutuo acuerdo no se adopta normalmente la menor cautela o garantía, cuando en cualquier contrato, mucho menos trascendente, a nadie sorprende que se adopten garantías. Creo, pues, que si no se estima oportuno hacer obligatorio el establecimiento de medidas cautelares en estos procedimientos, debería por lo menos facilitarse una mayor información y una adecuada orientación a las partes, en

lo que pueden jugar un importante papel sus asesores legales y, sobre todo, el propio juez.

En la fase de ejecución de sentencias es general el reconocimiento de que la legislación procesal se muestra con frecuencia insuficiente, especialmente para el cumplimiento de medidas de carácter personal, como, por ejemplo, el régimen de visitas. Por eso, en este aspecto es especialmente insistente la petición de reforma de las leyes procesales en esta materia. Aunque sea anecdótico, cabe añadir aquí que el origen de muchas de estas insuficiencias está en las deficiencias en materia procedimental de la propia ley de divorcio de 1981, que el propio legislador trataba de justificar por su carácter de provisionalidad, “en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Pero tres años después se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y en esa reforma de 1984 se estableció que los procedimientos matrimoniales continuarían rigiéndose por la Ley de 1981. Es decir, como tantas veces ha sucedido en la legislación española, cuando una ley se anuncia con carácter de provisional se establece una firme garantía de que esa ley va a tener larga vida.

Como conclusión de este argumento, lo que se puede decir, pues, es que existen unas vías civiles que con su aplicación decidida tanto por las partes como por los jueces podrían cubrir hoy mismo muchos casos. Por eso, cabe pensar si no sería más provechoso, antes de acudir a la solución más espectacular de cara a la galería y a una opinión pública exigente, que es reformar el Código Penal, practicar las reformas oportunas en la legislación civil, es decir, mejorar el sistema que es el básico en estas materias, para cubrir los casos que hoy todavía pueden quedar fuera del amparo de estas normas.

c) El tercer argumento sobre la innecesariedad de introducir en el Código Penal preceptos para regular específicamente estas materias es afirmar sencillamente que ya existen en la actualidad vías penales suficientes: estos preceptos son innecesarios —se dice— porque incluso en el Código Penal hay

ya de antiguo otros que podrían aplicarse a estos casos. Y aquí se pueden invocar especialmente dos delitos aplicables: la desobediencia y el alzamiento de bienes. El que plantea los problemas fundamentales es el delito de desobediencia y por eso le dedico el primer lugar.

c.1) Si la conducta consiste en esencia en negarse a cumplir una resolución judicial por la que se establecen determinadas obligaciones de carácter civil, esa conducta coincide esencialmente con la letra del art. 237 del Código Penal vigente en el que se tipifica el delito de desobediencia. Y si coincide con el tipo penal de desobediencia, ¿qué falta hace introducir un precepto específico?

El problema se plantea en términos distintos en el Proyecto de 1992. Ciertamente, su art. 506, que tipifica el delito de desobediencia, es idéntico a estos efectos al actual art. 237, por lo que con respecto a él se podría reproducir la pregunta. Y una pista para confirmar la posibilidad de apreciar el delito de desobediencia nos la da el propio Proyecto en ese art. 601, antes mencionado, que al tipificar la falta paralela al incumplimiento del régimen de visitas indica que se aplicará el 601 a quien quebrantase la resolución adoptada por el juez si el autor no llegase a incurrir, por ejemplo, en el delito de desobediencia. Debe destacarse, pues, esta subsidiariedad expresa que establece el Proyecto porque con ello está reconociendo el papel preponderante que la desobediencia juega en estos delitos.

Ahora bien, el Proyecto de 1992 presenta la novedad de incluir dentro del Capítulo dedicado al quebrantamiento de condena un precepto, el art. 452, en el que se castiga con multa de seis a doce 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 hubieran sido impuestas”. La introducción de este precepto se justifica en la exposición de motivos del Proyecto diciendo que estas conductas no tienen

hoy “otro camino de sanción que el recurso al delito de desobediencia, que ni es siempre viable ni es el que mejor protege la naturaleza de la relación entre los ciudadanos y los órganos jurisdiccionales”.

No es este el lugar para entrar a discutir sobre este precepto que pretende crear el Proyecto de 1992. Por ello me limitaré a subrayar que en el Proyecto coexisten: un delito de desobediencia genérica, un delito de desobediencia específica a las sentencias no penales y un delito de incumplimiento de prestaciones establecidas judicialmente en procesos matrimoniales o de filiación. Sin necesidad, como digo, de opinar sobre ese art. 452, hay que formular de nuevo la pregunta que hacía antes: ¿de verdad es necesario un precepto para castigar el incumplimiento de estas resoluciones judiciales, habiendo ya estas dos modalidades de desobediencia?. Para responder volvamos, de momento, al Código Penal vigente.

La verdad es que hay que reconocer que el delito de desobediencia se ha aplicado en contadas ocasiones a esta clase de conductas. Alguna vez sí, y esto ha de subrayarse y sobre ello volveré inmediatamente, pero lo cierto es que el delito de desobediencia parece tener una especial mala imagen y ha sido siempre objeto, especialmente por la jurisprudencia, de una interpretación fuertemente restrictiva, cosa que puede parecer extraña cuando estamos hablando de desobediencia a resoluciones judiciales. Las dificultades para apreciar el delito de desobediencia parecen girar sobre los siguientes puntos:

Primero. Es una doctrina constante de los tribunales que no se debe apreciar desobediencia a las resoluciones judiciales cuando hay otras vías (por ejemplo, vías civiles) para solucionar el problema y hacer cumplir la resolución. Así, para citar sólo un ejemplo y en una sentencia que recae sobre un caso de impago de pensiones, A.P. Teruel, 2.3.1991: “es evidente que el delito de desobediencia no surge por el solo hecho de no acatar un determinado compelimiento... de pagar una pensión, sino que, además, se requiere no exista otro pro-

cedimiento sustitutorio que permita conseguir el fin perseguido con el mandato u orden judicial”.

La cuestión, por tanto, vuelve al punto de si hay vías civiles para resolver estos casos que estamos tratando aquí. Y ahora debe recordarse que quienes son partidarios de introducir un precepto de este tipo en el Código Penal dicen precisamente como argumento que las vías civiles son todavía insuficientes. Entonces, si son insuficientes, no habría razón lógica para no aplicar el delito de desobediencia, lo que haría por tanto innecesaria la creación de un precepto específico. Sirva precisamente como ejemplo el caso del incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, que el Proyecto de 1992 tipifica en el art. 230 y que es una materia en la que los especialistas lamentan siempre la escasez de vías civiles para garantizar el cumplimiento de la sentencia, dadas las dificultades que, según parece, existen para cambiar el régimen de custodia. Estos casos sirven como ejemplo porque en ellos es precisamente donde han recaído algunas sentencias que aprecian el delito de desobediencia. No haría falta, pues, un precepto específico para castigarlos. Por otra parte, dándole la vuelta a este argumento jurisprudencial de que no se debe aplicar el delito de desobediencia si hay vías civiles suficientes, parece oportuno preguntarse: si los problemas civiles, creados por obligaciones civiles establecidas por Tribunales civiles, pueden solucionarse *satisfactoriamente* por vía civil, sin que se considere lesionado un bien jurídico tan importante como el que preside el delito de desobediencia, ¿es realmente necesario un precepto específico en el Código Penal?

Segundo. Es una doctrina constante de los Tribunales que la desobediencia a las resoluciones judiciales no crea por sí sola un delito de desobediencia. Como base de esta doctrina se suele invocar reiteradamente la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1915, alegando que dicha sentencia niega que la inobservancia de una resolución judicial pueda

ser generadora por sí sola de responsabilidad criminal. Eso es cierto, pero si se cita íntegramente se verá que esa sentencia quiere decir algo más. La resolución parte, en efecto, de que aunque en el caso existía ya una sentencia de desahucio, “nada se dice de que aquella fuese comunicada a las partes ni que las desahuciadas sufrieran el lanzamiento correspondiente”, de lo que concluye rechazando que “la infracción de lo prescrito en un fallo de los Tribunales, cuando se limita a su inobservancia, pueda ser generadora por sí sola de responsabilidad criminal, según repetidamente ha declarado este Tribunal Supremo, ya que nuestra ley Procesal civil tiene establecidos y regulados los procedimientos mediante los que, y siempre a instancia del actor, han de ser aquellos ejecutados por los Tribunales, a los que confiere expresamente facultad al efecto, por lo que sin que previamente se adopten las medidas oportunas en uso de dicha facultad, y sean estas abiertamente contrariadas con el consiguiente menoscabo y perjuicio de la Autoridad, puedan entenderse originadas y ser exigidas responsabilidades de orden penal”. La sentencia termina estableciendo que al “condenar el Tribunal sentenciador a las recurrentes, sin afirmar hubiesen sido debida y personalmente requeridas para el cumplimiento de un terminante y concreto mandato judicial, ha incurrido en el error de derecho...”.

Así pues, en realidad lo que viene a decir esa sentencia es, en primer lugar, la no apreciación de la desobediencia cuando hay otros procedimientos para ejecutar las sentencias, aspecto sobre el que ya se trató en el punto anterior, y, en segundo lugar –que es lo que ahora interesa–, que, en efecto, no basta con la mera resolución judicial, sino que para que nazca responsabilidad criminal por desobediencia es preciso un requerimiento posterior al sujeto en el que, además, se le advierte de la posibilidad de incurrir en desobediencia si hace caso omiso de él. Pues bien, aún aceptando esta doctrina jurisprudencial, que añade, por cierto, este elemento del requerimiento que no aparece en el tipo penal del art. 237, pero que en la materia que estamos tratando no parece inoportuno, y

repasando con ella a la vista sentencias sobre abandono de familia, se pueden encontrar casos en los que el obligado había sido objeto no de un requerimiento judicial, sino de tres y uno tras otro los había incumplido (A.P. Toledo, 30.9.1991). Si eso no es desobediencia a una resolución judicial, se puede deber quizás a que tiene un nombre mucho más expresivo.

Tercero. Un punto discutible a la hora de apreciar el delito de desobediencia es el elemento típico de la gravedad. Si estas conductas se considerasen como de desobediencia leve, esos hechos constituirían una falta. Sólo si se consideran graves podrán constituir delito. De ahí que quizás se piense que si los Tribunales no van a considerar estas conductas como desobediencias graves, será mejor crear un precepto específico para dar una respuesta penal más adecuada que la simple falta. Interesa, por tanto, precisar esa imprecisa exigencia típica de que la desobediencia sea grave. Y la verdad es que la jurisprudencia lo único que viene diciendo sobre ello es que la "gravedad de la desobediencia ha de deducirse del conjunto de circunstancias". Para facilitar esta deducción, los Tribunales han ido estableciendo una serie de criterios, que habrá que ponderar en cada caso, como son: la trascendencia del acto, los motivos del hecho, la persistencia en la oposición o el desprestigio de la Autoridad.

Pues bien, si hacemos caso a las demandas sociales, especialmente de organizaciones de mujeres, con toda razón indignadas por el clamoroso incumplimiento generalizado de estas resoluciones judiciales, demandas que llegaron a exigir y a conseguir la creación en 1989 de un precepto específico para sancionar estas conductas –el vigente 487 bis–, no nos puede quedar duda alguna de que en estos casos se dan casi todos –si no todos– los criterios de una forma bastante clara. Pero es que, además, creo que se puede ver con claridad también que en verdad el problema es de grave trascendencia para la Administración de justicia, porque el generalizado incumplimiento de sus resoluciones supone un grave ataque, para utili-

zar las palabras de Vives Antón, a su dignidad, entendida funcionalmente, como requisito imprescindible para su buen funcionamiento y, más que eso, provoca desfavorables repercusiones para la vida social. En otras palabras, que no tiene por qué haber inconvenientes para que se considere en estos casos la existencia de una desobediencia grave. Y en los casos en que la desobediencia sea realmente leve, porque tiene poca trascendencia o por cualquier otra razón, se aplica la falta de desobediencia leve, porque es justo que así sea, porque es una infracción leve. De esta forma, se puede además valorar la entidad real de la infracción, evitando el automatismo del actual delito de impago de pensiones. Es decir, que tampoco desde este punto veo problemas para aplicar la desobediencia, por lo que resultaría innecesario crear un precepto específico para castigar estas conductas.

Cuarto.- Es práctica habitual de las Audiencias que han aplicado el vigente delito de impago de pensiones no establecer responsabilidad civil en los casos en que han apreciado responsabilidad criminal y condenado en virtud del actual art. 487 bis. Así, por ejemplo, A. P. Badajoz, 13.3.1991; A. P. Oviedo, 4.4. 1991; A. P. Albacete, 2.5.1991. Excepcionalmente, se puede encontrar la opinión contraria en A. P. Toledo, 30.9.1991.

La consecuencia, como es obvio, es que la jurisdicción penal no establece la obligación del condenado a pagar las pensiones que dejó impagadas y que, por tanto, la parte perjudicada tendrá que acudir después a la jurisdicción civil a reclamar su cobro. Las razones que alegan las Audiencias son varias. No puedo detenerme ahora en todas ellas, por lo que sólo mencionaré una, porque es la que importa para lo que estamos tratando, tomando como ejemplo una sola sentencia, A. P. La Coruña, 30.1.1993: la deuda que se ha creado -dícese de carácter civil y no corresponde imponer su pago al juez penal por analogía con otros delitos; por ejemplo, dice, y yo lo subrayo, el de desobediencia, ya que la condena penal por un

delito de desobediencia a una resolución de un juez civil no implica el cumplimiento de lo ordenado, que se reserva a la jurisdicción civil. Este argumento toca ya el fondo del problema: para estas Audiencias el delito de impago de pensiones es un supuesto especial del delito de desobediencia. Y si es un supuesto especial de desobediencia ¿no podría castigarse ya por el delito de desobediencia? ¿Hay en él algo que lo haga tan especial con respecto a otras desobediencias como para exigir una regulación autónoma?

Quinto.- La respuesta a esta pregunta y única vía para intentar justificar la existencia de un precepto específico distinto de la desobediencia tiene que venir por el camino de la indagación del bien jurídico protegido en el art. 487 bis (o en los arts. 229 y 230 del Proyecto de 1992) y en el delito de desobediencia. En el delito de desobediencia existe acuerdo en que se trata de un delito contra el orden público, en el sentido más restrictivo del término, en la medida en que el incumplimiento de las resoluciones de la autoridad, entre ellas, las resoluciones judiciales, afecta siempre a ese orden. A partir de aquí se ha entendido que el delito de desobediencia debería aplicarse sólo cuando ese bien jurídico orden público sea el único atacado o al menos el directamente atacado. La cuestión dependerá, entonces, dado que el incumplimiento de una resolución judicial producirá normalmente "efectos secundarios" sobre otros bienes jurídicos, de cuál sea el bien jurídico directa o principalmente protegido en estos preceptos que nos ocupan.

Hoy parece existir acuerdo en que en el abandono de familia (denominación común al 487 y 487 bis) no se protege la familia, al menos no la familia como institución; no se protege la existencia de la familia, sino la asistencia familiar. Con ello se reconoce que se persigue la protección de la seguridad material de las personas que forman o han formado parte de una familia, no la protección de la familia como tal. Se trata, pues, de garantizar un derecho subjetivo a la asistencia mate-

rial que poseen determinadas personas que son o han sido miembros de una determinada familia, en cuanto que su incumplimiento puede suponer un perjuicio de cierta entidad para ellas.

En este marco, la creación en 1989 del art. 487 bis tipificando el delito de impago de pensiones introdujo ya un elemento perturbador; ciertamente mantiene la dimensión estrictamente económica -si se quiere decir más claramente, estrictamente material- de estos deberes de asistencia, pero diluye un tanto el sentido real de la protección en cuanto que, como se ha visto, la letra de la ley 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 éste no tenga necesidad alguna de asistencia de ningún tipo. Con independencia de lo que se pueda pensar sobre ello, lo cierto es que con esta regulación comienzan a aparecer puntos débiles en la idea de que la seguridad es el bien jurídico protegido en este delito; comienza a abrirse paso la idea de que no es tanto la seguridad del ex-cónyuge lo que se protege, como el cumplimiento de una decisión judicial.

Pues bien, el Proyecto de 1992 viene a difuminar todavía más los ya borrosos contornos del bien jurídico protegido. Por supuesto, al mantener los mismos términos que el vigente 487 bis en la configuración de la conducta típica del art. 229 mantiene el mismo problema, pero es que el art. 230, al incluir el incumplimiento del régimen de visitas y comunicaciones judicialmente establecido, se aleja ya decididamente de la idea de asistencia material que presidía estos preceptos.

En el Proyecto de 1992 los artículos que tipifican estas conductas se encuadran en un capítulo bajo la rúbrica de "delitos contra los derechos y deberes familiares". Y lo son, ciertamente, pero siempre que se precise que bajo esa fórmula tan amplia se comprenden aquí conductas contra los derechos y deberes familiares que están establecidos por resolución

judicial. Así pues, podría decirse provisionalmente que el bien jurídico protegido en estos preceptos es el interés social en que no se incumplan resoluciones judiciales que establecen deberes y derechos de asistencia entre personas unidas por un vínculo familiar, ya que su incumplimiento puede producir tanto el lógico efecto perjudicial para la Administración de Justicia, con todo lo que ello supone, como un perjuicio de cierta entidad para las personas directamente afectadas.

Dicho de otra manera: se puede entender que en estos preceptos hay dos intereses en juego, como por lo demás sucederá normalmente en muchos incumplimientos de resoluciones judiciales, porque su inobservancia -dado que las sentencias son fórmulas de resolución de conflictos- provocará normalmente un perjuicio para el interés que está en la base del conflicto y que se ha visto reconocido por la sentencia, pero, a mi modo de ver, en el caso que nos ocupa el predominantemente afectado es el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Como el Proyecto de 1992 refuerza más aún la concepción formal de esta regulación, me parece estéril el esfuerzo por pasar a primer plano otros intereses. Ya hoy del precepto vigente no se desprende la más mínima exigencia de merma para la seguridad de los miembros de la familia. Es cierto que puede tratar de interpretarse en este sentido y me parece correcto para reducir su alcance a límites más ajustados, pero eso es sólo una hipótesis de interpretación; el legislador no lo dice en el 487 bis ni lo dice en el Proyecto de 1992 cuando pudo decirlo, porque así se le venía exigiendo desde la aparición del 487 bis; es más, no sólo no lo dice, sino que en el Proyecto refuerza su idea inicial. Y, como antes se ha dicho, tampoco los tribunales lo vienen entendiendo así.

Todavía más: el Proyecto de 1992 deroga, con buen criterio, el actual párrafo primero del art. 487 con lo que, por un lado, se destipifica el mero incumplimiento de deberes legales de asistencia económica en el matrimonio, pero por otro el Proyecto pasa a castigar el mero incumplimiento de

deberes (legales) más amplios, siempre que estén impuestos por resolución judicial. Me parece ya claro que lo que se protege así, primordialmente, es el principio constitucional de que las resoluciones judiciales deben ser cumplidas (art. 118 de la Constitución), porque 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.

En otras palabras: el bien jurídico esencialmente protegido en el art. 487 bis (y correlativos del Proyecto) coincide con el del delito de desobediencia; la protección de los derechos y deberes familiares es, en realidad, una protección mediata, que va implícita en la defensa genérica del cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Lo que hay que preguntarse, pues, es si los esfuerzos para buscar un bien jurídico defendible -para ver si en el precepto hay un bien jurídico distinto de la desobediencia digno de protección- son útiles; es decir, si no basta ya con la protección mediata que a estos derechos y deberes familiares se ofrece a través del delito de desobediencia. En este sentido, hay que decir que incluso quien ve en el impago de prestaciones y en la desobediencia bienes jurídicos no exactamente coincidentes, tiene que reconocer que con la existencia de este delito autónomo el concurso que se plantea con la desobediencia ha de resolverse como un concurso de leyes, que se regirá por el principio de especialidad con la aplicación consiguiente del art. 487 bis. Pues bien, se llega así a la conclusión, no muy satisfactoria, de que este precepto no sirve de gran cosa, puesto que la pena es exactamente la misma que la del delito de desobediencia en el Código Penal vigente.

En el Proyecto de 1992 el problema se plantea en otros términos. Si no existiera el art. 452, la solución sería la misma que se acaba de indicar, pero aún más insatisfactoria, puesto que la pena privativa de libertad del delito de desobediencia es

más grave que la de los delitos de los arts. 229 y 230. Dicho más claramente: que la introducción de este precepto resultaría contraproducente, porque la pena sería menor que si estos delitos no existieran y se aplicase sólo el delito de desobediencia. Sin embargo, como queda dicho, existe el delito del art. 452, con lo que el concurso se establecerá entre éste y los arts. 229 y 230. En dicho concurso, el principio de especialidad lleva ahora a aplicar los dos preceptos de incumplimiento de obligaciones. En este caso, pues, la existencia de normas dedicadas al incumplimiento de estas resoluciones judiciales concretas permite elevar la pena sobre el incumplimiento genérico de sentencias, pero con ello se abren algunas interrogantes. Como no es mi intención discutir el art. 452 del Proyecto, me limitaré sólo a dos.

La primera: si se decide crear un precepto específico para sancionar el incumplimiento de sentencias, ¿qué necesidad hay de crear, a su vez, otro precepto más específico aún para los incumplimientos de sentencias en procesos matrimoniales o de filiación? Si un argumento para defender la creación del actual art. 487 bis es la presunta dificultad de aplicar el delito de desobediencia, no se alcanza a ver muy bien porqué, una vez que se trata de salvar las pretendidas dificultades del delito de desobediencia para castigar estas conductas de incumplimiento de sentencias no penales creando un precepto para ello, no sólo se mantiene, sino que aún se amplía más la punición independiente de estos incumplimientos de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales o de filiación, extrayéndolos del régimen común del futuro art. 452.

La segunda: ¿por qué el incumplimiento de resoluciones judiciales en estas materias concretas tiene una pena más grave que el de los demás incumplimientos de sentencias no penales? Es cierto que en ocasiones puede tener graves consecuencias, pero no se puede negar que es perfectamente posible que el incumplimiento de una sentencia de otro tipo tenga

repercusiones aún más graves. A esto debe añadirse el carácter formal de los arts. 229 y 230 del Proyecto, lo que hace más difícil justificar con carácter general esta diferencia de trato.

La conclusión a este punto es, por tanto, la siguiente: la conducta, tal como está descrita en el art. 487 bis (o en los arts. 229 y 230 del Proyecto de 1992) es esencialmente una conducta de desobediencia. La aplicación del delito de desobediencia, tamizada, si se quiere, por el previo requerimiento, haría innecesaria la creación de preceptos específicos para sancionar penalmente estas conductas.

c.2) Pero, como antes decía, todavía hay en el Código Penal vigente y en el Proyecto de 1992 más medios para hacer frente a estas conductas: en los casos en que se oculten maliciosamente los bienes para no hacer frente a las prestaciones establecidas estaremos ante una conducta de alzamiento de bienes tipificada en el art. 519 del Código o en el 265 del Proyecto. Las prestaciones económicas derivadas de estas situaciones de ruptura familiar son, a estos efectos, exactamente iguales a deudas de otro tipo. Por lo tanto, y dada la frecuencia de estas conductas de ocultación de bienes, este tipo penal de alzamiento haría innecesaria para muchos casos la creación de un precepto específico para el impago de pensiones.

Ahora bien, hay que reconocer que hay una limitación para apreciar el alzamiento de bienes. El Código Penal vigente presenta el obstáculo de la excusa absolutoria del art. 564, que impide la aplicación de este delito en los casos de separación (no de divorcio, ni de nulidad), puesto que en ellos sigue subsistiendo el matrimonio. Es cierto que en el Proyecto (art. 279) desaparece la imposibilidad de aplicar la excusa absolutoria de parentesco en determinados delitos contra la propiedad a los casos de separación, con lo que se solucionaría este problema, pero en cambio, como se mantiene la excusa con respecto a los descendientes, no podrá aplicarse el alzamiento de bienes en los incumplimientos en procesos de filiación, que son precisamente, como hemos visto, la principal novedad del

Proyecto en este aspecto. El mantenimiento de la tan reiteradamente criticada excusa absolutoria continuará presentando problemas si entra en vigor el Proyecto de 1992.

Es verdad que si se buscan caminos para una mayor protección y si la protección se mide exclusivamente en términos de energía en la amenaza penal, ha de reconocerse que con relación a este delito de alzamiento, la existencia de un delito de impago de pensiones tiene el efecto de que crea un concurso del art. 71 con lo que se impone una agravación de la pena. Pero a esto puede alegarse que si no existiese, el concurso podría establecerse entre la desobediencia y el alzamiento y sería ya un concurso real, con lo que el nivel de protección no disminuiría, sino que se reforzaría notablemente.

c.3) Por último, y abundando en la misma línea de las repercusiones que la introducción del art. 487 bis ha producido desde el punto de vista del nivel de protección de la parte más débil en las rupturas matrimoniales, se puede indicar que la creación del nuevo delito de impago de pensiones ha venido a abrir la posibilidad de una relación concursal entre este 487 bis y el segundo párrafo del 487 cuando el incumplimiento de la prestación económica establecida judicialmente suponga la negación del alimento indispensable para el sustento del otro cónyuge. Sin embargo, se trata, en primer lugar, de una relación concursal un tanto limitada, pues sólo alcanza a los casos de separación, no de divorcio ni de nulidad. Se establece así una discriminación, que, si se trata de justificar alegando que en la separación todavía existe el matrimonio, por lo que los deberes de asistencia tienen una mayor intensidad, nos obligará o bien a considerar deficiente el 487 bis también en esto, ya que no establece diferencias entre incumplimientos atendiendo a si se producen en casos de separación, divorcio o nulidad, o bien a pensar nuevamente en lo que verdaderamente le importa al legislador en el 487 bis es el incumplimiento de una sentencia, no los deberes que están en realidad tras ella. Y, en segundo lugar, se trata de un concurso de solución dudosa,

sobre el que la doctrina ha debatido con tenacidad digna de mejor causa, puesto que en todo caso supone optar -dejando aparte la multa, claro está, cuya imposición se rige primordialmente por otros criterios- entre la pena de arresto mayor en toda su extensión (de un mes y un día a seis meses) del 487 bis, si se acude al principio de especialidad, y la pena de arresto mayor en grado máximo (de cuatro meses y un día a seis meses) del 487, párrafo segundo, si se opta por la alternativa, solución que me parece más acertada. La discusión me parece digna de mejor causa también porque, en el mejor de los casos, es decir, si se acepta la segunda opción, que lleva a imponer la pena más grave posible, esa pena es exactamente la misma que habría que imponer si no se hubiese introducido el art. 487 bis. Y, por cierto, la situación no va a mejorar con el Proyecto de Código Penal de 1992.

IV

Así pues, concluyo: aunque lo pienso no voy a decir que la creación de estos delitos para sancionar el incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación es innecesaria. Voy a decir solamente que su necesidad es dudosa. Una vez más hay que preguntarse si estos fines de protección de la parte más débil en una familia rota no se podrían conseguir de una forma más eficaz utilizando los mecanismos jurídicos, civiles o penales, ya existentes, que hoy pueden ya sin retoque alguno o con retoques pequeños solucionar muchos de estos casos y no acudir precipitadamente al Derecho penal para introducir elementos nuevos, técnicamente muy discutibles y que vienen a introducir confusión y desajustes en un Código Penal ya bastante confuso y desajustado. Este delito de incumplimiento de resoluciones judiciales en procesos matrimoniales y de filiación es un ejemplo

muy claro de cómo no se debe legislar y de que la necesidad de reformas penales hay que meditarla seriamente y con criterios político-criminales racionales y coherentes. El Derecho penal no sirve para soluciones de urgencia. Ni en esta materia ni en ninguna otra.

BIBLIOGRAFÍA

(No se indican los Tratados y Manuales de Parte Especial)

Boix Reig, J., *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

Córdoba Roda, J., *El cumplimiento de resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, en *Actualidad Jurídica*, 1981 (1), 9 ss.

García Arán, M., en Muñoz Conde, F. (coord.), *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989.

Gómez Pavón, P., *El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, 297 ss.

Mestre López, J., *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Barcelona, 1986.

Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1987, 85 ss.

Pérez Manzano, M., *El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio*, en *Poder Judicial*, 1991, 21 ss.

Polaino Navarrete, M., *Impago de prestación económica familiar*, en *Comentarios a la legislación penal*, XIV-2º, Madrid, 1992, 813 ss.