

# LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº1 | Abril 2022



## SUMARIO:

**Comentarios de jurisprudencia**

Manuel Jaén Vallejo

**El delito de impago de pensiones**

Luis Ortiz

**El nuevo art. 192.3 y el aleteo de la mariposa**

Claudio García vidales

**AJFV** ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA

Nº1 abril 2022

## LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria  
ajfv@ajfv.es

### COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz  
Verónica Ponte García  
Claudio García Vidales  
Rafael Herreros López  
Arturo Valdés Trapote

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook  
Ilustración: El Solaruco (Santander).  
Fotografía: Verónica Ponte García

ISSN: 2605-2773

### EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

# Sumario

03

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA. SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO

por Manuel Jaén Vallejo Magistrado Juzgado de lo Penal núm. 4 de Getafe

09

## EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES: EN BUSCA DE LA TRANSPARENCIA

por Luis Ortiz Vigil Magistrado Audiencia Provincial de Asturias, Sección 8ª

19

## EL NUEVO ART. 192.3 Y EL ALETEO DE LA MARIPOSA

por Claudio García Vidales Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de Roquetas de Mar

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo

Manuel Jaén Vallejo  
Magistrado Juzgado de lo Penal núm. 4 de Getafe

**SENTENCIA 389/2020**, de 10-7. ROJ: STS 2493/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 2493.

**PLENO.** Ponente: Magistrado D. Julián A. Sánchez Melgar. Desestima el recurso. Votos particulares.

**DISPENSA DEL ART. 416 LECRIM.:** cambio jurisprudencial; corrección del Acuerdo Plenario de 21-1-2018; no recobra el derecho de dispensa, quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma; pérdida, pues, del derecho a la dispensa, desde el momento mismo en que se ha ejercido una acusación particular; Convenio de Estambul.

En materia de dispensa del art. 416 LECrim., de frecuente aplicación en delitos de violencia de género y en el ámbito familiar, tiene una extraordinaria importancia esta Sentencia del Pleno, por cuanto que supone un cambio razonado de criterio respecto al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23-1-2018 que se venía aplicando hasta el momento.

En efecto, en ese Acuerdo, referido al alcance de la dispensa, se decía que “el acogimiento, en el momento del juicio

oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECrim., impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”, añadiendo que “no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim.) quien habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esta condición”.

Ante todo hay que recordar, como la propia STS así lo hace, que la cuestión planteada tiene alcance constitucional, por cuanto que el art. 24.2 CE deja claro que “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”, aunque, añade la Sentencia, “ese derecho es de configuración legal, y la Constitución no precisa cómo debe ser la respuesta normativa de la dispensa, correspondiendo al legislador su configuración y a este Tribunal Supremo su interpretación”.

Pues bien, esta STS entiende ahora que “la víctima, que ha ostentado la condición

de acusación particular, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después”, que “el derecho de dispensa es esencialmente renunciable, y la víctima ha renunciado a él”, por lo que “renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello”, y apoya tales criterios, en las siguientes razones: “En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.

En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa “había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular”.

En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primeramente por la interposición de la denuncia y después constituyéndose en acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho.

En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, y recordemos que no tiene obligación de hacerlo (ex art. 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En efecto, la víctima ya ha resuelto el conflicto que derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él; una vez que ha dado ese paso, e incluso ostenta la posición de parte acusadora, no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.

«El derecho de dispensa es esencialmente renunciable, y la víctima ha renunciado a él»

En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su

estatuto de testigo. Recordemos que el art. 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama que la única declaración que ha de ser tomada en consideración es la del juicio oral, a efectos del delito de falso testimonio, por lo que, en el caso de testigos víctimas, deberá velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que habitualmente se verificará en las Oficinas de Atención a las Víctimas.

En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. Esta Sala lo ha considerado así en diversas ocasiones y resulta de la aplicación del principio de los actos propios, como veremos más adelante. Y es más: no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio.

En sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En definitiva, una adecuada protección de

la víctima justifica nuestra decisión, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos “desproporcionados”, como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido.

De todo ello resulta que la razón de nuestra interpretación va dirigida a amparar la resolución del conflicto por la víctima y después contribuir a su protección”.

**SENTENCIA 557/2020**, de 29-10. ROJ: STS 3554/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 3554.

**PLENO.** Ponente: Magistrada Dña. Susana Polo García. Desestima el recurso.

**DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES** (arts. 227 y 228 CP): Legitimación de la

madre para presentar la denuncia por el impago de la pensión alimenticia.

En el caso resuelto por esta STS se planteaba la cuestión determinar si el progenitor del hijo mayor de edad está legitimado para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de este, ya que el art. 228 CP establece, como requisito de perseguibilidad, que el delito referido «solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal», así como la posibilidad de que ese defecto pueda subsanarse por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor. Cuestión sobre la que existen en la jurisprudencia menor, dice la STS, dos posiciones contrarias: la primera es una línea jurisprudencial que, partiendo de una interpretación restrictiva del concepto de “agraviado” y de acreedor de la pensión como sujeto pasivo del tipo contenido en el artículo 227.1 CP, entiende que en los supuestos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad únicamente él ostenta legitimación activa para denunciar y proceder así a la persecución penal del delito de impago de pensiones, pudiendo actuar en su nombre y representación el progenitor solo durante su minoría de edad; y la segunda línea de interpretación del concepto de “agraviado”, hace una lectura más amplia del mismo y una interpretación teleológica y sistemática del artículo 93 párrafo 2º del Código Civil que viene a sostener que la expresión “persona agraviada” contenida en el artículo 228 CP incluye tanto a los

titulares o beneficiarios de la prestación económica debida (los hijos), como a cualquier otra persona perjudicada por el mismo, y especialmente, al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, quien también gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por el hijo mayor de edad como por el progenitor con el que convive.

La STS concluye afirmando lo siguiente:

1º La denuncia previa a la que se refiere el art. 228 CP es un requisito de procedibilidad.

2º La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad que puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento.

3º Es válida de la denuncia formulada por el padre o madre receptor de la prestación cuando se refiere a cantidades no abonadas durante la minoría de edad del hijo o hija, así como cuando se trate de personas con discapacidad necesita de especial protección, aunque estos hayan adquirido la mayoría de edad cuando se formula la denuncia.

4º Es válida de la denuncia formulada por el progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, en este caso gozaría de legitimación activa

para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por los alimentistas mayores de edad como por los progenitores con los que convive”.

Por tanto, en el caso concreto planteado, la STS concluye afirmando que aunque el hijo era mayor de edad en el momento de interposición de la denuncia, su madre se encontraba legitimada para presente la misma, por esa especial protección que necesita el alimentista, quedando además subsanada cualquier duda al respecto con la ratificación producida en autos por aquél.

«Solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal»

**SENTENCIA 570/2020**, de 3-11. ROJ: STS 3566/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 3566.

**PLENO.** Ponente: Magistrado D. Manuel Marchena Gómez. Desestima el recurso.

**DELITO CONTRA LA FAUNA** (art. 335.1 CP): pese a la literalidad del art. 335 CP, no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito; sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal.

Se transcribe seguidamente el resumen

ofrecido en el encabezamiento de la propia Sentencia:

“DELITO CONTRA LA FAUNA, art. 335.1 CP: pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuridicidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda. En efecto, la fijación de períodos de veda no responde a una distribución puramente convencional y caprichosa del tiempo de caza. Por el contrario, responde a razones de orden biológico para facilitar la reproducción de la especie. La veda está íntimamente conectada con la conservación de las especies y el aprovechamiento sostenible de la caza, preservando los ecosistemas de los que forman parte los animales objeto de estas actividades. La definición de períodos prohibitivos de carácter cíclico tiene un valor estratégico de primer orden para la protección de la vida animal.

Nada de ello, pues, es ajeno a la protección de los recursos naturales renovables. El equilibrio en la conservación de las especies, en definitiva, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna no pueden considerarse bienes jurídicos de ínfimo valor axiológico. Cuestión distinta es la irrenunciable necesidad de que los Jueces y Tribunales, en el momento de ponderar el juicio de tipicidad, asuman unos criterios hermenéuticos teleológicamente vinculados al respeto y a la conservación de la biodiversidad, impidiendo así que infracciones formales con encaje en la microliteralidad del art. 335 conviertan en delito lo que puede ser adecuadamente tratado en el ámbito de la sanción administrativa. Son muchas las prohibiciones expresas impuestas por las normas específicas sobre caza. Algunas de ellas relacionadas con las licencias o habilitaciones personales de los cazadores, otras con los límites geográficos naturales que separan el territorio de cada comunidad autónoma o con el número o el peso de ejemplares capturados. Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal. Se desestima el recurso y se confirma la condena impuesta en la instancia al recurrente, que fue sorprendido cuando había cazado 1 muflón y 4 ciervos en tiempo de veda”.

**SENTENCIA 586/2020**, de 5-11. ROJ: STS

3621/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 3621.

**PLENO.** Ponente: Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta. Estima el recurso.

**DELITO FISCAL** (art. 305 CP): la prescripción de la deuda tributaria conforme al art. 66 LGT impide la actuación de la administración en liquidación de impuestos; los actos de investigación han de ajustarse en la previsión de los arts. 66 bis y 115 LGT y, en consecuencia, las actuaciones realizadas fuera del ámbito de actuación legal deben ser apartadas del proceso penal.

Básicamente, los recurrentes cuestionaban en su impugnación que las facultades inspectoras fueran más allá del plazo de cuatro años de prescripción administrativa. Concretamente, alegaban los recurrentes que la investigación por parte de la hacienda pública se había iniciado en junio de 2016, es decir, cuatro años y cinco meses después de la finalización del plazo de autoliquidación voluntaria del pago del impuesto correspondiente al IVA del año 2011.

La STS le da la razón al recurrente, declarando que la administración tributaria no puede liquidar impuestos prescritos, aunque sí realizar comprobaciones e investigaciones conforme al art. 115 LGT y las derivadas del art. 66 bis LGT.

“Respecto al primero, el art. 115 permite a la administración tributaria comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, negocios, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria

para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables, comprobaciones e investigaciones incluso en el caso de que las mismas afecten a ejercicios o periodos y conceptos tributarios prescritos siempre que tal comprobación o investigación resulte precisa en relación con la de alguno de los derechos a los que se refiere el artículo 66 de esta Ley que no hubiesen prescrito. Es decir, la administración tributaria puede indagar actos y periodos prescritos para la investigación sobre impuestos no prescritos, como el de sociedades. Ahora bien, no basta con la mera expresión de la justificación del hecho que habilita la investigación, sino que esta debe ser relevante en la indagación del impuesto que se investiga para el que existe una expresa autorización legal.

Además, conforme al art. 66 bis de la Ley General Tributaria, la previsión establecida en el artículo 66, cuatro años, no afectará al derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones conforme al artículo 115 de esta Ley, de acuerdo al que el derecho de la Administración posibilita la comprobación de las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicación, que prescribirá a los diez años a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario establecido para presentar la declaración o autoliquidación correspondiente al ejercicio o periodo impositivo en que se generó el derecho a compensar dichas bases o cuotas o a aplicar dichas deducciones”.

En el caso concreto, “la actuación investigadora que se inicia fuera de plazo, no tenía por objeto las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas, autorizadas por el art. 66 bis, y *la mención a la indagación de un impuesto de sociedades no era sino el señuelo que se dispuso para reabrir la investigación sobre un hecho tributario prescrito de acuerdo al art. 66 de la Ley General Tributaria*, pues el IVA es neutro en la determinación de los gastos e ingresos que fundan la base tributaria del impuesto de sociedades. Consecuentemente, la actuación de inspección sobre impuestos prescritos fue una actividad realizada sin el amparo legal preciso que autorizara la actuación administrativa de indagación tributaria”.

La STS concluye, pues, que “la actuación investigadora realizada por la administración tributaria excedió en sus facultades legalmente previstas y no puede surtir efectos en el orden penal de la jurisdicción de acuerdo al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, por lo que dicta una segunda sentencia absolutoria respecto a los recurrentes, que hace extensiva a los condenados no recurrentes, en aplicación del art. 903 LECrim.

«La actuación investigadora que se inicia fuera de plazo, no tenía por objeto las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas, autorizadas»

**SENTENCIA 607/2020**, de 13-11. ROJ: STS 4056/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 4056.

**PLENO.** Ponente: Magistrado D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. Desestima el recurso. Voto particular.

**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO:** Imprescriptibilidad de los créditos reconocidos en una instancia penal; en la ejecución de los pronunciamientos civiles no es aplicable ni la prescripción del art. 1971 CC, ni la caducidad del art. 518 LEC, ni la caducidad de la instancia (art. 239 LEC); la ejecución sólo puede terminar con la satisfacción completa del acreedor, conforme a lo previsto en el art. 570 LEC.

Sentencia tan interesante como polémica, pues no deja de producir sorpresa y perplejidad que un delito tan grave como el asesinato prescriba a los veinte años, mientras que la responsabilidad civil derivada del delito no prescriba nunca, es decir, sea imprescriptible, como ocurre, por ejemplo, con un delito de genocidio.

En el caso resuelto, el recurrente había sido condenado por un Tribunal del Jurado al pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito de incendio forestal, habiéndose declarado la prescripción de la responsabilidad civil por la Audiencia Provincial, y ello sobre la base de los arts. 1930 y 1971 CC, así como de la STS de 19-2-1982, según la cual la ejecutoria constituye un nuevo título al que le es de aplicación el plazo general de prescripción de quince años. La resolución anterior fue recurrida ante el TSJ, que lo revocó, declarando

imprescriptible la acción para reclamar el crédito establecido en la sentencia condenatoria.

La STS siguen este último punto de vista, afirmando que si bien ha venido siendo un criterio jurisprudencial no discutido que si una ejecutoria estaba paralizada durante 15 años la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de la sentencia prescribía por aplicación de los artículos 1964 y 1971 del Código Civil, en los últimos años se han producido dos modificaciones legislativas que obligan a un replanteamiento de esta cuestión: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que introdujo en su artículo 518 un novedoso plazo de caducidad de 5 años en el proceso de ejecución; y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que ha acortado el plazo general de prescripción del artículo 1964 CC, que antes era de 15 años y ahora se ha fijado en 5 años. Y aunque ambas reformas legislativas han sido muy criticadas, lo cierto es que, añade la STS, el cambio normativo obliga a revisar la doctrina sobre la materia, a la luz de los nuevos preceptos y también de los principios del proceso penal y de los bienes jurídicos objeto de protección.

La STS explica que en el proceso penal la ejecución de los pronunciamientos civiles se realiza de oficio y no a instancia de parte, por lo que no tiene razón de ser que se reconozca un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ejecutiva porque el derecho declarado en la sentencia no precisa de esa acción y, como consecuencia

de lo anterior, no es necesario que se presente demanda para hacer efectiva la sentencia. Por tanto, “la singular configuración del proceso de ejecución en la jurisdicción penal permite concluir que no es aplicable el plazo de caducidad establecido en el artículo 518 de la LEC, de la misma forma que tampoco es necesaria la presentación de demanda ejecutiva.

Y excluida la aplicabilidad del art. 518 LEC (plazo de caducidad), también debe excluirse el plazo de prescripción del art. 1971 CC, porque la prescripción presupone la necesidad del ejercicio de la acción ejecutiva por el acreedor, y en el proceso penal, una vez dictada sentencia, no hay necesidad de promover dicha acción, porque es el propio órgano judicial el que activa la ejecutoria.

Por tanto, concluye la STS, “declarada la firmeza de la sentencia, la ejecución de sus pronunciamientos civiles puede continuar hasta la completa satisfacción

del acreedor, según previene el artículo 570 de la LEC, sin que le sea de aplicación ni la prescripción ni la caducidad”.

Por su parte, el voto particular disidente entiende que “que desde la fundamentación de la prescripción en exigencias derivadas de la seguridad jurídica, no es procedente esa afirmación por la que se declara la imprescriptibilidad de los créditos reconocidos en una sentencia penal. Las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, que trata de proteger el instituto de la prescripción, impiden afirmar la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil consecuente a una condena penal. Eso contradice las necesidades de seguridad jurídica con relevancia constitucional”. Por tanto, el voto concluye afirmando que “el crédito de la ejecutoria civil prescribe tras el transcurso del plazo señalado en la ley, que comienza a computarse desde la extinción de la responsabilidad penal por las causas previstas en el art. 130 CP”.

«El crédito de la ejecutoria civil prescribe tras el transcurso del plazo señalado en la ley, que comienza a computarse desde la extinción de la responsabilidad penal por las causas previstas en el art. 130 CP»

## EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES: EN BUSCA DE LA TRANSPARENCIA

## THE OFFENCE OF NON-PAYMENT OF PENSIONS: IN SEARCH OF TRANSPARENCY

Luis Ortiz Vigil

Magistrado

Audiencia Provincial de ASTURIAS, sección 8ª

I. Introducción.

II. Elementos.

III. ¿Quién puede denunciar?

IV. Objeto de enjuiciamiento.

V. ¿Son las cuotas hipotecarias que gravan el domicilio familiar una prestación económica a favor de los hijos?

VI. Prescripción de la responsabilidad civil.

VII. Violencia económica: competencia objetiva y daño moral.

VIII. Bibliografía

Resumen: el artículo trata tanto las últimas novedades jurisprudenciales relativas al artículo 227 del Código Penal y, particularmente, las derivadas de la reforma de la casación penal tenida lugar con ocasión de la Ley 41/2015 - que han afectado a materias tan relevantes como la legitimación para formular denuncia, el objeto de enjuiciamiento o la naturaleza del plazo de prescripción de la responsabilidad civil exigible con ocasión del enjuiciamiento de este tipo de delitos - como las consecuencias que, en el ámbito de la competencia objetiva y de la responsabilidad civil, pueden derivarse de la configuración del delito de impago de pensiones como una modalidad de violencia de género en su vertiente económica.

*Abstract: the article deals with both the latest jurisprudential developments relating to article 227 of the Criminal Code and, in particular, those derived from the reform of criminal cassation taken place on the occasion of Law 41/2015 - which have affected matters as relevant as the legitimacy to file a complaint, the object of prosecution or the nature of the limitation period of civil liability required during the prosecution of this type of crime - as well as the consequences that, in the field of objective jurisdiction and civil liability, may arise from the configuration of the crime of non-payment of pensions as a form of gender violence in its economic aspect.*

Palabras clave: perseguibilidad; ampliación enjuiciamiento; cuotas hipotecarias; prescripción; violencia económica.

*Keywords: prosecutability; extension of prosecution; mortgage payment; statute of limitations; economic violence.*

### I. Introducción

El delito contra los derechos y deberes familiares contemplado en el artículo 227.1 del Código Penal<sup>1</sup> y comúnmente conocido como *impago de pensiones*, siendo uno de los tipos penales más aplicado en la realidad diaria de nuestros tribunales penales y presentando una aparente sencillez, ha generado –y, por más llamativo que pueda resultar, sigue generando– importantes dificultades interpretativas que no han redundado precisamente en una siempre deseable certeza y seguridad jurídica en la materia, sino todo lo contrario; estamos, como tendremos ocasión de examinar, ante un tipo penal cargado de matices que ha llevado a algunos autores<sup>2</sup> a denominar a aquel como *impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procesos matrimoniales, de filiación y alimentos*.

Es de justicia, no obstante, poner de relieve – y a ello se dedicará la mayor parte de este trabajo – que la reforma del recurso de casación penal tenida lugar como consecuencia de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derivada de la entrada en vigor de la Ley 41/2015 ha supuesto una sustancial mejora en el estado de la cuestión. Ha de destacarse, en este sentido, que, como consecuencia de

la adicional labor unificadora que, desde la efectiva operatividad de la mentada reforma, se viene desarrollando por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, particularmente a través de los recursos de casación – hasta entonces procesalmente inviables – que ya de forma habitual se vienen formulando, en última instancia, contra las sentencias dictadas por los correspondientes Juzgados de lo Penal, se ha ido formando un verdadero cuerpo jurisprudencial que ha ayudado a clarificar sustancialmente varias cuestiones que permanecían en una indeseable nebulosa. Así, nos encontrábamos ante la incertidumbre dimanante de los diversos criterios que se venían manteniendo por las correspondientes Audiencias Provinciales, lo que generaba, como ya se ha apuntado anteriormente, una notable inseguridad a los operadores jurídicos y, por extensión, a los/as justiciables destinatarios/as últimos/as de las resoluciones judiciales dictadas.

«Estamos ante un tipo penal cargado de matices que ha llevado a algunos autores a denominar como impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procesos matrimoniales, de filiación y alimentos».

1 El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos.

2 Del Moral García, A, Escobar Jiménez, R. *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, 4ª Ed., Comares, Granada, 2018, p.1241

A ello cabe añadir, que, correlativamente y en contraposición con lo anterior, la intervención del Tribunal Supremo en la final resolución del enjuiciamiento de un delito contra los derechos y deberes familiares de los que aquí se examinan –en este caso, por la vía del análisis de un delito anejo a otro de naturaleza grave sometido a la tradicional casación penal– ha supuesto también, como, igualmente y ya en la parte final del trabajo, se tendrá ocasión de señalar, el planteamiento de alguna nueva cuestión vinculada al enjuiciamiento del tipo penal que aquí se examina y que deja abiertos nuevos interrogantes que, en un futuro –esperemos que no demasiado lejano–, habrán de obtener una adecuada respuesta.

## II. Elementos

Antes de pasar a analizar algunas de esas cuestiones problemáticas anunciadas y a fin de encuadrar adecuadamente la exposición que se realizará, obligado resulta efectuar una mención, siquiera sea sucinta, de los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se viene exigiendo para la aplicación del tipo penal de referencia; así:

1/ Existencia de una resolución judicial firme dictada en cualquiera de los procesos ya anteriormente reseñados y que proclame la obligación de abonar una prestación económica en favor de uno de los cónyuges o hijos.

Cabe preguntarse, no obstante, si, en los supuestos en los que se dicta una resolución civil en la materia en primera

instancia que, aun siendo susceptible de recurso – imaginemos, por ejemplo, una sentencia en un procedimiento de divorcio que establezca medidas definitivas distintas de las precedentemente acordadas en un hipotético procedimiento de medidas provisionales y/o coetáneas pretéritamente tramitado –, resulta inmediatamente ejecutable al amparo de lo dispuesto en el inciso inicial artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>3</sup>, pudiera o no cometerse el delito que estamos examinando y ello ante un hipotético incumplimiento de tales medidas definitivas, dado que ninguna exigencia de firmeza se contiene en el tenor literal del precepto de referencia – véanse, en este sentido, la SAP Castellón, sección 2ª, 362/2017, de 07/09/2017 (ECLI:ES:APCS:2007:852) y el AAP Las Palmas, sección 1ª, 644/2010, de 24/11/2010 (ECLI:ES:APGC:2010:2178A) –.

Obligado resulta, además, precisar, en este ámbito, que la Sala 2ª del Tribunal Supremo – véase la STS, sección 1ª, 937/2007, de 21/11/2007 (ECLI:ES:TS:2007:7630) – ha tenido ocasión de delimitar, por exclusión, el ámbito objetivo que se examina y, particularmente, la interpretación que ha de darse a la locución *establecida por* que se contiene en el precepto penal de referencia; así, queda fuera de la aplicabilidad del delito de impago de pensiones el supuesto del dictado de una resolución judicial despachando ejecución dimanante del impago de determinada

<sup>3</sup> Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta.

prestación económica libremente estipulada entre los progenitores al amparo del principio de autonomía de la voluntad y elevada a escritura pública, toda vez que, en tal situación, no estaría presente, antes de la libre estipulación de referencia, una valoración judicial de las circunstancias a considerar que determine imparcialmente la procedencia o improcedencia de aquella prestación.

2/ Conducta omisiva: estamos ante un delito de mera actividad que se consuma por la falta de realización de un concreto actuar positivo por parte del sujeto activo determinante, en última instancia, de una situación de falta de abono, sin que se precise la concurrencia de cualquier otro resultado perjudicial distinto del inmanente a la falta de percepción de la prestación judicialmente establecida.

3/ Elemento subjetivo, integrado por la necesaria culpabilidad del sujeto activo derivada de la exigencia normativa contemplada en el artículo 5 del Código Penal<sup>4</sup>, para cuya apreciación han de estar presentes dos requisitos en relación con aquel sujeto; a saber: a) conocimiento de la obligación de asumir el cumplimiento de la prestación económica de referencia y b) voluntariedad en la falta de abono, siendo oportuno recordar que los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y aplicables en el ámbito interno excluyen la comúnmente conocida como *prisión por deudas*, todo ello como consecuencia de las previsiones establecidas en el artículo 11 del Pacto Internacional de

<sup>4</sup> No hay pena sin dolo o imprudencia.

Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19/12/1966<sup>5</sup>, cuya aplicabilidad dimana de las disposiciones contempladas en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución.

### **III. ¿Quién puede denunciar?**

Estamos, como es sabido, ante un delito semipúblico que, para alcanzar relevancia criminal, exige el cumplimiento del requisito de perseguibilidad establecido en el artículo 228 del Código Penal<sup>6</sup> y ello, obviando los supuestos de preceptiva intervención del Ministerio Fiscal que dicho precepto contempla, mediante la interposición de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

La pregunta que nos hacemos seguidamente es qué ha de entenderse por *persona agraviada* en aquellos supuestos en los que estemos en presencia de alimentos debidos a personas en su día menores de edad que, en el momento en el que se formula la correspondiente denuncia, ya han alcanzado la mayoría de edad.

Al respecto y tradicionalmente, existían dos posturas claramente incompatibles sobre el particular:

1/ Las que entendían que, una vez alcanzada la mayoría de edad, solo el/la hijo/a ostentaría legitimación

<sup>5</sup> Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

<sup>6</sup> Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

activa para interponer la denuncia y, en última instancia, perseguir penalmente al progenitor incumplidor, todo ello siguiendo una interpretación restrictiva informada por un criterio hermenéutico de literalidad en la determinación del contenido del precepto de referencia.

2/Las que entendían que, una vez alcanzada la mayoría de edad, tan agraviado/a era el/ la hijo/a alimentista como cualquier otra persona que se viera perjudicada por la falta de abono de las prestaciones debidas, particularmente aquel de los progenitores que conviviera con el hijo/a mayor de edad y que materialmente se viera constreñido a atender los gastos no cubiertos por las prestaciones impagadas, todo ello siguiendo una interpretación sistemática y teleológica que no solo atiende a la literalidad del artículo 228 del Código Penal sino también a la necesidad de que, en el domicilio familiar, estén cubiertas las necesidades de aquellos/as hijo/as que carecieran de ingresos propios, tal y como se contempla en el artículo 93, párrafo 2 del Código Civil.

La controversia recién expuesta ha venido a ser superada por la STS, pleno sala 2ª, 557/2020, de 29/10/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3554), que, siguiendo la línea ya sólidamente marcada, en el ámbito civil, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo atinente a la legitimación del progenitor conviviente para reclamar alimentos a favor de su hijo mayor de edad – véase, por todas, la STS 291/2020, de 16/06/2020 ECLI:ES:TS:2020:1591) –, ha optado por la segunda de las posibilidades

reseñadas y, en consecuencia, realiza una interpretación amplia de la expresión *persona agraviada*, de tal modo que la misma incluye tanto a *los titulares o beneficiarios de la prestación económica como al progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos cubiertos por la pensión impagada*.

Se clarifica, así, por el Tribunal Supremo la cuestión que se plantea y ello mediante la realización una interpretación extensiva de lo que ha de entenderse por *agraviado* propiciada por el uso de diversas definiciones que tanto jurisprudencial como doctrinalmente se han venido utilizando sobre el particular –*víctima que sufre un perjuicio en su patrimonio, material o moral, como consecuencia del delito, titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, aquel a quien se debe la condición jurídica del delito o persona que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal* – y la toma en consideración de que tanto el hijo/a alimentista como el progenitor conviviente soportan las consecuencias – de manera más o menos inmediata – de la actividad penalmente reprochable llevada a cabo por el progenitor no conviviente.

#### IV. Objeto de enjuiciamiento.

El interrogante que se suscita a continuación tiene por objeto la determinación de si resulta o no viable extender el objeto de enjuiciamiento a conductas tenidas lugar con posterioridad al momento en el que la persona investigada ha sido oída en declaración en la instrucción que

necesariamente ha de haber precedido al correspondiente enjuiciamiento en el acto del plenario y, caso de respuesta afirmativa a tal cuestión, hasta qué momento procesal podría producirse tal hipotética extensión.

Un inicial y garantista análisis de la materia parecería abocar a una respuesta negativa al primero de los interrogantes recién indicados, dado que pudiera pensarse que generaría indefensión la circunstancia de que alguien sea enjuiciado en relación con determinadas sobrevenidas conductas y ello sin haber tenido la oportunidad de declarar previamente sobre las mismas y, correlativamente, aportar aquellos elementos de descargo que, en su caso, pudieran, si se me permite el término, *beneficiar* su posición ante el órgano instructor; a ello cabe añadir que, aparentemente, agravaría aún más en su contra la situación el hecho de que la misma persona pudiera tener que enfrentarse, en el acto del juicio oral, a una acusación sorpresiva que, hasta ese momento, no conocía y ello en el supuesto de que aquella sea introducida por la parte acusadora en el momento de establecer sus conclusiones definitivas.

Sin embargo, cabe argumentar, frente a lo recién expuesto, que la aparente material indefensión antes descrita pudiera no reputarse tal y ello si se toma en consideración que la persona acusada cuenta a su favor con el recurso procesal contemplado en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>7</sup>, mecanismo

este que, por un lado, habilitaría la posible aportación de aquellos elementos de descargo que aquella pudiera precisar en mejor defensa de sus intereses y, por otro lado, anularía los perniciosos efectos que pudieran derivarse de una sorpresiva acusación.

Así planteadas las cosas, la STS, pleno sala 2ª, 346/2020, de 25/06/2020 (ECLI:ES:TS:2020:2483) ha venido a arrojar luz sobre la cuestión que aquí se examina y, nuevamente, ha venido a clarificar el panorama hasta entonces existente, dando una respuesta afirmativa a la inicial pregunta anteriormente planteada y ello mediante el uso de los argumentos que seguidamente se enumeran:

1/ El bien jurídico protegido en el delito de impago de pensiones no es el cumplimiento de una resolución judicial, sino el derecho de asistencia económica ostentado por determinados miembros de la unidad familiar, todo ello con la finalidad de proteger a la familia del abandono en las prestaciones económicas; tal planteamiento supone, en última instancia, que no se cometen más delitos por la circunstancia de dejar de pagar durante más plazos que los establecidos en el artículo 227.1 del Código Penal, toda vez que, como ya se señaló en la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 1/2007 de 22/02/2007, *los incumplimientos*

---

la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de 10 días, a petición de la defensa, a fin de que esta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

<sup>7</sup> Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie

*posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva [...] la prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o la individualización de la pena pero no afectan al título de imputación que se mantiene idéntico.*

2/ La naturaleza jurídica del delito de impago de pensiones es la correspondiente a los delitos conocidos como de tracto sucesivo acumulativo integrado por varios actos consistentes en una reiteración de omisiones de abono de las prestaciones debidas por el sujeto activo, obligaciones estas que cabe configurar como de tracto sucesivo, ya que las mismas implican una prestación consistente en dar cumplimiento, con la periodicidad y en los tiempos establecidos por la correspondiente resolución judicial, a los abonos correspondientes.

A partir de lo expuesto, el Alto Tribunal concluye inequívocamente en el sentido de *qué pueden ser objeto del proceso no solo las mensualidades inicialmente denunciadas sino también las posteriores adeudadas, dado que la acción penal se ejercita sobre los mismos hechos cuando, a los iniciales impagos de pensiones que motivaron la presentación de una denuncia, siguen sin solución de continuidad una multitud de omisiones idénticas, de tal modo que una vez superado el tiempo mínimo sin abonar la pensión, los sucesivos pagos se acumulan a él sin relevancia penal a efectos de continuidad delictiva,*

*pues, en su definición, esos plazos ningún cumplimiento son los mínimos y nada impide que por encima de ellos puede haber unos mayores, que quedarían acumulados a los anteriores.*

Sentado lo anterior, el siguiente interrogante a esclarecer viene integrado, en este ámbito, por la determinación del momento procesal hasta el que cabe proyectar la ampliación del objeto de enjuiciamiento anteriormente descrita y ello tomando en consideración la sucesión de actos procesales que tienen lugar con posterioridad a la declaración de la persona - finalmente acusada - como investigada (incoación de procedimiento abreviado, escrito de acusación, apertura de juicio oral, celebración de juicio oral, dictado de sentencia o, incluso, ejecución de la misma).

Pues bien, la Sala 2ª indica que el período objeto de enjuiciamiento puede extenderse hasta el momento procesal del acto del juicio oral, toda vez que: a) por las razones antes expuestas, ninguna indefensión se ocasiona a la persona acusada que, incluso, puede verse beneficiada, y ello al prolongar el efecto de cosa juzgada más allá de los impagos objeto de inicial denuncia y ser condenado una sola vez, evitando así sucesivas condenas derivadas de un hipotético enjuiciamiento separado de diversos períodos de incumplimiento b) el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo la modificación no esencial de los hechos imputados desde que comienza la instrucción hasta que se fija definitivamente la acusación en

los escritos de calificación o acusación definitivas – véanse la STC, sala 1ª, 20/1987, de 19/02/1987 (ECLI:ES:TC:1987:20), la STC, sala 1ª, 41/1998, de 31/03/1998 (ECLI:ES:TC:1998:41) y la STC, sala 1ª, 181/1998, de 20/10/1998 (ECLI:ES:TC:1998:181) – y c) tal solución resulta, también, beneficiosa para la persona denunciante al no verse obligada a interponer sucesivas denuncias frente a los sobrevenidos incumplimientos.

### **V. ¿Son las cuotas hipotecarias que gravan el domicilio familiar una prestación económica a favor de los hijos?**

Como punto de partida, para un adecuado examen de la problemática que se apunta en este momento, tomamos como premisa el previo dictado de una resolución judicial civil por virtud de la cual se impone a un progenitor no custodio la obligación de hacer frente al pago de determinado porcentaje de una hipoteca que gravaba la vivienda habitual cuyo uso fue adjudicado a los hijos comunes de la correspondiente pareja y por extensión a su madre, pero no por derecho de uso propio, sino por ser a ella a quien se atribuyó la guarda y custodia de los menores.

Sentado lo anterior, la STS, pleno sala 2ª, 348/2020, de 25/06/2020 (ECLI:ES:TS:2020:2158) aborda la cuestión desde la perspectiva del interés más necesitado de protección – el de los hijos menores de edad – y pone el acento en una doble perspectiva; a saber: a) el término prestación, desde una perspectiva literal,

se corresponde con la *cosa o servicio exigidos por una autoridad o convenido en un pacto* y con la *cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal* y b) el domicilio familiar, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda corresponder a la obligación hipotecaria cuya asunción pudiera corresponder al progenitor no custodio, se configura, en todo caso, como un mecanismo de cobertura de la necesidad básica de vivienda correspondiente a aquellos menores, necesidad que integra el concepto de alimentos.

A partir de lo expuesto, el Tribunal Supremo concluye que las cuotas hipotecarias se configuran como una prestación económica, tanto desde una perspectiva gramatical como legal, a cargo de ambos progenitores y, en consecuencia, su falta de abono puede integrar el tipo penal contemplado en el artículo 227.1 del Código Penal, siendo igualmente viable que las cuantías adeudadas por tal concepto formen parte del daño procedente del delito que ha de ser objeto de la correspondiente reparación conforme al artículo 227.3 del Código Penal<sup>8</sup>, todo ello sin perjuicio de los efectos que una hipotética ejecución hipotecaria dimanante de los impagos tenidos lugar pudiera producir en la liquidación del régimen económico matrimonial, en su caso, correspondiente a la pareja, lo que habrá de dilucidarse al margen del procedimiento penal.

<sup>8</sup> La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

## VI. Prescripción de la responsabilidad civil

Para abordar la cuestión que ahora se propone, se ha previamente de determinar cuál es el origen de las acciones civiles que, en materia de impago de pensiones, pueden ser ejercitadas en un procedimiento penal dado; dicho sea en otras palabras, resulta imprescindible esclarecer si tal responsabilidad civil dimana de la comisión delictiva – comúnmente conocida como *responsabilidad civil ex delicto* – o tiene un origen autónomo, dado que acoger una u otra opción condiciona el plazo de prescripción al que el ejercicio de aquellas acciones civiles estaría sujeto.

Pues bien, al igual que ocurre, por ejemplo, con la deuda tributaria cuyo impago en determinadas condiciones determina la comisión del delito fiscal contemplado en los artículos 305 y siguientes del Código Penal – nótese que la obligación pecuniaria generadora de aquella deuda no surge con la comisión delictiva sino que es previa a tal perpetración –, en el delito de impago de pensiones tampoco es la comisión delictiva la que genera el surgimiento de la correspondiente obligación sino que la misma, como es sabido, se determina previamente en una resolución judicial civil; como se recoge en la STS, pleno sala 2ª, 364/2021, de 29/04/2021 (ECLI:ES:TS:2021:1711), *no podría hablarse de responsabilidad civil generada por el delito en tanto que existía previamente: la deuda era el presupuesto del delito no su consecuencia.*

Hasta tal punto ello es así que, cuando el delito de impago de pensiones fue introducido en el Código Penal en el año 1989, se generó, ante el silencio del legislador sobre el particular, discusión acerca de si la sentencia penal debía o no fijar, como responsabilidad civil, el pago de las correspondientes pensiones no abonadas, siendo la posición más extendida la que se mostraba contraria a tal fijación y ello precisamente porque el delito de referencia no provocaba la obligación pecuniaria finalmente impagada. Esta situación determinó que el legislador del año 1995 optara por la fórmula de establecer de forma inequívoca la obligación del *pago de las cuantías adeudadas* y ello en los términos que se recogen en el actual artículo 227.3 del Código Penal y a diferencia de lo que acontece con otros tipos penales, generadores por sí mismos de responsabilidad civil, en cuya regulación ninguna previsión similar se contempla; como señala gráficamente la ya mencionada STS 364/2021, *el hecho de que la ley se sienta obligada a proclamarlo explícitamente sugiere que, sin tal previsión, la conclusión debería ser otra.*

Así planteadas las cosas, habrá que atender a los plazos que, en cada momento histórico y ámbito territorial, se fije en la correspondiente normativa sustantiva civil para determinar si la correspondiente acción para la reclamación de la responsabilidad de tal naturaleza está o no prescrita – piénsese, como ejemplo, que no son coincidentes los plazos en la materia en el ámbito civil común (5 años por aplicación del

vigente artículo 1966.1ª del Código Civil<sup>9</sup>) y en el ámbito civil foral catalán (3 años por aplicación del artículo 121-21.a) del vigente Código Civil de Cataluña<sup>10</sup>) -, sin que, en congruencia con ello, ninguna relevancia a tal efecto tenga el plazo de prescripción del correspondiente delito; una vez que la deuda correspondiente se entienda civilmente prescrita, no resultaría posible exigir aquella como responsabilidad civil en el procedimiento penal, toda vez que no cabe obviar que el artículo 227.3 del Código Penal no habilita el abono de las cuantías impagadas sino de las *adeudadas* y no se adeuda aquello que ya no existe en la medida en que previamente se ha extinguido, en virtud de causa legal, la posibilidad de ejercicio de la correspondiente acción de reclamación.

### **VII. Violencia económica: competencia objetiva y daño moral.**

La STS, sección 1ª sala 2ª, 239/2021, de 17/03/2021 (ECLI:ES:TS:2021:914) pone de relieve la viabilidad de caracterizar al delito de impago de pensión alimenticia como una especie de *violencia económica* y ello en un supuesto en el que aquel impago estaba vinculado, única y exclusivamente, a delitos de naturaleza económica –estafa y alzamiento de bienes–.

Tal configuración obedece a que el comportamiento incumplidor desarrollado por el autor dejó a sus hijos,

<sup>9</sup> Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias.

<sup>10</sup> Prescriben a los tres años las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves.

como consecuencia de su corta edad y su correlativa falta de aptitud para la obtención de ingresos, en una situación de material estado de necesidad y obligó al progenitor custodio a realizar un esfuerzo suplementario en el cuidado y atención de los menores que, en última instancia, supuso una merma en la atención de sus propias necesidades; en definitiva, la comisión delictiva que se examina generó una situación que se denomina expresamente como de *doble victimización*, ya que tanto los hijos que no reciben de quien viene obligado unos alimentos que precisan para su subsistencia como el progenitor que se ve obligado a sustituir al incumplidor para dar cobertura a aquella necesidad en detrimento de sus propios intereses sufren de una u otra manera las consecuencias del comportamiento criminal desarrollado.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse si tal caracterización del impago de pensiones como una conducta por sí misma violenta en los términos expuestos ha de suponer una modificación de la tradicional y mayoritaria interpretación que se viene dando a las previsiones normativas contenidas en el artículo al artículo 87 ter.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>11</sup> en orden a atribuir el conocimiento de los delitos de impago de pensiones a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM) solo en aquellos casos en los que tal impago viniera acompañado de

<sup>11</sup> Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima hace alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

cualquier otro delito de los contemplados en el artículo 87 ter.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>12</sup>.

Varios son los argumentos que abonarían una superación de la interpretación recién expuesta lo que, en última instancia, pudiera determinar que fueran los JVM los que hubieran de asumir la instrucción de un delito de impago de pensiones dado, venga este o no vinculado con una infracción criminal de las contempladas en el artículo 87 ter.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya reseñado; así:

1/ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG), señala, en su artículo 1.1., que aquella tiene *por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

<sup>12</sup> Delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

2/ En desarrollo de lo anterior y tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, el artículo 1.2 de la LOMPIVG ha ampliado lo que pudiéramos denominar el ámbito subjetivo de protección, dado que se explicita que *por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*

3/ El artículo 87 ter.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde una interpretación literal de sus términos, no exige que la investigación de un delito de impago de pensiones tenga que ir acompañada de la instrucción de cualquier otro delito anejo, sea de la naturaleza que sea.

Así planteadas las cosas y tras valorar, como si de indicios se tratara, los elementos en presencia que han de determinar el resultado del debate planteado, pudiera concluirse la procedencia de la atribución competencial a los JVM, toda vez que: a) si la perpetración por sí misma de una conducta integrante de un impago de pensiones se configura como violenta tanto para el/la hijo/a que no percibe el alimento como para la mujer que, asumiendo la custodia, viene obligada a cubrir las necesidades generadas por el comportamiento incumplidor, b) si la LOMPIVG tiene por objeto actuar contra la violencia ejercida sobre la mujer y sobre los menores sujetos a su custodia, c) si, entre las medidas contempladas en

la LOMPIVG para alcanzar tal objetivo, está, precisamente, la creación, como mecanismo de tutela penal, de los JVM y d) si, finalmente, una interpretación literal del precepto que a los mismos les atribuye el conocimiento de los impagos de pensiones no excluye que tales órganos hayan de conocer de tales asuntos aun en el supuesto de no presencia de otro delito vinculado a aquellos impagos, la consecuencia lógica no parece ser otra que sean los JVM los que hayan de conocer de la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares que aquí se examinan.

Abonan este planteamiento diversas resoluciones dictadas en diferentes ámbitos territoriales tales como el AAP Jaén, sección 3ª, 525/2017, de 04/10/2017 (ECLI:ES:APJ:2017:1275A) el AAP Álava, sección 2ª, 148/2018, de 27/03/2018 (ECLI:ES:APVI:2018:166A) y el AAP OVIEDO, sección 3ª, 240/2021, de 06/04/2021 (ECLI:ES:APO:2021:370A).

No deja de ser altamente perturbadora la inseguridad jurídica que, en una materia como la que acabamos de examinar, se ocasiona ante las divergencias interpretativas que pueden surgir, ya que no cabe obviar que no estamos escudriñando un complejo precepto sustantivo que, con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad, pudiera resultar merecedor de una revisión sobre el sentido que hubiera de darse a aquel, sino ante una aparentemente sencilla norma procesal que debería permitir dilucidar, sin atisbo de duda alguna, qué

órgano habría de instruir un determinado asunto; dicho sea en otras palabras y por más obvio que resulte, la víctima de referencia debería saber, con claridad y certeza, a quién tiene que dirigirse para reclamar judicialmente por haber sufrido determinado comportamiento criminal, lo que merecería un esfuerzo por parte del legislador en tal sentido, mediante la introducción de una más precisa redacción de la normativa analizada, y ello con independencia de la solución jurisprudencial que pueda ofrecerse para salvar las discrepancias expuestas.

A ello cabe añadir que la cada vez más extensa -por unas u otras razones- nómina de comportamientos criminales que tienden a ser conocidos por los JVM debería, cuanto menos, hacernos reflexionar sobre las consecuencias que ello supone, en términos de exceso de carga de trabajo, no ya solo para tales órganos sino también para los que correlativamente, en sede de enjuiciamiento, apelación y ejecución han de entrar a valorar tales asuntos, dado que cada vez resulta menos descabellado pensar que una excesiva especialización en el conocimiento de este tipo de conductas pudiera acabar redundando en perjuicio de las víctimas de los mismos y ello en forma de una peor atención como consecuencia del incremento del número de expedientes a resolver por tales órganos.

Finalmente, y, en correlación con lo anterior, cabe, al menos, mencionar que no se aprecia descartable que, en un futuro no demasiado lejano y configurado el daño moral como el dimanante del

sufrimiento, inquietud, ansiedad o zozobra que se ha ocasionado a la víctima como consecuencia del actuar criminal y que, incluso, puede manifestarse en momentos posteriores a tal perpetración delictual<sup>13</sup>, quepa la reclamación en los delitos de impago de pensiones, en tanto que manifestación de una violencia económica, de un resarcimiento patrimonial como consecuencia de la producción en la víctima de referencia de tal tipo de daño; así, pudieran resultar indemnizables situaciones como la angustia vital que se genera en el progenitor custodio ante la incertidumbre dimanante, por ejemplo, de no saber si podrá atender las necesidades más básicas de su hijo/a en forma de sustento alimenticio o de obtención de los libros de texto y/o material escolar que garanticen que aquel pueda recibir una adecuada formación.

La evolución doctrinal y jurisprudencial que experimenten las cuestiones que se han tratado determinará, con seguridad, nuevos planteamientos, debates y, tal vez, incluso reformas legislativas que, esperemos, tiendan a facilitar la persecución de este tipo de infracciones criminales que, como hemos tenido ocasión de sugerir siquiera sea mínimamente, generan multitud de situaciones ante las que no siempre se ha ofrecido una clara y ágil respuesta por parte de los diversos operadores jurídicos, lo que, cuanto menos, debería llevar a la reflexión de si otra forma de hacer las cosas es posible;

sin embargo y parafraseando a mi muy admirado Michael Ende, *esa es otra historia y debe ser contada en otra ocasión*.<sup>14</sup>

## VIII. Bibliografía

Domínguez Martínez, P. *Un tipo de violencia económica: el impago de pensiones*. Tirant Lo Blanch. Documento TOL 4.059.962, 01/2014.

Magro Servet, V. La violencia económica del art. 227 del Código Penal. La Ley Derecho de familia, nº 12, Wolters Kluwer, octubre-diciembre 2016.

Del Moral García, A, Escobar Jiménez, R. *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, 4ª Ed., Comares, Granada, 2018.

Magro Servet, V. *Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo* Diario La Ley, Wolters Kluwer, 03/11/2021.

Herrero Álvarez, Sergio. *Cinco novedades recientes sobre el delito de impago de prestaciones familiares del artículo 227 del Código Penal*. Sala de Togas nº 82, enero 2022.

<sup>13</sup> Magro Servet, V. *Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo* Diario La Ley, Wolters Kluwer, 03/11/2021, p. 7

<sup>14</sup> Ende M. *La historia interminable*, Punto de Lectura. 2006

## El nuevo art. 192.3 CP y el aleteo de la mariposa

Claudio García Vidales  
Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N<sup>o</sup> 5  
Roquetas de Mar

Sumario:

I. Introducción

II. Contenido de la modificación y fines de la pena

III. Análisis casuístico del impacto: el artículo 181.1 CP

IV. Conclusiones

En los últimos tiempos, jueces y magistrados navegamos constantemente en mares de legislación a golpe de titular e irreflexión normativa. En este contexto, algunas reformas tienen un impacto radical premeditado, buscado y deseado, llevado a cabo de forma notoria. Otras, sin embargo, logran un impacto de significación inesperada como consecuencia de una mínima modificación que, desde la perspectiva teleológica, podríamos denominar estética. En este segundo tipo de casos, existen dos opciones. O bien el legislador ha encubierto su objetivo real, o simplemente ha demostrado un evidente desconocimiento del iter procesal y de la ley rituarial. Y, en ambos casos, está más que justificado que prestemos especial atención a dichas modificaciones, especialmente cuando afectan a materias especialmente sensibles y que pueden redundar en la efectiva operatividad de las causas penales.

In recent times, judges and magistrates have been constantly navigating in seas of headline-grabbing legislation and regulatory populism. In this context, some reforms have a premeditated, intended and desired radical impact, notoriously carried out. Others, however, achieve an impact of unexpected significance as a consequence of a minimal modification that, from a teleological perspective, we could call aesthetic. In this second type of case, there are two options. Either the legislator has concealed his real objective, or he has simply demonstrated an obvious lack of knowledge of the procedural iter and the procedural law. And, in both cases, it is more than justified that we pay special attention to these modifications, especially when they affect particularly sensitive matters and can have an impact on the effective operation of criminal cases.

**Palabras clave:** reforma, abuso, libertad sexual, inhabilitación, menores.

**Keywords:** reform, abuse, sexual freedom, disqualification, minors.

## I Introducción

En no pocas ocasiones, los operadores jurídicos se encuentran en la tesitura de lidiar con cambios normativos y modificaciones legislativas que, tras una apariencia, en principio, poco trascendente, suponen un auténtico vuelco procesal en el quehacer diario de juzgados, tribunales y fiscalías. En la mayoría de los casos, además, tales cambios no redundan en una simplificación de la tramitación de las causas, sino en una ralentización y petrificación que, en última ratio, tiene como principal perjudicada a la ciudadanía. En mi opinión, ello no es sino el resultado de una fallida calibración por parte del poder legislativo, el cual muestra una notable desidia a la hora de tomar en consideración el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas contemplado en el art. 24 de la Constitución Española. Y es que, si bien dicho derecho ampara, fundamentalmente, al sujeto pasivo del proceso penal, no debemos perder de vista la perspectiva de la víctima, la cual es, en ocasiones, la principal interesada en una rápida tramitación de la causa y finalización de la maquinaria procesal. Así pues, cualquier modificación legislativa que suponga una mayor protección para los bienes jurídicos de la ciudadanía constituye, en principio, un cambio deseable. Ahora bien, conviene preguntarse, ¿a qué precio? El funambulismo legislativo, entre las exigencias de la opinión pública y la operatividad real, requiere un quirúrgico examen del impacto efectivo que cada pequeña modificación introducida en nuestro sistema tiene para el conjunto

del ordenamiento. Aun cuando dicha modificación afecta al último artículo de la norma que creemos más prescindible. Desde luego, una evidente perspectiva jurídica de aquel proverbio chino: *“el aleteo de una mariposa se puede sentir al otro lado del mundo”*.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia ha supuesto, no un aleteo, sino un vendaval legislativo y práctico. Como norma con afectación plurijurisdiccional, su impacto ha sido relevante en todos los órdenes, pero, especialmente, en el penal. No es el objetivo de este breve artículo realizar una revisión panorámica de la nueva norma y de sus consecuencias generales, sino trasponer al plano práctico la teoría expuesta en los párrafos anteriores. Basta decir que la LO 8/2021 ha tenido, desde su origen, una evidente vocación tuitiva de los derechos de los menores víctimas y testigos de violencia en todos los ámbitos, introduciendo en nuestro sistema determinadas modificaciones de calado como la preceptiva preconstitución de la prueba de declaración de testigo menor de 14 años.

## II. Contenido de la modificación y fines de la pena

Expuesto lo anterior, las preguntas por parte de quienes leen este texto, en este punto, son legítimas. ¿A qué me refiero con esa pequeña modificación, a la que he tenido a bien equiparar un sutil aleteo? ¿tan estruendosas son sus consecuencias?

Voy a permitirme la licencia de plasmar en este artículo algunas de las conclusiones a las que llegamos, durante nuestra última reunión, los compañeros integrantes de la Comisión Jurisdiccional Penal de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. En esa ocasión, tuvimos la oportunidad de discutir y valorar la modificación de un precepto que, para muchos, pasó desapercibida (¿con cuántas amenazas de nulidad tuvimos que lidiar durante las primeras semanas de implantación del precepto?): el art. 192. 3 de nuestro Código Penal (en adelante, CP). En lo relativo a su colocación sistemática, el precepto se enmarca dentro del Capítulo VI (disposiciones comunes) del Título VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) del Libro II CP.

En primer lugar, observemos el alcance de la modificación desde una perspectiva limitada, tanto normativa como gramaticalmente. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2021, el meritado precepto señalaba:

*“3. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio*

*de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.*

Hasta el 25 de junio de 2021, el art. 192.3 CP preveía la imposición preceptiva de penas de inhabilitación especial para profesión u oficio que conllevarse contacto regular y directo con menores de edad en aquellos casos en que el individuo en cuestión fuese condenado por la comisión de uno de los delitos previstos en los Capítulos II bis (“de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”) y Capítulo V (“de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”). Otra cuestión prevista era la de que estas penas de inhabilitación se calculaban adicionando determinados plazos a las penas de prisión que se impusiesen al condenado.

Ahora, veamos la redacción posterior (actual) del precepto, concretamente en su párrafo segundo:

*“La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos*

*comprendidos en el presente título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada”.*

La diferencia es evidente. El legislador ha optado por una tendencia punitiva expansiva tras la reforma. Así, se ha determinado que la imposición obligatoria de la pena de inhabilitación para tareas laborales relacionadas con los menores no se limitará a aquellos casos en que el autor haya ejecutado un hecho delictivo relacionado con los mismos, sino a cualquier supuesto en que se haya condenado por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales. Ello debe entenderse, a mi parecer, como una inferencia de peligrosidad automática plasmada normativamente por el legislador. Si un sujeto ha cometido un hecho delictivo de carácter sexual, aun contra un adulto, debe entenderse que existe un riesgo de delinquir aun contra los menores, con independencia de que su actuación previa no se haya dirigido contra ellos.

Desde luego, la modificación encuentra escaso sustento dogmático desde la perspectiva de los fines de la pena. Tomando en consideración los mismos, la única respuesta plausible es que la modificación del precepto haya podido responder a un exceso de celo (quien sabe si de cara a la galería mediática) en relación a la prevención especial. Creo que podemos coincidir en que esta perspectiva es la imperante a la hora de configurar este tipo de inhabilitación. Sin embargo, debemos preguntarnos ¿qué efectividad esperamos, desde el punto de vista preventivo, de una pena que limita la relación laboral del condenado con personas que no eran sus víctimas ideales y, por lo tanto, tampoco lo serán, en principio, potenciales? Aceptando esa perspectiva, ¿qué impide que la inhabilitación limitativa se observe, también, en relación a otros colectivos o grupos sociales, como, por ejemplo, los ancianos? En este sentido, no debe obviarse que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la necesidad de que la relación concreta entre el comportamiento típico y la pena que se le atribuya guarde “una relación de proporción”<sup>1</sup> que no implique un derroche inútil de coacción que pueda socavar, en última ratio, la dignidad de la persona. Ello implica que, para concluir la constitucionalidad de una pena, desde la perspectiva de la proporcionalidad, la misma deberá superar un triple filtro<sup>2</sup>: La reacción penal debe perseguir la preservación de bienes o intereses que no

1 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23 (ECLI:ES:TC:1999:136)

2 STC 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2 (ECLI:ES:TC:2022:25)

estén constitucionalmente proscritos ni sean penalmente irrelevantes.

La pena debe ser apta para dicha persecución.

La pena debe ser proporcionada como resultado de la comparativa entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Creo que es indiscutible que la imposición de una pena de la naturaleza que nos ocupa, en aquellos casos en que la víctima no haya sido un menor de edad, adolece de una cierta falta de idoneidad que puede afectar, en última ratio, a la proporcionalidad de la pena y, en consecuencia, a su legitimidad. No obstante, esta tesis es evidentemente rebatible, especialmente por aquellos defensores estrictos de la prevención especial como finalidad trascendente de la pena. No obstante, creo que la reducción al absurdo, en un caso como el que nos ocupa, ofrece respuestas esclarecedoras. Si aplicamos una visión tan sumamente estricta como la pretendida por el legislador, un condenado por la comisión de un delito de hurto, ¿debería ser inhabilitado para el ejercicio de cualquier labor que implique el manejo de patrimonio ajeno (prácticamente todas)? No pretendo con esto tratar de equiparar bienes jurídicos como el patrimonio a otros como la indemnidad sexual. Tan solo intento, y espero que así se entienda, evidenciar que es probable que nos encontremos ante una pena no apta para un delito como el que es objeto de condena.

### **III. Análisis casuístico del impacto: el abuso sexual básico (art. 181. 1 CP)**

Al margen de lo anterior, el verdadero impacto de la reforma planteada debe estudiarse caso por caso para su comprensión. No obstante, en esta ocasión, tomaré como referencia un tipo relativamente habitual en la práctica, el abuso sexual básico, para poder analizar las consecuencias del cambio legislativo.

Señala el art. 181.1 CP:

*“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.*

Me interesa especialmente analizar el impacto de la reforma en relación a este delito debido a la amplitud que la aplicación del tipo ha ganado en los últimos tiempos. No debe pasarse por alto el hecho de que, de conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cualquier tipo de contacto físico de carácter no consentido y con ánimo sexual puede encontrar cobertura penal en este delito<sup>3</sup>. Ello implica, por tanto,

<sup>3</sup> STS, Sala Segunda, n.º 396/2018, de 26 de julio, FJ. 3. 2 (ECLI:ES:TS:2018:3104) *“Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena”.*

que todos los supuestos de tocamientos contra la voluntad de quien los padece y que buscan ofrecer una satisfacción sexual al autor, relativamente comunes en la práctica y durante la prestación de los servicios de guardia, serían constitutivos de la conducta prevista en el art. 181.1 CP.

Procedamos ahora a analizar el impacto concreto de la reforma del art. 192.3 CP:

Como se ha expuesto, el nuevo apartado 3 del art. 192 obliga a la imposición de una pena de inhabilitación en el caso de todos los delitos previstos en el Título VIII. Ahora bien, existe una restricción expresa: la pena de inhabilitación se calcula sobre la pena privativa de libertad impuesta en sentencia. ¿Qué ocurriría, por tanto, en los casos en que la pena que finalmente se impusiese fuese la de multa y no la de prisión? En este caso, en mi opinión, existe una tensión evidente entre una interpretación normativa y dogmática. Desde el punto de vista normativo, parece claro que, siendo la pena impuesta conforme al art. 181.1 la de multa, no habrá lugar a la imposición de la pena de inhabilitación prevista en el art. 192.3. Sin embargo, analizada la cuestión desde el punto de vista del fin de la pena, podría llegar a ser discutible que la necesidad reforzada de prevención especial a la que he me referido con anterioridad sea exigible, exclusivamente, en los casos en que la pena a imponer sea la privativa de libertad (y ello con independencia de que, por lo general, su aplicación se reserve a supuestos más graves). A mi parecer, la respuesta nos la ofrece el principio de

legalidad imperante en nuestro sistema penal conforme al art. 2 CP. Si el art. 192.3 establece como base de cálculo la pena privativa de libertad, y esta no se aplica, no habrá lugar a la imposición de la pena de inhabilitación. Y ello especialmente si tenemos en cuenta que el precepto señala, específicamente, que la pena que se tome como base sea la que se imponga en la sentencia, no la que se fije abstractamente en el tipo.

Queda descartada la posibilidad de tramitar diligencias urgentes, de conformidad con los arts. 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nuestra ley rituarial reserva las diligencias urgentes y el enjuiciamiento rápido, según lo que se menciona específicamente por el art. 795, a la tramitación de aquellos procedimientos por delito que estén castigados, en abstracto, con penas privativas de libertad de hasta cinco años y de otra naturaleza hasta diez años. Con la reforma, el abuso sexual del art. 181.1 pasa a poder castigarse con penas de inhabilitación que van desde los 3 hasta los 23 años, excluyendo automáticamente la posibilidad de dicha tramitación. Ni que decir tiene que se excluye, del mismo modo, la posibilidad de llegar a ningún tipo de conformidad durante el servicio de guardia, tomando como base el art. 801 LECrim. La única posibilidad, en este caso, será diferir la eventual conformidad a una fase posterior del procedimiento abreviado, al no verse afectada en ese caso por la limitación de la pena (6 años de prisión) y tratar que el beneficio de dicha conformidad resulte de una negociación

con la acusación y no de una aplicación normativa automática. Así, el Ministerio Fiscal va a adquirir un papel especialmente relevante de cara a mitigar, en la medida de lo posible, los efectos de la reforma.

Se cercena, del mismo modo, la posibilidad de utilizar la transformación en diligencias urgentes durante la tramitación de diligencias previas que se prevé en el art. 779 LECrim. Se pierde así una posibilidad notablemente interesante, a mi entender, para dotar de celeridad a los procedimientos penales cuando han requerido una investigación previa prolongada, evitando la apertura de la fase intermedia del proceso. La remisión genérica al art. 801, al que me he referido anteriormente, impide acceder a tal actuación.

Existe una drástica modificación del plazo de prescripción del delito. De conformidad con el art. 131 CP, con anterioridad a la reforma de la LO 8/2021, el delito básico de abuso sexual prescribía a los 5 años. La introducción de un plazo de inhabilitación que podría alcanzar hasta los 23 años implica, automáticamente, que el nuevo plazo de prescripción alcanzará los 15 años, el triple del considerado previamente.

Un cambio especialmente llamativo es el relativo a la competencia objetiva para el enjuiciamiento del delito. El art. 14 LECrim establece nuevamente un límite cuantitativo de la pena a la hora de determinar si la competencia objetiva para el enjuiciamiento se atribuye al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia

Provincial. El primero será competente en aquellos casos de delitos que estén castigados con pena privativa de libertad de hasta 5 años o de otra naturaleza hasta 10 años, mientras que la Audiencia será competente para el enjuiciamiento de delitos castigados con penas de mayor gravedad (a excepción, claro está, de las competencias especiales). ¿Qué quiere decir esto? Básicamente que, a partir de ahora, la Audiencia Provincial del territorio en el que se cometa el hecho delictivo (a excepción de los supuestos de violencia de género) deberá conformar sala para enjuiciar hechos como, por ejemplo, un tocamiento en el pecho o los genitales.

No soy ajeno, como es evidente, a que el impacto de la reforma no es el mismo para todos los delitos contra la libertad sexual. Por ejemplo, en el caso de las violaciones (art. 179 CP) y de los abusos sexuales con penetración (181.4 CP) la significación será notablemente menor, toda vez que nos encontramos ante hechos delictivos en que la tramitación por diligencias urgentes, por ejemplo, no era posible, del mismo modo que la competencia para su enjuiciamiento ya correspondía a las Audiencias Provinciales.

En cualquier caso, el supuesto de los abusos sexuales básicos me parece especialmente ilustrativo, toda vez que permite vislumbrar como una reforma tan sutil de la normativa tiene un impacto directo en toda la tramitación del procedimiento. Se provoca así una ralentización en cascada de la marcha de la causa. Por un lado, la instrucción deberá prolongarse

obligatoriamente y avanzar hasta fase de enjuiciamiento ante un órgano que, como es lógico, suele fijar señalamientos en un espacio más dilatado en el tiempo. Y todo ello para la imposición de una pena que no podemos concluir, de forma taxativa, que cumpla una finalidad concreta. Es el evidente peligro de la generalización de la peligrosidad.

#### IV. Conclusiones

Es todavía pronto para determinar el impacto efectivo que la modificación de la norma puede tener en materia de enjuiciamiento, habida cuenta de que son pocos los supuestos que han llegado a conocerse ya por parte de nuestras Audiencias Provinciales. Que es previsible un aumento de los asuntos pendientes ante las mismas es indiscutible. Desde luego, los efectos en los servicios de guardia ya han aparecido, y de ello pueden dar buena fe los compañeros que prestan servicios en órganos de instrucción. Si se me pidiese mi opinión sobre qué medidas paliativas se pueden adoptar por parte de los operadores jurídicos, creo que nos encontramos notablemente constreñidos a nivel normativo. Dicho esto, la simplificación y celeridad de las diligencias previas en casos innecesarios (imaginemos el supuesto de tocamiento en medio de transporte público con testigos, practicada toda diligencia de investigación en el servicio de guardia) y el fomento de las conformidades ordinarias de cara al enjuiciamiento, van a convertirse, en mi opinión, en instrumentos fundamentales en dos vertientes. Por un

lado, de cara a garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por otro, con el objetivo de evitar la sobrecarga de nuestros órganos de enjuiciamiento (al menos desde la perspectiva de la práctica de la prueba). Más allá de eso, a nivel personal, creo que resultaría justificable discutir, desde el punto de vista constitucional, la procedencia de la aplicación indiscriminada de esta pena, a través de los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de jueces y magistrados.

Será una vez que se haya observado el resultado concreto y real de la implantación de la reforma cuando deberemos cuestionarnos acerca de si la misma fue o no conveniente, y de si ganamos más de lo que tendremos que sacrificar en la tramitación de este tipo de causas. Y, del mismo modo, será en ese momento en el que podremos concluir si el legislador no era consciente del impacto del aleteo de una mariposa o, siéndolo, simplemente volvió a demostrar una desidia intolerable hacia la buena marcha de la Administración de Justicia.