

**PRISIÓN POR DEUDAS:  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIÓN COMPENSATORIA**

*José Manuel Vara González*

Notario de Valdemoro (Madrid)

---

TITLE: *Imprisonment for debt: Unconstitutionality of crime of non-payment alimony.*

RESUMEN: El artículo 227 del Código Penal recoge un tipo penal que puede ser considerado como un supuesto residual de condena a prisión por deudas. La naturaleza jurídica de la pensión compensatoria entre cónyuges separados o divorciados es de orden económico patrimonial, no alimenticia ni asistencial, por lo que es constitucionalmente dudosa la opción de política legislativa consistente en reprimir su incumplimiento por vía penal. En el origen histórico de su tipificación se encuentra su asimilación a otras modalidades de prestaciones asistenciales familiares, que pueden explicar su injustificado tratamiento unitario actual.

ABSTRACT: *Section 227 Penal Code contains a type of crime that can be considered a residual item of imprisonment for debt. Legal nature of alimony between separated or divorced couples refers to economic or patrimonial matters rather than nurturing or maintenance ones, so that it is constitutionally doubtful the legal choice to repress its breaches by criminal-law means. In the historical origin of its legal definition appears assimilated to familiar sustenance duties, which can explain its unified legal regulation nowadays.*

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria, prisión por deudas, inconstitucionalidad, efectos del divorcio.

KEY WORDS: *Alimony, imprisonment for debt, unconstitutionality, legal effects of divorce.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 2. OCHO ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL IMPAGO DE PENSIÓN COMPENSATORIA. 3. UN INTENTO DE EXPLICACIÓN: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICOS DEL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA.

---

## 1. PLANTEAMIENTO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Artículo 227 del Código Penal vigente:

«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, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.»

El artículo transcrito recoge lo que, según extendida opinión, es un supuesto residual de condena de prisión por deudas, eliminada de nuestro Derecho penal desde el Código de 1932. Su inconstitucionalidad resultaría de la vulneración del artículo 17.1º CE (derecho a no ser privado de la libertad), del principio de no discriminación del artículo 14 CE, pues el precepto haría de peor condición al insolvente en cuanto al disfrute de los derechos fundamentales, y del principio de legalidad (arts. 10.2º y 96.1º CE), en su vertiente de vinculación a los instrumentos internacionales ratificados por España (en concreto, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 16-09-1963: artículo 1. «*Prohibición de prisión por deudas. Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual*»). El TC ha abordado tangencialmente el caso en la STC 230/1991, de 10 de diciembre, que, tomando como premisa el principio general («*no puede haber prisión por el incumplimiento de una obligación contractual*»), declara sin embargo constitucional la norma que, caso de condena penal, antepone el pago de la responsabilidad civil al perjudicado por el delito respecto a la multa como variante punitiva, aunque la imposibilidad del pago de ésta por insolvencia determine en ingreso sustitutorio en prisión.

Desde la reforma penal de 1989, el abandono de familia «*típico*» (desatender a los hijos) se configura como un delito contra las relaciones familiares (Título XII, del Libro II), mientras que en los códigos de 1944 y 1973 se trataba, por la ubicación sistemática y por la redacción del tipo, de un delito contra la Administración de Justicia. El bien jurídico protegido es hoy la familia en sí misma, que subsiste en las relaciones jurídicas verticales (padres-hijos) y en las horizontales (entre excónyuges) posteriores a la ruptura. La antijuridicidad de la conducta penada consiste en impagar dolosamente las prestaciones económicas establecidas por resolución judicial.

Es dudoso que, en el incumplimiento de tales deberes, concorra la dosis suficiente de antijuridicidad que justifique su represión penal reforzada respecto del artículo 226 CP como opción de política legislativa, al menos cuando los acreedores de alimentos son hijos mayores de edad. Pero donde las dudas alcanzan al baremo de constitucionalidad es en la inclusión dentro del tipo del impago de las prestaciones compensatorias a favor del excónyuge, referido tanto a la pensión del artículo 97 CC como las instituciones equivalentes de los derechos autonómicos, en especial la regulada en los artículos 233-14 a 19 CCCat.

La prestación compensatoria es una figura de origen norteamericano (se justifica allí por la inexistencia de régimen económico matrimonial constante consorcio), introducida en nuestra regulación del divorcio de 1981 esencialmente a iniciativa de sectores antidivorcistas que la concebían como cláusula de dureza (*Härteklausele*) encubierta, o sea, como un mecanismo disuasorio del divorcio, dirigido a dificultar al excónyuge la reconstitución de una segunda familia. Su deficiente regulación en Derecho Común (arts.

97-101 CC), de origen parlamentario, ha sido causa de dudas en doctrina y jurisprudencia acerca de su naturaleza jurídica. Hay unanimidad, sin embargo, acerca de que, a diferencia de los alimentos a los hijos, la pensión compensatoria no tiene una finalidad asistencial (SSTS [1ª] 19-02 y 20-02-2014), sino que se trata más bien de un caso de resarcimiento de daño objetivo. La expresión comodín en los fundamentos jurídicos de las sentencias que la abordan afirma que se pretende con ella «*colocar al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial*» si bien «*no necesariamente idénticas a las del otro progenitor*». Aunque tiene una finalidad reequilibradora, no es su objetivo equiparar los patrimonios de los excónyuges, ni tampoco consolidar en los dos en nivel de vida anterior a la ruptura, sino evitar un brusco descenso de nivel de vida del que queda en peor situación de los dos. En la práctica se concede en menos del 10% de las rupturas, en el 90% de los casos a favor de exesposas, y desde la reforma de 2005, mayoritariamente con carácter temporal y no indefinido (varias audiencias provinciales han acordado como criterio orientador el de tres años de duración).

Por tanto, su naturaleza, función y fundamento es de naturaleza inequívocamente patrimonial. No responde al estado de necesidad del acreedor, por lo que puede concederse aunque éste tenga medios propios para mantenerse, incluso muy importantes (ej.: STS [1ª] 26-03-2014, rec.1444/2012). No tiene carácter alimenticio, hasta el punto de que es compatible con una pensión por alimentos en sentido estricto (STS [1ª] 29-06-1988). En coherencia con su naturaleza económica, no tiene carácter personalísimo, y está sujeta al principio procesal de rogación: sólo se concede si se pide en la primera demanda, no pudiendo concederla el Juez de oficio. Como derecho patrimonial, es de interpretación no extensiva sino ceñida a su *ratio*, como toda obligación de pago en tanto que contraria al principio de libertad civil; puede negociarse, cederse, novarse, compensarse, embargarse; puede renunciarse total o parcialmente, anticipadamente, al devengarse o una vez en vigor, y de manera expresa, tácita o presunta.

## 2. OCHO ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL IMPAGO DE PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Merece este derecho la protección penal del artículo 227 CP? ¿Merece su equiparación con el derecho asistencial de alimentos en favor de los hijos menores de edad? La represión penal del impago de pensión compensatoria da lugar a situaciones llamativas, en ocasiones difícilmente conciliables con elementales exigencias de justicia. Por ejemplo:

- a. La privación de libertad es en este caso contraria a todo fundamento constitucional y criminológico de la pena. Quien no trabaja o pierde su empleo por estar en prisión no podrá cumplir para el futuro sus obligaciones económicas, viéndose abocado a más incumplimientos. No sirve como contraargumento el que se prevea como alternativa la pena de multa y que ésta sea la práctica general, porque, aparte de encomendarse a un indeseable arbitrio judicial, la multa siempre incrementa la

insolvencia y dificulta el cumplimiento, y por otra parte, el impago de la propia multa, cualquiera que sea la prelación respecto a la responsabilidad civil, puede desembocar en el encarcelamiento resultante de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP.

- b. La penalidad es incoherente, pues tras la reforma de 2003 se castiga más la desatención económica del excónyuge del artículo 227 (de tres meses a un año de prisión), sin consideración a su efectiva lesividad, que el abandono moral y material de los hijos del artículo 226 CP (de tres a seis meses).
- c. El delito solo es perseguible por denuncia del acreedor y no de oficio (salvo incapacitados), lo que en caso de excónyuges, y especialmente tratándose de incumplimientos menores, convierte la acción penal en un mecanismo privilegiado de ejecución civil en beneficio del acreedor y de su inquina maléfica contra el deudor. En contraste, la responsabilidad penal no se extingue por el perdón del acreedor denunciante (art. 228 CP, en relación con el art. 130.5º CP), lo que solo tiene sentido en el contexto de la irrenunciabilidad de los alimentos civiles (art. 151 CC), dato que en absoluto concurre en la pensión compensatoria.
- d. Entre excónyuges, una de las excusas absolutorias más invocadas por los deudores es el establecimiento por su acreedor de una relación de la pareja de hecho estable, causa extintiva de la pensión ex 101.1 CC. Sin embargo, salvo casos de insolvencia familiar flagrante en el deudor, las causas extintivas de la pensión no suele admitirse que puedan acreditarse en el seno del proceso penal, remitiéndose al correspondiente procedimiento civil de modificación de medidas del artículo 775 LEC, cuyo resultado nunca anula la previa condena penal. Por otra parte, si la pensión compensatoria no tiene naturaleza asistencial y los alimentos a los hijos sí, debería bastar que el deudor acredite la superveniencia de hijos para enervar la acción penal; sin embargo, por ejemplo, la SAP de Barcelona 16-01-2001 confirma la condena por impago de alimentos, rechazando la alegación del deudor de haber formado una nueva familia.
- e. Tras la reforma de la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 40/2007, el devengo de pensiones de viudedad a favor de separados o divorciados queda condicionado a que fueran acreedores de pensión compensatoria a cargo de sus excónyuges al tiempo del fallecimiento de éstos (art. 221.1 Texto Refundido LGSS, antiguo art. 174 LGSS). Se están detectando en la práctica pensiones compensatorias pactadas en convenios reguladores de divorcio sin intención por ninguna de las partes de hacerlas efectivas jamás, y con la única finalidad de terminar lucrando pensión de viudedad contra el sistema público. La STS (Social) 10-11-2014, Rec. 80/2014, ha dado carta de naturaleza a este fraude, declarando que es indiferente para conceder la viudedad que la pensión compensatoria se pagase efectivamente o no. ¿Merece protección penal esta situación?
- f. El 227 CP castiga todo incumplimiento de prestaciones económicas aprobadas judicialmente con ocasión de la ruptura. Los tribunales han excluido del tipo algunos supuestos de impago de prestaciones, literalmente por no tener naturaleza

asistencial, insinuando a contrario que la pensión compensatoria sí la tendría. Ejemplos: SAP de Castellón 29-11-2003, respecto a la deuda de liquidación de la sociedad de gananciales; SAP de Burgos 20-04-2005 y SAP de Guadalajara 10-07-2015, las dos respecto al impago de las cuotas del préstamo hipotecario. En cuanto a los hijos, el deber de alimentos de sus padres está transido de la nota de orden público, pero «*cualquier prestación económica*» a favor del excónyuge, incluso de carácter periódico, además de ser de naturaleza inequívocamente patrimonial, puede tener una causa explícitamente gratuita, o sea, tratarse de una donación con ocasión de la ruptura refrendada por la resolución judicial, supuesto de realidad sociológica indiscutible (ej.: STS [1ª] 18-07-2014, rec.2038/2012). ¿También este supuesto cabe en la letra del tipo penal del art 227 CP?

- g. La jurisprudencia no exige un dolo específico de perjudicar, afectante a la culpabilidad, sino estrictamente el incumplimiento del pago de las prestaciones (Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, o, por ejemplo, SAP Madrid [1ª] 15-03-1991). Sin embargo, algunas pensiones indefinidas se pagan en forma de renta vitalicia, o sea, mediante la entrega por el deudor de un capital propio a una entidad financiera, que paga una cantidad mensual al acreedor, con el consentimiento como mínimo tácito del pensionista. ¿La quiebra o insolvencia de la entidad financiera genera la responsabilidad penal del deudor que capitalizó la renta? ¿*Quid* en caso de garantías aceptadas por el acreedor?
- h. La pensión compensatoria indefinida no se extingue por el fallecimiento del deudor, sino que la obligación de pago se transmite a los herederos de éste, siendo reducible a su instancia por inoficiosidad (art. 101.2 CC). Sin embargo, el delito de impagar al mismo acreedor idéntica pensión por idéntico concepto solo puede ser cometido por el «*cónyuge*» y no por los deudores subrogados, según la letra del artículo 227 CP. Por otra parte, si por extinción de la pensión compensatoria el acreedor quedara en estado de necesidad podría efectivamente reclamar alimentos legales de sus propios parientes *ex* artículo 144.2, 3 y 4 CC, pero el impago de ninguno de éstos encajaría en la conducta penada por el 227 CP, pese a tener -ahora sí- inequívoco carácter asistencial (art. 142 CC), debiendo perseguirse a través del tipo, mucho más laxo y menos castigado, del artículo 226 CP ¿No hay en todas estas discriminaciones un ingrediente de delito de autor *per relationem*, contra los excónyuges?

### 3. UN INTENTO DE EXPLICACIÓN: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICOS DEL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

Las dudas sobre la constitucionalidad del artículo radican por tanto en la inclusión dentro del tipo del impago literalmente de «*cualquier tipo de prestación económica en favor del cónyuge*». Su tipificación en un mismo artículo yuxtapuesta al abandono de familia en sentido propio, es decir, la desatención material de la prole, puede responder a inercias vinculadas con el origen histórico del delito, radicalmente desconectadas tanto de la naturaleza jurídica de las instituciones que pueden generar la responsabilidad como de la realidad social en que están siendo aplicadas.

El delito llamado de «abandono de familia» regulado en nuestro Derecho procede de la ley francesa de 7-2-1924 (ley Tissier), que, en el contexto de la polémica sobre la legalización del divorcio, partía del reconocimiento de la ruptura de la familia por «fuga» del marido, y tipificaba exclusivamente el abandono material o dejación de deberes de asistencia económica, a través de un delito contra la Administración de Justicia y no contra la familia (se castigaba el incumplir la sentencia civil que obligaba a pagar pensión). La influencia de la diplomacia francesa logró que esta tesis se incluyera como recomendación de política legislativa en la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, auspiciada por la Sociedad de Naciones. En 1933 se celebró en Madrid la V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, en la que se impuso la tesis contraria, recomendándose como criterio de unificación internacional la tipificación del abandono moral de familia (desatender el deber de convivencia y socorro), tal y como estaba en el artículo 570 del CP italiano. Entre nosotros, la Ley del Divorcio de la República de 1932, tomando el modelo francés, castigaba ya en su artículo 34 con tres meses de prisión o multa, literalmente, el impago de *«pensión alimenticia al otro cónyuge [el concepto alimenticio es fundamental] o a los descendientes establecida en convenio o resolución judicial, durante tres meses consecutivos.»*

El texto refundido del CP de 1944 recogió el abandono moral en el artículo 487, y como modalidad agravada, el abandono material del hogar familiar. Esta regulación tomaba como premisa la indisolubilidad del matrimonio, el deber de obediencia de la esposa al marido correlativo del deber de asistencia de éste (art. 57 CC), y la obligación alimenticia entre cónyuges (art. 143 CC), de modo que, constante matrimonio o en caso de separación de cuerpos, el delito no se cometía por el simple incumplimiento de la obligación de alimentos, sino por dejar al consorte por debajo del nivel de subsistencia, siendo impune si la separación era culpa del cónyuge alimentista. El tipo penal, que todavía resuena en la regulación actual, era literalmente: *“dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento [...] al cónyuge que se hallare necesitado”*. Por tanto, la conducta penada seguía refiriéndose en esta fase a incumplimiento de deberes asistenciales a favor del cónyuge.

El citado artículo 487 bis sobrevivió al texto refundido de Código Penal de 1973, y fue modificado en la reforma parcial de 1989, para coordinarlo con la reintroducción del divorcio civil en 1981. Es en la reforma del 89 donde se consagra la desgraciada expresión actual relativa al impago de *“cualquier tipo de prestación económica a favor del cónyuge o los hijos, durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial”*. La regulación estuvo condicionada por el incumplimiento muy extendido del pago de pensiones alimenticias en los primeros años de vigencia de la Ley 13/81, por lo que el tipo se amplió considerando erróneamente que todas las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial a favor de los excónyuges –merecedoras de protección penal– tienen carácter no ya alimenticio, sino asistencial, lo que ni era cierto entonces ni menos lo es ahora. Confirma esta interpretación la sentencia estrella de la jurisprudencia sobre esta materia (STS [2ª] 3-4-2001), en la que el ponente parafrasea sin disimulo la

literalidad del preámbulo de la Ley 3/89, de 21 de Junio, de actualización del CP: «[...] *Esta figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado*». El Código Penal «de la democracia» mantuvo esa tipificación, siendo retocada por la LO 15/2003, de 25-11, en los términos transcritos al principio.

En esquema: Hasta la ley del divorcio de 1981 los cónyuges separados seguían siendo cónyuges y subsistía entre ellos el vínculo «*familiar*» (el matrimonio no causa «*parentesco*»), y el consecuente deber de alimentos, de naturaleza claramente asistencial; por eso tenía sentido que el delito de abandono de familia incluyera el impago de pensiones entre cónyuges separados, dada su esencia asistencial. Tras la ley del 81, el legislador penal debía haber discriminado la naturaleza jurídica de las obligaciones entre cónyuges posteriores a la ruptura, para castigar penalmente –si esa seguía siendo era la opción de política legislativa– la desatención de deberes alimenticios o asistenciales, respecto a otros de naturaleza exclusivamente patrimonial, como de algún modo había hecho la ley del divorcio republicana. No se hizo en el momento adecuado –la reforma de 1989–, quizá por mantener la inercia en la configuración de un tipo penal que contaba con tradición doctrinal y cierto desarrollo jurisprudencial. Tampoco se hizo en el CP de 1995 ni en la reforma vigente de 2003, y la jurisprudencia posterior solo ha excluido de la represión criminal las consecuencias colaterales de la liquidación del régimen matrimonial, pero no el impago de la pensión compensatoria en ninguna de sus variantes. Ejemplos recientes que confirman la tipicidad de esa conducta son la SAP de Murcia (3ª) 473/2015 de 19-11-2015, la SAP de Huelva (1ª) 307/2015 de 27-07-2015 y la SAP de Las Palmas (1ª) 185/2015 de 11-09-2015, ésta, de enjundia jurídica destacable.

Es de esperar que nuestros jueces, en la línea de sensibilidad social que tan acentuadamente vienen acusando en los últimos tiempos, se planteen las mismas dudas que aquí se han expuesto: de constitucionalidad, desde el principio de derecho penal *última ratio*, y de vinculación de la actuación jurisdiccional a los tratados internacionales. Instrumentos jurídicos a su disposición no faltan.

Fecha de recepción: 03.11.2016

Fecha de aceptación: 23.12.2016