



**JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO**  
*Fiscal*

### ***ENUNCIADO***

---

Se acuerda por sentencia firme de 22 de septiembre de 1997 de separación de mutuo acuerdo, y por tanto tras la ratificación judicial del convenio presentado por las partes, que el marido debe pasar una pensión de 600 euros a la mujer, por sus tres hijos menores de edad. Transcurre el tiempo sin que por parte del padre se cumpla lo convenido, sin pagar una sola mensualidad desde su fijación por sentencia firme en el Juzgado de familia.

La ex esposa, ante el impago reiterado de la pensión acordada, decide, con fecha de 20 de enero de 1999, interponer querrela criminal contra el padre por el impago reiterado de pensiones desde la fecha de la sentencia hasta ese momento.

Como consecuencia de la incoación de las diligencias previas penales de procedimiento abreviado, se practican por el Juzgado diligencias de averiguación o constancia de lo denunciado. Así, con fecha de 23 de enero de 2000, se dicta auto de admisión y práctica de prueba y con fecha de 25 de enero de 2003 providencia de señalamiento para el juicio oral. La prueba que se pedía y la actividad judicial que desarrolló desde entonces se circunscribió en una providencia de 1 de marzo de 2001 sobre petición de documental a entidades bancarias y otros organismos; oficios que se reiterarían a lo largo del mismo año a una entidad bancaria renuente a cumplimentar la orden judicial. En concreto había un oficio al Banco que pretendía acreditar el estado contable del padre, que no pagaba las pensiones. Otras diligencias de prueba, con otras fechas posteriores y resoluciones judiciales posteriores, pero siempre en el año 2002, intentaban averiguar el paradero del padre; tener por personada a la querellante con los poderes aportados por el procurador. Hubo asimismo órdenes de captura y declaración de rebeldía del padre imputado, ante la imposibilidad de localización, pues se situó adecuadamente en ignorado paradero, a fin de que transcurriera el tiempo como mejor defensa sus derechos. En conclusión, desde el auto de admisión de prueba hasta el señalamiento del juicio oral transcurre el tiempo indicado, sin que se practiquen otras diligencias judiciales que las indicadas en los años 2001 y 2002.

Conviene decir, a efectos de responsabilidades civiles, que la madre, en el procedimiento civil de separación, acreedora del marido al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, había

renunciado al derecho de tanteo sobre la casa que fuera domicilio conyugal y había percibido por esta circunstancia y por los créditos pendientes una compensación económica del entonces marido, ahora imputado; y había recibido otra compensación económica como consecuencia de la venta de bienes de ambos, en la previa liquidación del patrimonio que, al efecto, se realizó, en la que ella percibió más que proporcionalmente que su ex marido; también percibió un dinero, producto de la venta de otros bienes, con los que el marido dijo satisfacer deudas crediticias, entregando el resto a la esposa. Y todo como referencia a la hora de la fijación de la pensión de alimentos definitiva, que, en el momento de la interposición de la querrela, supuso una reclamación de 600 euros mensuales por el número de meses impagados hasta su interposición, sin que en la sentencia se tuviera en cuenta la compensación económica de referencia. También se dicta la sentencia contemplando una responsabilidad civil por impago de pensión desde el momento que la sentencia firma en vía civil hasta la interposición de la querrela. Sentencia que no acordó la actualización de las pensiones acordadas según el Índice de Precios al Consumo (IPC), aun siendo objeto expreso de pacto en el convenio, pues para el Tribunal sentenciador, dicha actualización debe operar desde el fallo penal firme en adelante.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Teniendo en cuenta las fechas que se sugieren en el caso ¿es aplicable el Instituto de la Prescripción al presente supuesto?
2. ¿Es correcta la sentencia en cuanto a la fijación de la responsabilidad civil se refiere por impago de pensiones?
3. ¿Acierta la sentencia tomando como referencia para el cómputo del tiempo el momento de la interposición de la querrela?

#### SOLUCIÓN

1. Responder a esta primera cuestión requiere delimitar perfectamente los tiempos y concretizar las disposiciones legales que contemplan la materia, y todo ello ilustrado convenientemente con los criterios establecidos por la jurisprudencia.

En consecuencia con lo anterior diremos que hay que distinguir entre los tiempos que marcan la sentencia firme de separación de mutuo acuerdo (desde el 22 de septiembre de 1997) hasta la interposición de la querrela criminal (20 de enero de 1999), primer tiempo y, segundo tiempo, desde la interposición de la querrela hasta la providencia de señalamiento de juicio oral (25 de enero de 2003), sin perjuicio de otras actuaciones judiciales intermedias (a las que se hará referencia en el momento oportuno del caso práctico). Estos dos momentos o tiempos procesales nos sirven para indicar, de inicio, que no cabe alegar prescripción en el primero de ellos, por la sencilla razón de que la posible prescripción ni siquiera tiene lugar ya que se impaga la pensión cada mes corriente, con lo que el plazo no corre lo suficiente y no transcurre el tiempo necesario; pero, además, por la sencilla razón de que el plazo se interrumpe «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» [art.132.2 del Código

Penal (CP)], y si resulta que el procedimiento se incoa cuando se interpone la querrela y se admite, con la consiguiente incoación de las diligencias previas penales, desde la fecha de la sentencia firme (22 de septiembre de 1997) hasta enero de 1999 no han transcurrido tres años, que es el plazo legal previsto para la prescripción de los delitos menos graves, siendo éste un delito menos grave, regulado en el artículo 227 del CP, con pena de tres meses a un año o multa, que, por aplicación del artículo 131 (por lo que a la prescripción se refiere) y el 33.3 a), i) del CP, tiene esa consideración de menos grave.

La prescripción hay que estudiarla a partir del momento en que se incoan las diligencias penales como consecuencia de la interposición de la querrela el 20 de enero de 1999. Tomaremos como elementos legales que ilustrarán adecuadamente el criterio los siguientes: artículos 130.6.º, 131, 132.2.º del CP. Asimismo, no perderemos de vista dos fechas más: una viene condicionada por el auto de admisión de prueba de 23 de enero de 2000; la otra, la providencia de señalamiento de juicio oral de 25 de enero de 2004. Y salpicaremos esas dos fechas de los contenidos de las diligencias judiciales que se supone se han practicado durante el año 2001 y 2002.

Si sabemos que el plazo de prescripción del delito es de tres años y sabemos que algo se ha hecho entre 1999 (querrela) y 25 de enero de 2004 (señalamiento de juicio oral), de la importancia jurisprudencial que se dé a lo actuado judicialmente entre estas dos fechas se deducirá la prescripción o no del delito de impago de pensiones.

Hay dos actividades judiciales de importancia: una viene determinada por los oficios bancarios a fin de comprobar el estado contable del no pagador, o la personación de la esposa en la causa (durante el año 2001); la otra la constituye la búsqueda del marido, la localización de su domicilio, la búsqueda y captura, la declaración de rebeldía, etc. (todo dentro del año 2002). Al respecto la postura de la jurisprudencia es clara: «sólo tienen virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha de un procedimiento, reveladoras de que la investigación o trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción». ¿Qué acto de los indicados, o qué actos de los indicados tienen verdadero contenido material y pueden, en consecuencia, definir si se ha interrumpido o no la prescripción desde que se entienda o no como interrumpido el procedimiento? (art. 132. 2 del CP) ¿Los del año 2001? ¿Los del año 2002? La jurisprudencia, nuevamente, nos ilustra al efecto: La realización de diligencias inocuas no interrumpe la prescripción. Se deben entender por tales las de búsqueda y captura, incluso el auto que declare la rebeldía del marido. No son de las que tienen consideración de sustanciales, pues no impidan la prosecución del procedimiento (si el juicio se pudiera celebrar en su ausencia, por ejemplo) ni impiden la iniciación del mismo. No tienen efecto interruptivo las órdenes de búsqueda y captura para la localización del acusado, mientras se dilatan en el tiempo, en tanto no se conviertan en diligencias más documentadas. Parece, por tanto, que no cabe hablar de efecto interruptivo por esta vía.

Pero por lo que se refiere a la petición de documentos bancarios para comprobar el estado contable del marido, que se reiteran ante el incumplimiento por la entidad bancaria y que son la causa de la dilación, cabe decir que sí son esenciales a la causa y sí son de contenido netamente material, importantes a fin de determinar la solvencia o no del ex marido y a fin de acreditar la viabilidad del cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal. Resulta, en consecuencia, que las dili-

gencias practicadas por el Juzgado de recordatorios de los oficios de investigación contable en el año 2001 sí tienen virtualidad interruptiva del plazo de prescripción y sí harán que el plazo cuente de nuevo desde el año 2001; con lo cual, desde este año hasta la providencia de convocatoria a juicio en el 2003 no ha transcurrido el plazo de prescripción de tres años, ni antes, desde la interposición de la querrela, en 1999, hasta el 2001 en que se dictan y reiteran oficios recordatorios de la situación contable.

En consecuencia, creo que podemos afirmar que el delito no ha prescrito.

2. El contenido adecuado de la responsabilidad civil en el presente supuesto debe abarcar dos criterios, en el ánimo de buscar la correcta delimitación de la cuantía de lo debido por impago por el padre: uno será la trascendencia o no de la compensación económica que tuvo lugar mediante la renuncia al tanteo de la casa y la venta de la finca a favor de la mujer; el otro la importancia o no de las actualizaciones pactadas en el convenio según el IPC anual.

Empezando por el primer criterio, negamos de entrada la posibilidad de la compensación económica de los alimentos. En todo caso, un pacto de tal naturaleza debería ser objeto de prueba por parte de quien alega su existencia. Pero es que el artículo 151 del Código Civil (CC) proscribía la compensación de alimentos con lo que «el alimentista deba a quien ha de prestarlos» y el artículo 1.200 del CC también dice, literalmente:

«Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito.»

En conclusión, atendidas las razones de derecho positivo alegadas, acierta la sentencia cuando desatiende la pretensión o posible pretensión de compensación económica por parte del padre. Además, la relación entre pensión debida a los hijos y deudas para con la madre es independiente y carece de efectos, pues la obligación personal de alimentos no tiene nada que ver con la deudora o crediticia que pudiera existir para con la esposa, como no tiene nada que ver la pérdida de la obligación de alimentos que pudiera producirse entre los esposos y la irrenunciable con los hijos, que no desaparece. No se debe confundir la obligación para con los hijos con la pérdida de obligaciones para con el cónyuge como consecuencia de una separación o un divorcio.

La deuda alimenticia es imprescriptible, inderogable, intransmisible e irrenunciable; no está en el comercio de los hombres y sólo cabe hablar de que el plazo establecido en el artículo 1.966 discurre para las vencidas, durante el tiempo prefijado, a efectos de su reclamación. Por tanto, aceptada tal condición en la deuda alimenticia, la renuncia a los incrementos legalmente determinados o la renuncia a los incrementos establecidos anualmente en convenio (nos referimos al IPC, y con esto damos adecuada respuesta al segundo criterio de delimitación del contenido de la pensión) no cabe, por la sencilla razón de que el principio de restitución íntegra consagrado en los artículos 110 y 111 del CP lo impide. La ejecución de un hecho tipificado como delito «obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes» los daños y perjuicio causados (art. 109 del CP). «Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien», con el abono de las actualizaciones acordadas, siempre que estén probadas, como lo estarán si constan expresamente en el convenio, como normalmente así sucede en todo convenio regulador de las condiciones personales y materiales de la separación o del divorcio.

3. Por lo que se refiere al cómputo del tiempo adecuado para fijar la responsabilidad civil y al cálculo de lo que el padre debe a los hijos como pensión de alimentos, no podemos aceptar que el plazo sea desde la sentencia firme civil hasta la interposición de la querella. Por supuesto que la sentencia fija el montante económico de la pensión; pero deberá tener en cuenta, no sólo la fecha de la resolución, también importa la fecha originaria de la interposición de la demanda de separación; de tal manera que el cálculo de la pensión debida se retrotraerá al momento en que se presentó la demanda de separación hasta el momento de la sentencia, y de ahí hasta el momento de formulación del escrito de acusación penal. No sirve como referencia la interposición de la querella criminal por impago de pensiones. La naturaleza del proceso penal no tiene nada que ver con el civil. En el proceso penal, la interposición de una querella lo que hace es poner en conocimiento del órgano judicial unos hechos con naturaleza presumiblemente delictiva, o racionalmente delictiva, con los indicios racionales de criminalidad, a fin de que, en su caso, se formule la acusación, se aperture el juicio oral y se dicte la sentencia penal que corresponda, permitiendo al imputado la defensa, en todo momento, de su causa, la cual abarcará, no sólo lo acontecido antes de la interposición, sino que, en lo que a la responsabilidad civil se refiere si no pagara, todo lo que debiera hasta la apertura del juicio oral, sin posibilidad alguna de alegar tutela judicial efectiva o indefensión.

El auto de apertura del juicio oral delimita temporalmente el momento de referencia a efectos del cálculo de lo impagado, por la sencilla razón de que quien no paga y quien no paga de manera reiterada, por la propia naturaleza del delito, resulta que no paga la pensión de forma permanente, a través del tiempo, y el tiempo transcurre igual durante la instrucción del procedimiento penal y el delito se puede seguir cometiendo igual durante dicha tramitación.

Y, además, el cálculo adecuado, en el caso de que haya más de un escrito de acusación (como sucedería en el supuesto de que hubiera, además del fiscal, acusación particular), habría de situarse en el último que lo formulara, si hasta ese momento no se hubiera pagado pensión alguna.

La sentencia se equivoca, en conclusión, cuando dice fijar la pensión económica tomando como referencia la fecha de la interposición de la querella, haciendo abstracción de todo lo que pudiera acontecer hasta la apertura del juicio oral. La íntegra restitución de lo debido contempla la deuda alimenticia hasta el momento del último escrito de acusación, lo que no puede ser de otra manera, atendido otro principio como «el interés de los menores», dignos de especial protección; los más necesitados de la protección legal.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 109, 110, 111, 130.6.º, 131, 132.2 y 227.
- Código Civil, arts. 151 y 1.200.
- SSTs de 7 de octubre de 1970, 5 de enero de 1988, 18 de abril de 1990, 10 de marzo de 1993, 11 y 28 de octubre de 1997, 4 de diciembre de 1998 y 30 de junio de 2000.
- SSTC de 19 de febrero de 1987 y 16 de mayo de 1989.