



Roj: SAP GU 276/2015 - ECLI:ES:APGU:2015:276
Id Cendoj: 19130370012015100276
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Guadalajara
Sección: 1
Nº de Recurso: 232/2015
Nº de Resolución: 337/2015
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ISABEL SERRANO FRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

SENTENCIA: 00337/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de GUADALAJARA

Domicilio: PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Telf: 949-20.99.00

Fax: 949-23.52.24

Modelo: SE0200

N.I.G.: 19130 37 2 2015 0102308

ROLLO: APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000232 /2015-M

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 1 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000310 /2014

RECURRENTE: Ambrosio

Procurador/a: MARIA BLANCA LABARRA LOPEZ

Letrado/a: BEGOÑA GIMENO DIAZ

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS SRES. MAGISTRADOS

D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

Dª MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 101/15

En Guadalajara, a diez de julio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Guadalajara, los autos de Procedimiento Abreviado 310/14, procedentes del Juzgado de lo Penal de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo nº 232/15, en los que aparece como parte apelante, Ambrosio representado por la Procuradora de los Tribunales Dª BLANCA LABARRA LÓPEZ y dirigido por la Letrada Dª BEGOÑA GIMENO DÍAZ y, como parte apelada, el MINISTERIO FISCAL, sobre abandono de familia, y siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª ISABEL SERRANO FRÍAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- En fecha 13 de febrero de 2015, se dictó sentencia, cuyos **hechos probados** son del tenor literal siguiente: *"Se considera probado y así se declara que el acusado Ambrosio , mayor de edad, sin antecedentes penales, se encuentra obligado mediante sentencia de fecha 16 de octubre de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Guadalajara , recaída en procedimiento contencioso de divorcio seguido con el nº 625/08, a abonar a Tania en concepto de alimentos para los dos hijos comunes menores de edad, la cantidad de 250 euros por cada uno, no haciendo frente a esta cantidad, teniendo capacidad para ello, en los meses de noviembre de 2008, septiembre de 2009, julio y octubre de 2010; enero y abril de 2011; agosto y septiembre de 2012, no atendiendo en forma íntegra esta pensión en los meses de junio de 2011, enero, mayo, junio y julio de 2012.= En la misma sentencia se estableció para el acusado la obligación de pago de los gastos extraordinarios previa comunicación de los mismos y la mitad del recibo del préstamo hipotecario que grava la vivienda que constituyó el hogar familiar y del IBI, no habiendo efectuado éste pago alguno por los gastos extraordinarios ni por el IBI y dejando de abonar el recibo de hipoteca de los siguientes meses: diciembre de 2009, agosto, noviembre y diciembre de 2010, enero, abril, junio, julio, agosto y octubre de 2011; enero a septiembre de 2012", y cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Ambrosio como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y al pago de las costas del procedimiento.= En el orden civil se le condena al acusado de abonar a Tania la cantidad dejada de abonar por el concepto de pensión de alimentos en las mensualidades recogidas en los hechos probados de esta resolución, mas el 50% de los gastos ordinarios producidos, la mitad del recibo de la hipoteca y del IBI, durante los años objeto de este procedimiento, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden al pago de los intereses legales, ello a determinar en ejecución de sentencia".*

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Ambrosio , se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el día 8 de julio de 2015.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

I.- Se suprime el párrafo segundo de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida manteniéndose íntegramente el primero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal de Guadalajara en los autos num. 232/2015 que considera acreditada la comisión de un delito de abandono de familia por impago de la prestación alimenticia, se argumenta por la parte recurrente que se han efectuado pagos parciales y que no pueden considerarse a efectos de integrar este tipo penal los impagos de la hipoteca y el IBI.

El contenido de las prestaciones a las que hace referencia el apartado 2º del art. 227 CP (LA LEY 3996/1995) ha sido abordado por nuestra jurisprudencia menor, pudiendo traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de noviembre de 2003 , que trata de la tipicidad penal del incumplimiento de deuda que tiene su origen en la liquidación ulterior de la sociedad de gananciales. Dicha sentencia establece que la deuda de un millón de pesetas derivada de la liquidación del haber ganancial es susceptible de integrar el delito de abandono de familia del art. 227.2 CP (LA LEY 3996/1995) por tratarse de una prestación establecida en sentencia de separación, siendo una deuda vencida, líquida y exigible. Sin embargo, aunque el tipo penal no concreta las prestaciones económicas cuyo incumplimiento genera, no resulta posible sostener la tesis de que cualquier deuda entre cónyuges es susceptible de conformar el delito. Hemos de recordar que el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA LEY 129/1966) de 19 de diciembre de 1966 dispone que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, precepto que proscribire la prisión por deudas e integra nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2 (LA LEY 2500/1978) y 96.1 CE (LA LEY 2500/1978).

Según el Preámbulo de la Ley 3/1989 esta figura delictiva protege a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos. Son por ello los deberes de asistencia dentro del núcleo familiar el bien jurídico que se quiere tutelar, quedando excluidos los derechos de crédito que no provengan de ese deber de asistencia.

Así lo ha entendido también la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, que en sentencia de 7 de junio de 1999 declaró que "el delito contemplado en el art. 389 bis del derogado CP y el art. 227 del vigente, tanto por su literalidad, como por su ubicación en el Código, constituye una especie de abandono de familia y, como tal, de un delito contra la seguridad de las personas", en el que se trata, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, de "otorgar la máxima protección a quienes en crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones".

No se está, pues, sancionando el impago de una deuda, de una simple obligación civil. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso se obtiene por esta Sala la no comisión por el acusado del delito de abandono de familia, en su modalidad de impago de pensiones o prestaciones alimenticias en cuanto al pago de los plazos del préstamo hipotecario. Debemos partir del carácter ganancial del préstamo hipotecario, al que se comprometen a hacer frente ambos cónyuges por mitad, y que al hoy condenado se le imponen aparte otras obligaciones alimenticias a favor de sus hijos, cuyo incumplimiento sí que justifican la pena impuesta. Ambos cónyuges tienen obligación frente a la entidad prestataria y tales incumplimientos en el caso de autos puede entenderse que se incluya dentro del tipo delictivo y por tanto ningún pronunciamiento sobre el pago de dicho préstamo puede hacerse en sede de la sentencia condenatoria dictada. De lo expuesto se deriva que la medida adoptada con respecto al pago de los vencimientos del crédito hipotecario es una medida que trasciende al espíritu inherente al delito de abandono de familia (ya sea en su tipo genérico del art. 266, ya sea al específico del art. 227 CP (LA LEY 3996/1995)). Es decir, la resolución judicial que impone al acusado el pago de las amortizaciones del crédito hipotecario no tiene las connotaciones de deberes asistenciales de sustento, su incumplimiento por parte del obligado judicialmente al pago no genera el nacimiento del delito previsto en el art. 227 CP (LA LEY 3996/1995) sino que produce efectos en la ulterior liquidación de la sociedad de gananciales al ser el obligado al pago del mencionado crédito que grava la vivienda conyugal de régimen ganancial, no cada uno de los cónyuges, sino la propia sociedad de gananciales. En los supuestos en que han condenado por el delito mencionado cuando no se pagan por el acusado los plazos de préstamo hipotecario, son casos en los que al marido sólo se le impone dicha obligación económica y por tanto la misma sí se puede entender dentro de las prestaciones necesarias para el sustento. No es el caso de autos, en el que al apelante se le impone la obligación alimenticia favor de sus hijos, y de manera independiente se les impone a ambos cónyuges la obligación de seguir pagando los plazos del préstamo hipotecario. En este sentido debemos dar lugar al recurso y concluir que el acusado no incurre en este delito por no abonar a la denunciante el pago del préstamo hipotecario, bien entendido que su obligación subsiste con respecto a la mencionada entidad crediticia.

SEGUNDO - El segundo punto del recurso versa sobre el tema de los meses que ha dejado de abonar el apelante. En este punto, es doctrina jurisprudencial sentada que cuando se trata de la valoración de las pruebas personales, especialmente testigos e implicados, resulta esencial la intermediación, de modo que el Juez, que preside el juicio y ve y oye directamente a las partes y a los testigos que declaran ante él, es quien está en mejores condiciones para valorar su credibilidad y para obtener de ella su convicción sobre lo sucedido. Resulta, pues, difícil sustituir esta valoración por la que pueda formarse, sin presenciar prueba alguna, el Tribunal de apelación, y dispone de menores elementos de juicio. Es por ello que, según tiene declarado reiterada jurisprudencia, pese a que el órgano de apelación goza de plenas facultades revisoras, lo que le permite valorar las pruebas realizadas en la instancia e incluso ponderarlas de forma diversa a la realizada por el Juez "a quo", en atención al principio de intermediación que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse en lo posible la apreciación que de la prueba en conjunto haya realizado el juez de instancia, por ser éste el que aprovecha al máximo en la valoración de los hechos las ventajas de la intermediación. Por este motivo, para que el tribunal de segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que por quien se recurra se acredite que así procede por concurrir alguna de las siguientes causas:

- 1).- Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.
- 2).- Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.
- 3).- Que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Pues bien, con esta perspectiva y examinando la prueba practicada y en concreto acudiendo a la documental, resulta acreditado que en el mes de noviembre de 2008 se ingresó por el mismo 280 en concepto de hipoteca, el ingreso de septiembre de 2009 según indica al efectuar el mismo también se destina al pago de la hipoteca como ocurre con el de julio y 30 de septiembre de 2010, lo que por si solo ya integraría el tipo penal sin que se haya acreditado la imposibilidad de hacer frente a su abono.

El delito de abandono de familia por impago de pensiones previsto en el art. 227.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) aparece tipificado como un delito doloso, y por ello la comisión de tal delito exige, como requisito subjetivo, que el autor del mismo actúe con conocimiento de que su actuar colma los requisitos objetivos del tipo y que realiza tal conducta de forma voluntaria; es decir, tiene conocimiento de la prestación económica establecida a su cargo en la resolución judicial y procede de forma voluntaria a no pagar tal prestación. Consecuentemente, cuando el obligado al pago de la prestación carece de recursos económicos con los que hacer frente a su pago, no puede mantenerse que el inevitable impago sea voluntario, pues obedece a causa de fuerza mayor ya que nadie puede pagar una deuda económica si carece de bienes con los que hacer el pago y por lo tanto está materialmente impedido de realizar el acto cuya omisión aparece penalmente tipificada. Ahora bien, el principio acusatorio exige que la parte acusadora pruebe los requisitos del tipo, pero no el carácter voluntario del impago de la pensión. Tal circunstancia, como la de toda otra que suponga una extinción o modificación de la responsabilidad penal, deberá ser acreditada por la parte que la alega. Es más; el hecho de que la prestación económica resulte establecida en un proceso civil de las clases a las que se hacen referencia expresa en el artículo antes citado, permite inferir racionalmente que éste tiene y mantiene los recursos económicos que fueron ponderados en el procedimiento civil para establecer la prestación y fijar su cuantía. Por lo tanto, en el caso de que el acusado por un delito de abandono de familia por impago de pensiones manifieste carecer de recursos económicos con los que hacer el pago de dicha prestación, pero no pruebe suficientemente dicha situación de imposibilidad económica, tal alegación, de evidente cariz exculpatorio, resultara intrascendente.

Dando respuesta a los concretos planteamientos del escrito de recurso, a diferencia de lo que sostiene la parte recurrente, sí ha resultado probado el impago de la parte acusada, la pensión alimenticia reconocida a favor de los hijos menores no se ha pagado en períodos superiores a los previstos en el artículo 227 del Código Penal (LA LEY 3996/1995); sin que se haya probado la imposibilidad de hacer frente a la misma.

En consecuencia, el control que debe efectuarse en la apelación es si hubo o no prueba de cargo y si el juicio de credibilidad otorgado por el Juez "a quo" a la versión de la denunciante, que le ha parecido convincente en este punto, siendo la declaración de la denunciante prueba suficiente para poder alcanzar la conclusión de condenada, y sin que tal criterio deba sustituirse por la simple manifestación del acusado,

Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida en este segundo punto.

También impugna la parte recurrente la condena al pago de los gastos extraordinarios que se contiene en el fallo apelado, alegando que los mismos "deben ser consensuados, preavisados y justificados ... los gastos extraordinarios son variables, y por ello, es necesario el consentimiento expreso, no la mera comunicación como aquí se pretende ... dichos gastos se deben reclamar en sede civil con el pertinente procedimiento de ejecución, pues como recuerda la Sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid número 531/2.009, de fecha 3 de septiembre de 2.009 "la cuantificación del montante de las prestaciones ... ser competencia exclusiva del Juez civil". No debe ser, pues, en el seno de la Sentencia penal condenatoria, en donde se determinen, previa aprobación de las partidas o conceptos discutidos y liquidación de las cuantías, las cantidades a cuyo pago viene obligado el acusado por el concepto de parte correspondiente de los gastos extraordinarios de los menores, existiendo expreso cauce al efecto en el ámbito civil para determinar la pertinencia y exigencia de los gastos por este concepto.

TERCERO. - Conforme a los artículos 123 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), las costas de esta alzada deben ser declaradas de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Labarra López, en nombre y representación de D. Ambrosio contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2015 por el Sr. Magistrado Juez de lo Penal de Guadalajara en el Procedimiento Abreviado 310/2014, REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma, en el sentido de dejar fuera de la responsabilidad civil del condenado el pago



de los plazos no abonados del préstamo hipotecario, IBI y gastos extraordinarios, manteniendo el resto de pronunciamientos de la referida sentencia; todo ello declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la presente resolución es firme y contra la misma NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO.

Expídase testimonio de la presente resolución que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, quien deberá acusar recibo de los autos y de la certificación, y reportado que sea, archívese este rollo, previa nota.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ