



Roj: **SAP M 17878/2018 - ECLI: ES:APM:2018:17878**

Id Cendoj: **28079370072018100805**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **1600/2018**

Nº de Resolución: **846/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MERCEDES DEL MOLINO ROMERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17878/2018,**
STS 2158/2020

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934580,914933800

Fax: 914934579

37051540

N.I.G.: 28.006.00.1-2016/0006867

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1600/2018

Origen :Juzgado de lo Penal nº 08 de Madrid

Procedimiento Abreviado 299/2017

Apelante: D./Dña. Eulogio

Procurador D./Dña. MARIA DE LA PALOMA SANCHEZ OLIVA

Letrado D./Dña. AZUCENA DEL PILAR AYUSO HORTA

Apelado: D./Dña. Agustina , D./Dña. MINISTERIO FISCAL y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. FEDERICO BRIONES MENDEZ

Letrado D./Dña. VICTOR SUNKEL MENA

SENTENCIA N° 846/2018

AUDIENCIAPROVINCIAL

Ilmas. Sras. Magistradas de la Sección 7ª

Dña. Ángela Acevedo Frías

Dña. Mª Teresa García Quesada

Dña. Ana Mercedes del Molino Romera

En Madrid, a diez de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto en segunda instancia, ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial de Madrid, el Juicio Oral nº 299/2017 procedente del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, seguido por un delito de abandono de familia contra **Eulogio** , venido a conocimiento de esta Sección en virtud de recurso de apelación que autoriza el



artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , interpuesto en tiempo y forma por dicho acusado contra Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del expresado Juzgado con fecha 27 de julio de 2018 .

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ana Mercedes del Molino Romera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid, se dictó sentencia de fecha 27 de julio de 2018 , cuyo relato de hechos probados y parte dispositiva dicen:

HECHOS PROBADOS: "PRIMERO. Probado y así se declara que: Eulogio , nacido en Madrid el NUM000 de 1970, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía obligado por Sentencia de fecha de divorcio dictada en el procedimiento nº 1567/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 de fecha 16 de mayo de 2012, a cumplir con la obligación de prestación de pensión alimenticia a favor de sus dos hijos menores de edad en la cantidad de 700 euros mensuales por cada hijo, (es decir 1400 € por los dos), que deberán actualizarse con fecha de uno de enero conforme a la variación que experimente el IPC en el período comprendido entre el uno de enero y el 31 de diciembre del ejercicio anterior publicado por el INE u organismo que le sustituya, dichas cuantías debían abonarse en la cuenta que D^a Agustina indicase. Igualmente debía hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca que ascendía a 1.200 euro mensuales, de los cuales desde el mes de septiembre de 2014, únicamente ha abonado un mes la cuantía de 300 euros y otros mes 250 €.

SEGUNDO.- Dicha sentencia fue modificada por la Sentencia dictada por el Procedimiento de Modificación de Medidas nº 345-15, seguido ante el mismo Juzgado de fechad de 23 de septiembre de 2016 , en la que se redujo la pensión por alimentos para cada menor a 500 euros mensuales para cada uno de ellos, 1000 euros entre los dos.

TERCERO.- No obstante, y aunque el acusado ha tenido durante todo este tiempo capacidad económica suficiente, incumplió parcialmente tal obligación, y desde julio de 2015 hasta el 23 de septiembre de 2016, tan sólo abonó la cantidad de 300 € mensuales (150 euros por cada menor), sin haber satisfecho cantidad alguna de la mitad de la hipoteca.

CUARTO.- Consta un ingreso de 2.300 euros realizado el 5 de enero de 2017 en el Juzgado de Instrucción"

FALLO: "SE ABSUELVE a Eulogio como autor penalmente responsable de un DELITO DE DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA del artículo 227.2 del Código Penal del que venía siendo acusado.

SE CONDENA a Eulogio como autor penalmente responsable de un DELITO DE DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA del artículo 227.1 del Código Penal , anteriormente definido, con la concurrencia de la atenuante simple de reparación o disminución del daño causado del artículo 21.5 del Código Penal , a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

En concepto de responsabilidad civil es procedente que Eulogio indemnice a D^a Agustina en:

-La cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por la pensión de alimentos dejada de abonar desde julio de 2015, hasta la sentencia de Modificación de Medidas, de 23 de septiembre de 2016 (período en el que tan sólo abonaba 300€, en lugar de 1400 €). Dichas cantidades deberán ser incrementadas con el IPC

- Las cuotas hipotecarias no abonadas por el acusado desde el mes de septiembre de 2014 hasta el dictado de la sentencia en el presente procedimiento, del que se detraerán 550 euros, que se han abonado el 8 de mayo de 2015 y el 1 de junio de 2015 según se reconoce en la querella (folio 4 de las actuaciones)

Tanto las cuantías de pensión de alimentos como las cuotas hipotecarias se incrementarán con los intereses del artículo 576 de la LEC .

Todas estas cantidades deberán ser reducidas en 2.300 € por la cantidad consignada de la que deberá hacerse entrega a la perjudicada.

Todo ello con expresa imposición de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarándose de oficio la otra mitad.

Para el cumplimiento de la pena principal y, en su caso, de la responsabilidad personal subsidiaria, se abonará todo el tiempo de privación de libertad sufrido durante la tramitación de esta causa, si no se hubiera aplicado a otra".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso, en tiempo y forma, por la Procuradora de los Tribunales Dña. M^a de la Paloma Sánchez Oliva, en representación del condenado en la instancia, recurso de apelación que



basó en los motivos que se recogen en esta resolución. Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las demás partes personadas, remitiéndose las actuaciones ante esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- En fecha 27 de noviembre de 2018 tuvo entrada en esta Sección el precedente recurso, formándose el correspondiente rollo de apelación y se señaló día para la deliberación y resolución del recurso, fijándose la audiencia del día 10 de diciembre de 2018, sin celebración de vista.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente construye su impugnación contra la sentencia dictada en primera instancia, con las siguientes alegaciones:

-quebrantamiento de forma: a) Vulneración del principio acusatorio del art. 24 de la CE en concordancia con el art. 789.3 de la LECrim . respecto del delito de abandono de familia por impago de las cuotas hipotecarias

Sostiene el apelante que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales que elevó a definitivas en el acto del juicio oral, no formuló acusación respecto del delito de abandono de familia por el impago de las cuotas del préstamo garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar.

La acusación particular formuló acusación por ese hecho en los términos que plasma en su escrito.

Este motivo debe desestimarse, en los términos en los que se ha propuesto.

El Pleno del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 para unificación de interpretaciones respecto al principio acusatorio, señaló que el principio acusatorio "ha de quedar restringido no solamente al "factum" (el hecho juzgado) sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito) como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones".

El Tribunal no puede cambiar el objeto del proceso y penar por un delito distinto del que ha sido objeto de acusación, existiendo únicamente dos excepciones: el recurso a la posibilidad que señala el art. 733 LECrim y la de que los delitos objeto de acusación y de condena sean homogéneos de modo que permitan al acusado conocer y defenderse de todos los elementos que componen el tipo.

Es decir nadie puede ser condenado por unos hechos que no hayan sido objeto de acusación, ni por un delito por el que no haya tenido posibilidades de defensa, con las excepciones antes indicadas.

No es este el supuesto que ahora se revisa, el ahora condenado sabía desde el inicio de la causa, cual eran los hechos de los que se le acusaba y es por esos hechos por los que ha sido condenado. Basta solo leer las actuaciones, y los escritos de acusación, así como oír las grabaciones del juicio oral, para comprobar que el ahora apelante fue debidamente preguntado por esos extremos por los que en su día fue acusado y ahora condenado.

En la segunda parte de este mismo epígrafe, así como en el que enuncia como infracción del ley, error de derecho y error en la apreciación de la prueba, se insiste de una y otra forma que no puede incluirse en los términos del art. 227.1 del Código Penal , precepto por el que ha sido condenado, el impago del préstamo hipotecario.

Se hace también hincapié en que si no pago las pensiones de alimentos, en su momento fue debido a la imposibilidad económica de hacerlo, no habiendo abandonado nunca a sus hijos, pues con las cantidades que abonaba se hacía frente a los gastos escolares y de comedor, siendo su intención desde el inicio del procedimiento de separación liquidar la sociedad de gananciales.

Tampoco este motivo puede prosperar.

En el desarrollo de estos motivos lo que hace el recurrente es mostrar su disconformidad con la sentencia dictada en primera instancia, pues sostiene pese a que la declaración del ahora condenado ha sido siempre la misma y que acto siguiendo las órdenes de sus superiores, todo ha sido interpretado en contra del mismo, quejándose de que no se hayan aportado las facturas rectificativas y que todas las pruebas han sido valoradas en contra del mismo.

Las alegaciones del recurrente no pone de manifiesto sino su legítima discrepancia con la valoración de la prueba que ha realizado, de forma correcta y adecuada, el Magistrado de bajo los principios de inmediación y de imparcialidad, pretendiendo sustituir su apreciación por la del titular del órgano que juzga en primera instancia.



En este sentido, es preciso recordar que, como señalaba la STS 251/2004, de 26 de febrero, la intermediación, aun cuando no garantice el acierto, ni sea por sí misma suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, es presupuesto de la valoración de las pruebas personales, de forma que la decisión del tribunal de instancia, en cuanto a la credibilidad de quien declaró ante él, no puede ser sustituida por la de otro Tribunal que no la haya presenciado, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta adecuadamente en su momento, que puedan poner de relieve una valoración manifiestamente errónea que deba ser recogida.

En concreto la valoración de la prueba ha sido correctamente efectuada por quien redacta la sentencia apelada y no por el hecho de ser juzgador en primera instancia, sino por la justificación que realiza en su sentencia de dicha valoración, los argumentos que expone para ello y el resultado del juicio oral reflejado en el soporte audiovisual del mismo.

Con respecto al error en la apreciación de la prueba ha de señalarse que una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Tribunal Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, conforme al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1.986), si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juez, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo. Por todo ello, la credibilidad de cuantos se manifiestan en el Juicio Oral, incluso con un contenido distinto a lo que se expuso durante la instrucción, es función jurisdiccional que solo compete al órgano juzgador (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y de 27 de octubre de 1.995). Y como se ha expuesto de forma constante constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación, como en el presente caso, es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez a quo en uso de las facultades que le confiere el y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal, y en el que adquieren plena efectividad los principios de intermediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en el artículo 741 citado) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva,

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de la CE, gira sobre las siguientes ideas esenciales (STS núm. 1014/2007, de 29 noviembre): 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) que tales pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim., pues solamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación: 1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente). 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita). 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

La sentencia dictada no incurre en error en la valoración de la prueba ni tampoco infringe el derecho a la presunción de inocencia.



La juez de la instancia toma en consideración para justificar la sentencia dictada la declaración de la denunciante y la propia declaración del ahora recurrente, pues este contaba con la indemnización recibida, por el trabajo que dejó, cuenta también con vehículos y desde el 22 de septiembre de 2014 fue contratado por la mercantil Steel Warehouse Cisa Industrias de Aco Ltda.

El recurrente, como muchas veces, cuando nos hallamos ante un delito de impago de pensiones del art. 227 del Código Penal, hace girar la línea de defensa, como ya hemos señalado, alrededor de la mala situación económica del obligado, que le impide hacer frente a las obligaciones establecidas en la sentencia de separación o divorcio. Ciertamente, este hecho puede justificar un pronunciamiento absolutorio, pues en otro caso el tipo penal se convertiría en un auténtico supuesto de prisión por deudas, pero no es menos cierto que la deficiente situación económica exige prueba del que la alega, pues la pensión fijada judicialmente lo ha sido en virtud de la capacidad económica del obligado, puesta de manifiesto en el proceso civil.

En el presente caso, la acusación ha probado los elementos objetivos a que se ha hecho referencia, mientras que el recurrente no ha demostrado suficientemente la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, esto es que podamos considerar un estado de necesidad en el que podría haberse encontrado el imputado que le impidiera el pago de la pensión. El acusado, no ha pagado nunca las cantidades fijadas en la sentencia durante los periodos a los que se refiere la sentencia que ahora se revisa, primero de 700 € para cada uno de sus hijos, ni después de 500 € también para cada uno de los hijos, fijadas en la sentencia de modificación de medidas, y por supuesto nunca la cantidad alguna en relación con la mitad de la hipoteca que gravaba la vivienda en la que vivían sus hijos.

Y esa conducta, como con acierto se hace en la sentencia que ahora se revisa, está prevista y penada en el art. 227.1 del Código Penal, en la que se incluye las cantidades que deban abonarse en concepto de pago de préstamos hipotecarios, en supuestos como el analizado.

El acuerdo de unificación de criterios de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de enero de 2018 dice: las disposiciones establecidas en convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales recaídas e procesos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio y relativas al pago de préstamos hipotecarios que graven la vivienda familiar, son prestaciones en favor de los hijos o del cónyuge los efectos previstos en el art. 227.1 del Código Penal.

Acuerdo que se establece sin desconocer que existen soluciones jurisprudenciales de sentido contrario, y se entiende que no cabe llegar a una solución general y única en los diversos supuestos en que se produce un impago de este tipo y que se debe atender al contenido de la determinación del uso que resulte imperativa y a la finalidad que cumpla la adjudicación de la vivienda familiar.

En cuanto a la determinación del uso, ha de estarse a lo dispuesto entre los cónyuges, ordinariamente en la sentencia judicial bien dictada en proceso contencioso bien homologando el convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio. Respecto a la finalidad de la adjudicación, el uso de la vivienda familiar atiende, en los términos del artículo 97 del Código Civil, a la custodia de los hijos comunes y, en defecto de estos, a la titularidad del bien y al interés más necesitado de protección; ahora bien, el abono de la hipoteca puede no ser sino el pago de una deuda que grave el patrimonio -no todo impago por el hecho de ser entre personas que han estado unidas por vínculo matrimonial puede tener consideración delictiva-, siendo las consecuencias del impago objeto propio de la liquidación de la comunidad conyugal o postconyugal; pero también puede ser la vía a través de la cual uno de los cónyuges cumple los deberes propios del sostenimiento familiar como es el proporcionar habitación a sus hijos. En este último caso, y teniendo en cuenta el contenido vinculante que rija entre los cónyuges referido a tal adjudicación, este Tribunal considera que el impago del importe de la hipoteca -con la habitual consecuencia derivada de ello que es el procedimiento de subasta del bien con participación de terceros y la consiguiente pérdida del derecho de propiedad y del uso del inmueble- supone la omisión del cumplimiento del deber del obligado al pago respecto del mantenimiento de las cargas familiares, susceptible de incluirse en los términos del artículo 227 del Código Penal, puesto que de ordinario cabrá deducir que, de no haber existido la vivienda familiar, el cónyuge obligado al pago debería haber contraído la obligación de sufragar el pago de una vivienda para el otro cónyuge y/o hijos comunes. Es por lo dicho por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

En definitiva, ha de concluirse que la prueba practicada en el acto del juicio oral acredita que los hechos ocurren tal y como la sentencia declara probado, y que el escrito de recurso, pese a los loables esfuerzos del recurrente, no aporta motivos que permita deducir que la valoración probatoria que sustenta el relato de hechos probados sea fruto del error, una omisión esencial o la arbitrariedad. Por eso se va a respetar la misma y siendo ajustado a derecho la calificación jurídica que de los hechos probados se hace y los demás elementos del fallo, el recurso interpuesto se va a desestimar y a confirmar la resolución impugnada, declarando de oficio las costas de esta alzada.



Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. M^a de la Paloma Sánchez Oliva en representación de D. Eulogio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid, de fecha 27 de julio de 2008 , y a los que este procedimiento se contrae, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes, con advertencia de que contra la presente resolución cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo del número 1º del artículo 849 LECrim .

Dese cumplimiento a lo prevenido en el art. 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ana Mercedes del Molino Romera. Doy fe.