

Roj: **STS 970/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:970**Id Cendoj: **28079120012001104135**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/02/2001**Nº de Recurso: **4467/1998**Nº de Resolución: **185/2001**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil uno.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la acusación particular D<sup>a</sup>. Nieves , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que absolvió a Ramón de los delitos de abandono de familia y de alzamiento de bienes de los que era acusado; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, siendo también parte EL MINISTERIO FISCAL y el acusado Ramón , siendo representado por el Procurador Sr. Fernández Martínez, y estando dicha acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Gili Ruiz.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria incoó Procedimiento Abreviado con el número 4324/96, contra Ramón , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital (Sec. 2<sup>a</sup>) que, con fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<PRIMERO.- El acusado don Ramón , con D.N.I. nº NUM000 , separado judicialmente de su mujer, doña Nieves , no le entregó a ésta con regularidad la cantidad para contribuir a las cargas del matrimonio a cuyo pago fue condenado en la sentencia, aportando unos meses menos cantidad de la señalada y en otras ocasiones en fechas distintas del mes al que corresponden, todas ellas referidas a los meses de mayo a octubre de mil novecientos noventa y seis.

SEGUNDO.- El hijo del matrimonio, llamado Jesús Luis , que vivía con la madre, doña Nieves cuando se dictó la sentencia de separación matrimonial en el año mil novecientos noventa, adquirió la mayoría de edad en el mes de febrero del año mil novecientos noventa y cuatro, está casado, tiene dos hijos, trabaja y vive independiente de su madre.

TERCERO.- En el año mil novecientos noventa y cuatro don Ramón , ya separado judicialmente de su mujer, compró una vivienda pagada a plazos, formalizado el contrato en escritura pública el día dos de abril de mil novecientos noventa y seis e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del Sr. Ramón el día quince de mayo del mismo año.

CUARTO.- El referido acusado don Ramón , titular de la cuenta corriente número NUM001 del Banco de Santander, Agencia Urbana número uno, cuyo saldo el día veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis era de un millón quinientas veinticuatro mil setecientas sesenta y ocho pesetas, libró un cheque por importe de novecientas mil novecientas treinta y ocho pesetas el día treinta y uno del citado mes, y otro de quinientas treinta y cinco mil el día tres de junio inmediato siguiente, quedando un saldo positivo, tras otros cargos, de cinco mil ciento cincuenta y ocho pesetas.



QUINTO.- Dicho acusado regentó el bar-restaurante del " DIRECCION000 " hasta el mes de marzo de mil novecientos noventa y seis, cesando en ello porque generaba pérdidas ocupándose de ejercer la misma actividad en el Hospital DIRECCION001 de esta ciudad, pero con sólo un trabajador a su servicio, de los cinco que tenía antes de dicho cese, abonando a los cuatro despedidos la correspondiente liquidación.>>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO: En atención de lo expuesto, la Sala DECIDE:

PRIMERO.- Absolver a don Ramón de los delitos de abandono de familia y de alzamiento de bienes de los que era acusado.

SEGUNDO.- Declarar las costas de oficio.>>

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la acusación particular D<sup>a</sup>. Nieves , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Se invoca infracción de Ley del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiéndose infringido el artículo 227.1 del vigente Código Penal.

MOTIVO SEGUNDO.- Infracción de Ley, del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, entendiéndose infringido el artículo 257 en sus apartados primero y segundo.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO CUARTO.- Al amparo del artículo 851.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO QUINTO.- Al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.- El Ministerio Fiscal y la representación del acusado se instruyeron del recurso interpuesto impugnando todos los motivos aducidos; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día uno de febrero de dos mil uno.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas el 29 de enero de 1998, absolviendo al acusado de los delitos de abandono de familia y de alzamiento de bienes, interpone la acusación particular el presente recurso por cinco motivos, de los que los tres últimos, fundados en quebrantamientos de forma, han de examinarse en primer lugar como exige el artículo 901 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- en el motivo tercero -según el orden de su formulación- la recurrente denuncia, al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta de claridad en la declaración de hechos probados.

1./ Se alega que de los cinco hechos que constan como probados el quinto concretamente "no resulta claro", ya que en él se dice que el acusado "regentó el bar-restaurante del DIRECCION000 ", mientras que en el Fundamento de Derecho Tercero se habla de circunstancias que le obligaron a cesar en la explotación "de uno de los bares-restaurante" que gestionaba en el referido DIRECCION000 .

2./ Lo alegado en tales términos no es por tanto un defecto de oscuridad, sólo apreciable cuando un pasaje del relato histórico en sí mismo es ininteligible, ambiguo o impreciso en su sentido o significación textual, sino más bien el defecto de contradicción entre dos afirmaciones fácticas diferentes que son antitéticas e incompatibles entre sí.

La contradicción sin embargo en este caso no existe: la primera afirmación expresa que cesó en el Bar que regentaba en el DIRECCION000 , y la segunda dice lo mismo puesto que al referirse al cese en la explotación de uno de los bares que gestionaba, precisa seguidamente: "-el del DIRECCION000 de esta Ciudad-". Es obvio que fue en esta explotación en la que cesó, y que ninguna otra mantuvo en el DIRECCION000 pues la única actividad de que luego se ocupó fue la que el hecho probado quinto expresa después, es decir, "la misma actividad en el DIRECCION001 de esta Ciudad, pero con un solo trabajador a su servicio de los cinco que tenía antes de dicho cese"; por lo que es obvio que no hay oscuridad en el relato fáctico ni oposición antitética entre sus distintas afirmaciones.



El motivo tercero por lo expuesto se desestima.

TERCERO.- El motivo cuarto, se formaliza al amparo del artículo 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciando el vicio consistente en que la Sentencia sólo expresa que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado sin hacer expresa relación de los que resulten probados.

El motivo carece manifiestamente de fundamento y debe desestimarse:

1./ Sabido es que este quebrantamiento de forma, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 1999, se contrae a los supuestos en que hay una carencia absoluta de hechos probados, esto es una especie de vacío fáctico donde la relación de hechos tiene tan solo un carácter puramente negativo.

La sola lectura de la Sentencia evidencia que no adolece de tal defecto porque existe un relato afirmativo de lo sucedido que se contiene de manera detallada y pormenorizada en los cinco apartados de los "Hechos Probados".

2./ Al reprochar la recurrente que en ese relato histórico no se incluyen determinadas circunstancias que estima de interés para su defensa, confunde el defecto procesal alegado con un supuesto error valorativo de las pruebas por omisión de datos acreditados en ellas, cuya vía casacional, dirigida a la modificación y subsanación del factum, es la del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo cuarto por lo dicho se desestima.

CUARTO.- El motivo quinto, a través del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia incongruencia omisiva por no resolver la Sentencia todos los puntos que fueron objeto de la acusación y defensa, ya que la Sala no se ha pronunciado -dice la recurrente- sobre la alegación de nulidad del procedimiento formulada por la acusación particular y por el Ministerio Fiscal al advertirse que, tras ampliarse la querrela contra el acusado al delito de alzamiento de bienes, no se le había tomado declaración por los hechos imputados, por lo que se interesó la retroacción del procedimiento al momento en que se debió tomar declaración.

1./ La doctrina de esta Sala Segunda, recogida entre otras en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997, viene declarando como requisitos de este vicio procesal de incongruencia omisiva, los siguiente:

A) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas.

B) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente; lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la S.T.C. de 15 de abril de 1996); b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida ( SSTC. núms. 169/1994; 91/1995; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita ( STC. 263/1993; y SSTs. de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

2./ En el caso presente la sentencia recurrida no olvida la cuestión planteada sino que la aborda en el Fundamento Quinto reconociendo ser cierto lo alegado y que con ello se infringió lo dispuesto en el artículo 789.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es verdad que expresamente ni estima ni rechaza la petición de nulidad, pero también lo es que ese reconocimiento de la infracción procesal lo integra en el conjunto del razonamiento sustentador de la procedencia de absolver al acusado por el delito de alzamiento de bienes, como un argumento más, entre otros, para absolver por tal delito, por lo que, siendo la absolución el efecto jurídico procedente según la Sala, resulta clara la desestimación implícita de la concreta petición de nulidad procesal postulada por la acusación.

El motivo quinto por tales razones se desestima.

QUINTO.- De los motivos por infracción de Ley, el segundo -que por razones sistemáticas examinamos en primer lugar- se formaliza a través del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba, en lo que atañe al presupuesto fáctico del delito de alzamiento de bienes.



Invoca como documentos casacionales los obrantes a los folios 60, 63, 64, 65, 66, 37, 38 y 39 de los que a su juicio se desprende que el acusado, no obstante conocer la existencia del embargo en sus cuentas dispuso del saldo que tenía en el Banco de Santander; y sostiene que por ello es errónea la afirmación según la cual no consta que el acusado conociera los embargos.

1./ El error valorativo que autoriza este motivo casacional exige la concurrencia de ciertos requisitos reiteradamente señalados por esta Sala: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas-; b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; entre otras).

2./ Del contenido literal de los documentos señalados en el motivo resulta: a) que por Auto de 23 de mayo de 1996 se acordó requerir al acusado para que prestara fianza en metálico por valor de 600.000 pesetas y de no verificarlo en el término de una audiencia, embargarle por dicha cantidad su cuenta corriente del Banco de Santander (folios 37, 38, 65 y 66); b) que el cuatro de junio se le requirió personalmente por el Juzgado de Instrucción para la prestación de la fianza (f. 39); c) que en el procedimiento matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia la hoy recurrente interesó el 12 de julio de 1995 el embargo de bienes con designación de la referida cuenta (fs. 60 y 61); d) que en tal procedimiento matrimonial se dictó providencia el 22 de mayo de 1996 ordenando el embargo de la cuenta del Banco de Santander (f. 64).

Lo anterior es todo lo que tales documentos demuestran por su propio y literosuficiente poder demostrativo. Pero no evidencian por sí mismos el conocimiento del embargo ordenado ya que ni consta la notificación del proveído que lo ordenaba, ni aparece que fuera materializado el embargo, como la Sala de instancia expresamente dice, ni el error denunciado por lo tanto se apoya en otra cosa que en la argumentación deductiva de la recurrente; de modo que no cabe apreciar como errónea -según la doctrina antes expuesta- la afirmación fáctica por parte de la Sala de instancia en el sentido de que el acusado no conocía el embargo ordenado en el momento en que dispuso de los fondos de la referida cuenta corriente.

El motivo segundo por lo expuesto se desestima.

SEXTO.- El primer motivo, y último que se examina, se formaliza al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 227.1º del vigente Código Penal. Según la recurrente no es preciso un impago total de las pensiones para que concurra el elemento objetivo del tipo imputado, ni cabe valorar las posibles dificultades económicas del deudor como excluyentes del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), sin perjuicio en tal caso de la posibilidad de pedir la modificación del débito.

El motivo no puede estimarse:

1./ El delito del artículo 227.1º del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.

B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos -frente a los tres y seis meses respectivamente que establecía el art. 487 bis C.P./73-; conducta ésta de omisión cuya realización consuma el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa ( art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado ( art. 227 CP/95) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de



que supusiese una forma encubierta de "prisión por deudas". Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (B.O.E. 30 de abril de 1977), que dispone que "nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual", precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2º y 96.1º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento ("no poder cumplir"), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

2./ Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta -y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica- exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1º del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del "abandono" de familia.

B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.

3./ En este caso el hecho probado, de inexcusable respeto en esta vía casacional, dice que el acusado, separado judicialmente de su mujer -la hoy recurrente- "no le entregó a ésta con regularidad la cantidad para contribuir a las cargas del matrimonio a cuyo pago fue condenado en la Sentencia aportando unos meses menos cantidad de la señalada y en otras ocasiones en fechas distintas del mes a que corresponden, todas ellas referidas a los meses de mayo a octubre de 1996".

Se relata pues una irregularidad en el cumplimiento de la prestación, por abono en momentos distintos -lo que de por sí es irrelevante para la apreciación del tipo- o aportación de "menos cantidad". No se dice cuánto de menos se pagó ni cabe valorar tal irregularidad como un efectivo incumplimiento en los términos ya expresados antes. Es decir que no consta el grado de incumplimiento ni su relevancia para la efectiva afectación del bien jurídico protegido en el tipo, que -hemos de reiterar una vez más- no es el crédito en cuanto tal sino la familia frente a las conductas de abandono.

Por otra parte, la Sentencia de instancia atinadamente valora otros datos objetivos a los efectos de inferir la ausencia de dolo en el sujeto. La conducta descrita tuvo lugar después de que alcanzara la mayoría de edad un hijo, cuya anterior minoría había sido considerada al fijarse judicialmente la pensión; el acusado padeció negativas vicisitudes económicas al tener que cerrar una explotación empresarial y sufrir disminución de sus ingresos; y además inició una nueva relación similar a la matrimonial con otra mujer, teniendo con ella dos hijos gemelos.

En definitiva, la Audiencia acertadamente sitúa el comportamiento del acusado dentro de unas circunstancias personales determinandas y en el marco de determinados datos, a partir de los cuales infiere de manera razonada y razonable que no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares cuando incurrió en ciertas irregularidades al pagar la pensión debida, que consistieron en el retraso de su abono o en su parcial cumplimiento, cuyo alcance cuantitativo no consta, impidiendo así la debida valoración de su conducta a los efectos de apreciar el tipo penal del artículo 227.1º del Código Penal.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

### III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por la acusación particular D<sup>a</sup>. Nieves , contra Sentencia, de fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que absolvió a Ramón de los delitos de abandono de familia y de alzamiento de bienes de los que era acusado; y debemos condenar y condenamos a dicha acusación particular recurrente a la pérdida del depósito legal que constituyó en su día y al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Excmos. Sres. Don Joaquín Delgado García; Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; y Don José Aparicio Calvo-Rubio; Firmado y Rubricado.-

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO