



Roj: **STS 242/2024 - ECLI:ES:TS:2024:242**

Id Cendoj: **28079120012024100043**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2024**

Nº de Recurso: **6358/2021**

Nº de Resolución: **41/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 41/2024

Fecha de sentencia: 17/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6358/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6358/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 41/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de enero de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, de fecha 23 de julio de 2021, que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, de fecha 14 de diciembre de 2020, que le condenó por delito de abandono de familia por impago de pensiones, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Guillermo Navarro Leante y bajo la dirección Letrada de D. Pedro Ortuño Frutos, y la recurrida Acusación Particular Dña. Nicolasa, representada por la Procuradora Dña. Eva M^a Mollá Saurí y bajo la dirección Letrada de Dña. Adoraicón Cantero Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Jumilla incoó Diligencias Previas con el nº 376/16 contra Alejo, y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, que con fecha 14 de diciembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO: Que en virtud de auto de 14 de octubre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jumilla dictado en sede de medidas provisionales previas a la demanda 245/2010, se estableció de manera provisional, entre otras medidas, una pensión de alimentos de 200 € por cada una de las dos hijas, que el acusado Alejo, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 /1972, con DNI NUM001 y condenado ejecutoriamente por sentencia firme de 16 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Penal 3 de Murcia, por delito de impago de pensiones, debía pagar a la que era su esposa, Dña. Nicolasa para la manutención de las dos hijas menores comunes en el matrimonio. Dicha medida fue confirmada por la sentencia de 22 de junio 2011, del mismo Juzgado de Primera Instancia antes referido, que en los autos 474/20 y que vino además a disolver por divorcio el matrimonio formado por el acusado y Dña. Nicolasa .

El acusado, a pesar de la obligación que le imponían las anteriores resoluciones judiciales, y pudiendo hacerlo, no ha pagado desde abril de 2016 (primera mensualidad no cubierta por la sentencia condenatoria arriba referenciada, y que se refiere a hechos de idéntica naturaleza que los ahora contemplados) hasta hoy día, más que 380 € en total.

Y todo ello a pesar de que consta que el acusado ha tenido ingresos por rentas del trabajo en 2016 por importe de 2.481 €; en 2017 de 4.491 más 2.477; y en 2018 de 3.441 más 1.118 €. Además ha reconocido que todos estos años ha trabajado durante los meses de verano en un negocio familiar cobrando 600 euros mensuales.

De las dos hijas comunes, la mayor adquirió la mayoría de edad el NUM002 -2013, habiéndose independizado económicamente con anterioridad a abril de 2016, y no constando en autos que reclame pensión alguna".

SEGUNDO.- El citado Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo condenar y condeno a Alejo como autor criminalmente responsable del delito de ABANDONO DE FAMILIA POR IMPAGO DE PENSIONES ya definido, a la pena de DIECIOCHO MESES MULTA con cuota diaria de 3 €, y costas; Todo ello con la responsabilidad civil de indemnizar a Nicolasa en 11.020 €.

Se autoriza a Alejo a pagar la multa, e indemnizaciones impuestas, en VEINTICUATRO PLAZOS MENSUALES, comenzando a partir del inicio del siguiente mes a ser requerido tras la firmeza de la presente sentencia, con el apercibimiento expreso, de que en caso de impago de las mismas en los plazos señalados, se le revocará automáticamente el aplazamiento concedido y, si no paga inmediatamente, tendrá que cumplir la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente en prisión.

La presente Sentencia NO ES FIRME al haberse notificado, en el acto de la finalización del juicio, la parte dispositiva de la misma y haber manifestado al menos una de las partes implicadas, que no estaba conforme con el Fallo, y que pensaba interponer Recurso de Apelación contra dicha Sentencia. Por todo ello, la parte recurrente -en el PLAZO DE DIEZ DÍAS a partir de la nueva notificación de la Sentencia, ya escrita- deberá presentar las correspondientes alegaciones, mediante escrito, firmado por letrado, conforme a lo dispuesto en los arts. 795 y 976 de la LECrim."

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Alejo ante la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, que con fecha 23 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"LA SALA ACUERDA: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Alejo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada en Juicio Oral nº 521/17,

por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia de fecha 14 de diciembre de 2020, si bien con la apreciación de la concurrencia de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas prevista en el art 21.6 del C. Penal, imponiéndose al acusado D. Alejo la pena de MULTA de SIETE MESES, con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con mantenimiento del resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia discutida, y con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN en los supuestos previstos en el art. 847 de la LECR, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal.

En caso de adquirir firmeza esta resolución, devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución a los efectos de la ejecución del fallo".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado **Alejo**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley por inaplicación del art. 5 CP en relación con el art 227 del CP.

Segundo.- Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 851.1 Y 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma por ausencia de resolución sobre un punto que ha sido objeto de defensa y por presunciones que implican la predeterminación del fallo.

Cuarto.- Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por Infracción de precepto constitucional, artículo 9.3 de la Constitución Española, principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 Constitución Española, derecho a no padecer indefensión y a un procedimiento predeterminado por la ley, artículo 24.2 de la Constitución.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular Nicolasa, que se opuso al recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de enero de 2024, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal del acusado Alejo, contra la sentencia dictada por la Sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Murcia, nº 259/2021, de fecha 26 de julio de 2021.

Nos situamos en el marco de una sentencia dictada por un juzgado de lo penal recurrida ante la AP y recurso de casación ante la sentencia dictada por esta que es la susceptible de recurso de casación.

Hay que recordar que conforme hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo Pleno, 89/2022 de 4 Feb. 2022, Rec. 895/2020:

"1.- Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el art. 849.1º LECrim contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional".



Y según dispone el art. 884.3º LECrim, el recurso será inadmisibile: "Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2.º del art. 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

"Primero: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Acuerdo: a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849.2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos:

a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo,

b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales,

c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)."

SEGUNDO.- 1.- Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley por inaplicación del art. 5 CP en relación con el art 227 del CP.

Dado el tipo de recurso en el que nos encontramos que tiene el límite del planteamiento de los motivos por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM de forma exclusiva para crear doctrina jurisprudencial sobre los tipos penales que van a la competencia de los juzgados de lo penal, y no por otros motivos ajenos, cuya razón de ser impugnativa ya ha sido resuelta por el Tribunal de la Audiencia Provincial vamos a exponer cuáles son los hechos probados y cuál es la condena que ha fijado el juez de lo penal y la revisión llevada a cabo, ante la apelación formulada ante la Audiencia Provincial.

En el presente caso los hechos probados señalan que:

En virtud de auto de 14 de octubre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jumilla dictado en sede de medidas provisionales previas a la demanda 245/2010, estableció de manera provisional, entre otras medidas, una pensión de alimentos de 200 € por cada una de las dos hijas, que el acusado Alejo , mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 /1972, con DNI NUM001 y condenado ejecutoriamente por sentencia firme de 16 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Penal 3 de Murcia, por delito de impago de pensiones, debía pagar a la que era su esposa, Dña. Nicolasa para la manutención de las dos hijas menores comunes en el matrimonio. Dicha medida fue confirmada por la sentencia de 22 de junio 2011, del mismo Juzgado de Primera Instancia antes referido, que en los autos 474/20 y que vino o además a disolver por divorcio el matrimonio formado por el acusado y Dña. Nicolasa .

El acusado, a pesar de la obligación que le imponían las anteriores resoluciones judiciales, y pudiendo hacerlo, no ha pagado desde abril de 2016 (primera mensualidad no cubierta por la sentencia condenatoria arriba referenciada, y que se refiere a hechos de idéntica naturaleza que los ahora contemplados) hasta hoy día, más que 380 € en total.



Y todo ello a pesar de que consta que el acusado ha tenido ingresos por rentas del trabajo en 2016 por importe de 2.481 euros; en 2017 de 4.491 más 2.477; y en 2018 de 3.441 más 1.118 €. Además ha reconocido que todos estos años ha trabajado durante los meses de verano en un negocio familiar cobrando 600 euros mensuales.

De las dos hijas comunes, la mayor adquirió la mayoría de edad el 11-12-2013, habiéndose independizado económicamente con anterioridad a abril de 2016, y no constando en autos que reclame pensión alguna.

Pues bien, dado que nos encontramos ante el delito de impago de pensiones del art. 227 CP sobre el que esta Sala ya está fijando un cuerpo de doctrina en reiteradas sentencias en virtud del acceso a la casación, aunque únicamente por la vía del error iuris ex art. 849.1 LECRIM como luego destacaremos, procedemos a señalar las características de este tipo penal ausente antes del año 2015 de un cuerpo de doctrina en el Tribunal Supremo.

Por ello, a continuación vamos a analizar y destacar las características de este tipo penal del art. 227 CP de impago de pensiones que provoca un grave y serio perjuicio en los acreedores de esta pensión, al no recibir el sustento económico fijado judicialmente para atender lo que constituye en esencia el concepto de alimentos del art. 142 CC (todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica) que viene a ser la esencia y objetivo de la "prestación económica" que cita el art. 227 CP a favor del cónyuge y/o sus hijos, que no es otra cosa que la supervivencia de los necesitados de esa pensión, cuestión que parecen desconocer interesadamente los incumplidores de esta obligación que debería ser más moral que legal, como ya se expuso por esta Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo 239/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 2293/2019. Veamos las características de este tipo penal.

1.- Elementos del delito de impago de pensiones del art. 227 CP.

El delito contemplado en el artículo 227.1 del Código Penal se alinea entre los clasificados como de omisión propia y requiere el concurso de los siguientes elementos constitutivos, siguiendo el esquema ya trazado, entre otras, por nuestra sentencia número 937/2007, de 21 de noviembre:

- a) que una resolución de naturaleza judicial establezca la obligación de prestación económica, y que dicha resolución sea dictada dentro de los procesos a los que el tipo penal hace referencia (aprobando un convenio o en los de separación, divorcio, nulidad, sobre filiación o sobre alimentos, en este caso circunscrito a los exigidos a favor de hijos);
- b) la realidad de la no realización del pago de esa prestación, en los tiempos y cuantía que el tipo penal refleja;
- c) la posibilidad de que dicho pago pueda ser realizado por el obligado (in necessitate nemo tenetur), sin que, sin embargo, se requiera una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación, tratándose de un delito de mera inactividad; y
- d) el conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de no realizar el pago, cuya voluntad se estima ausente en los supuestos de imposibilidad de hacer efectiva la prestación, lo que le aleja del reproche de delito que instaure la prisión por deudas. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 419/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 4205/2020 y Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 348/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 387/2019).

2.- El bien jurídico protegido es el derecho de asistencia económica de los miembros de la unidad familiar.

El delito tipificado en el actual artículo 227 del Código Penal vigente, lo que pretende es proteger a los miembros más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos; luego el bien jurídico protegido no es el cumplimiento de una resolución judicial, sino el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros de una unidad familiar. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 346/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 1859/2019).

De todos modos el tipo penal no exige una situación de necesidad en el sujeto acreedor, dando cabida tanto a las pensiones de alimentos como a las meramente indemnizatorias, de ahí que un importante sector doctrinal añada que el bien jurídico protegido no se limita a la seguridad personal de los miembros más débiles económicamente de la familia, aun cuando ello fuera la finalidad primordial de su tipificación penal, sino que incluye también el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto al principio de autoridad.

3.- Delito de mera inactividad.

Apunta la mejor doctrina que se trata de un delito de mera inactividad, lo que supone que no se exige una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación.



4.- *Es una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor.*

Estamos ante una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor (...) Así, pues, el dejar de abonar durante tres meses consecutivos la mitad del importe dinerario fijado en sentencia firme, de forma consciente y voluntaria y sin causa o motivo que lo justifique, da lugar a la acción omisiva típica" (STS de 3 de abril de 2001, Rec. 2617/1999).

Ello no significa que meros retrasos en el pago o inexactitudes en el mismo suponga ya la comisión del delito.

5.- *No se contempla el perdón del ofendido en los arts. 227 y ss CP .*

Señala la mejor doctrina que el perdón del ofendido o su representante legal no extingue la responsabilidad penal al no estar expresamente previsto para este delito, como exige el artículo 130.5 CP. Cosa distinta es la responsabilidad civil que es, en principio renunciable o reservable para su ejercicio en la vía civil.

6.- *El plazo o periodo de impago considerado como delictivo.*

El referido tipo se refiere a dejar de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, está recogiendo el mínimo impago constitutivo de delito, que no debe olvidarse, su finalidad es la de proteger a la familia del abandono en las prestaciones económicas, lo que lleva a establecer que se comete el mismo delito si se deja de pagar durante plazos superiores a los allí establecidos, al quedar subsumidos en los posteriores, no cometándose doble delito por dejar de pagar periodos anteriores en los plazos y supuestos previstos por el legislador y ello en cuanto que, la imputación del delito produce el efecto de cierre del periodo que comprende el delito cometido. (STS 346/2020).

7.- *Las cantidades impagadas objeto de reclamación alcanzan hasta las mensualidades del mismo juicio oral.*

La Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado argumenta a favor del enjuiciamiento de los impagos producidos hasta el momento del juicio, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva.

La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico. Esta especial naturaleza del delito tipificado en el art. 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral... garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado en relación con cada uno de los indicados períodos. (STS 346/2020).

Las omisiones periódicas que integran el tipo penal dan lugar a un delito de tracto sucesivo acumulativo, en el que, una vez superado ese tiempo mínimo sin abonar la pensión, los sucesivos impagos se acumulan a él sin relevancia penal a efectos de continuidad delictiva, pues, en su definición, esos plazos de incumplimiento son los mínimos y nada impide que por encima de ellos pueda haber unos mayores, que quedarían acumulados a los anteriores, hasta el momento en que se celebre el juicio oral.

8.- *El delito del art. 227 CP es un delito de tracto sucesivo.*

Estamos ante lo que se ha dado en llamar un delito de tracto sucesivo acumulativo (Sentencia TS nº 187/2009 de 3 de marzo), donde distinguíamos entre "los delitos de tracto sucesivo o continuado integrados por varios actos (impago de pensiones), los de ejecución permanente (detención ilegal, tenencia ilícita de armas, etc.) y los de hábito como el maltrato familiar habitual.", y en nuestro auto de fecha 4 de mayo de 2013 afirmábamos que el delito de impago de pensiones del art. 227 del Código Penal es un "delito en varios actos", reiteración de omisiones en los momentos puntuales en que debe realizarse la prestación, por lo que estaríamos hablando, tal y como hemos apuntado, de un delito de los que se han dado en llamar de tracto sucesivo, en tanto en cuanto para su comisión exige una pluralidad de omisiones, y que no es sino consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, cual es la de girar, con la periodicidad y en los tiempos marcados, los pagos correspondientes. (STS 346/2020).

9.- *El art. 227.3 CP y su determinación.*

a.- *El art. 227.3 CP alude a una reparación del daño procedente del delito por lo que únicamente debe comprender las cantidades adeudadas durante el periodo de impago sometido a enjuiciamiento.*

El art. 227.3 CP no recoge propiamente una responsabilidad civil nacida de delito, sino una obligación legal ejercitable en el proceso penal en virtud de esa disposición por razones victimológicas y de economía procesal.



No estamos, ante responsabilidad civil dimanante de delito sino ante una obligación de naturaleza diferente, aunque exigible en el proceso penal (arts. 1089 y ss. CCiv).

Ni toda la responsabilidad civil nacida de un delito se ejercita en el proceso penal (responsabilidad contable, supuestos de rebeldía o de reserva por el perjudicado, denegación de un suplicatorio, o fallecimiento del acusado); ni -y esto es lo relevante en este caso- todas las acciones civiles que pueden ejercitarse en el proceso penal constituyen responsabilidad civil ex delicto (art. 1093 CCiv). El distinto marco procesal en que puedan ejercitarse unas y otras no varía ni su naturaleza ni su régimen sustantivo, aunque pueda incidir indirectamente en algunas cuestiones.

La responsabilidad civil nacida de delito, aunque se reclame en un proceso civil (v. gr., porque el perjudicado se la reservó), no pierde su específico régimen, de lo que se derivan algunas consecuencias (v.gr., plazo de prescripción). En principio, las acciones son lo que son, con independencia del escenario procesal en el que se hagan valer.

No tendría sentido utilizar el proceso penal para debatir sobre otras deudas (importes ya prescritos; o aquéllos que no han sido objeto de denuncia...) desvinculadas de la conducta enjuiciada. El art. 227.3 CP alude a una reparación del daño procedente del delito por lo que únicamente debe comprender las cantidades adeudadas durante el periodo de impago sometido a enjuiciamiento (STS 560/2002, de 27 de marzo) y no todas las que pudiera haber pendientes. Sí, en cambio, pueden incluirse las surgidas durante la tramitación del proceso penal hasta un determinado momento (STS Pleno 346/2020, de 25 de junio). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 309/2022 de 29 Mar. 2022, Rec. 5945/2020).

b.- Plazo de prescripción de la obligación del pago de la pensión ex art. 227.3 CP .

Esa obligación civil -pago pensiones- impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia, aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal.

De ahí podemos concluir que no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva a un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán. Ni tampoco el régimen de sujetos obligados civilmente de los arts. 118 y ss. CP. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 364/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 1015/2020, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 285/2022 de 23 Mar. 2022, Rec. 4036/2020 y Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 323/2022 de 30 Mar. 2022, Rec. 745/2021).

10.- Delito doloso que exige el conocimiento de la resolución judicial.

Tratándose de un delito de naturaleza esencialmente dolosa, el conocimiento por el sujeto activo de la resolución judicial que impone la obligación posteriormente incumplida, resulte un elemento indispensable para la perfección de esta figura delictiva. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 419/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 4205/2020).

11.- Es muy cuestionable que pueda proceder la atenuante de dilaciones indebidas.

En estos delitos es frecuente -y este es un caso- que el acusado persista en su conducta infractora con renovadas y continuas omisiones voluntarias y deliberadas hasta el momento de apertura del juicio oral (vid STS Pleno 346/2020, de 25 de junio). Mal puede concurrir el fundamento de la atenuante de dilaciones indebidas (por parsimoniosa que haya sido la tramitación) cuando se comprueba que la última pensión impagada y, por tanto, la persistencia en el delito, está datada en el momento de apertura del juicio oral. Los retrasos en supuestos como el presente no solo no perjudican al acusado, sino que le benefician. Si la tramitación hubiese sido más rápida estaríamos hablando probablemente de otros nuevos procesos y otras condenas a adicionar a la impuesta. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 364/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 1015/2020).

Destaca, también, para denegarla el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 738/2021 de 30 Sep. 2021, Rec. 4446/2019 la existencia de "una actitud contumaz por parte del acusado, que habría obtenido un beneficio derivado de esas dilaciones, provecho enlazado con el historial delictivo de ...que, una y otra vez, ha obligado a su anterior pareja a acudir a los tribunales de justicia para reclamar los gastos derivados de la educación y alimentos de su hija menor: "...respecto del delito cometido de forma reincidente por el condenado, se constata que además del incumplimiento prestacional de los alimentos a favor de los hijos menores, se ha



acreditado una conducta demostrativa de desprecio al contenido identificador del bien jurídico protegido por el delito que, además del principio de autoridad de las resoluciones judiciales que deben acatarse, resulta ser la seguridad del menor, modalizada en su sostenimiento económico".

12.- *El impago de la cuota hipotecaria fijada en resolución judicial es delito del art. 227 CP.*

Las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto. Todo ello sin perjuicio del resultado que la ejecución hipotecaria que pende sobre el bien pueda producir en relación a la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que es ajeno al procedimiento penal. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 348/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 387/2019).

13.- *La condena por impago de pensiones no es una "prisión por deudas".*

En la sentencia de esta Sala núm. 185/2001, de 13 de febrero, indicábamos que " (...) no se trata de un supuesto encubierto de prisión por deudas, expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 que dispone que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, precepto que proscribire la prisión por deudas y que integra nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 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." (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 348/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 387/2019).

14.- *Legitimación del progenitor del hijo mayor de edad.*

Al tratar la posible legitimación del progenitor, cuando el alimentista es un hijo mayor de edad, se pugna con la dicción literal del artículo 228 CP, que establece que el delito referido "solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

El concepto de "persona agraviada" incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada.

"En cuanto al concepto de agraviado, la RAE lo define como "adjetivo en desuso de agravioso", que a su vez significa "que implica o causa agravio", definiendo el término "agravio" como el perjuicio que se hace a una persona en sus derechos o intereses.

Se denomina agraviado al sujeto pasivo del delito, a la víctima que, a la vez sufre un perjuicio en su patrimonio material o moral, como consecuencia del delito (STS 18-01-1980). La doctrina moderna más destacada define al sujeto pasivo del delito como "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito" o como "el sujeto pasivo del delito es aquel a quien se debe la condición jurídica negada por el delito" o "la persona que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal".

La ONU, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, define a la víctima como: "1. Toda persona que de forma individual o colectiva haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribire el abuso de poder" (...), y "2. (...) En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

Por otro lado, el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, y de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo exige para reconocer legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo quien los perciba y administre, en tal sentido la Sentencia 156/2017, de 7 de marzo (Sala de lo Civil), con cita de la sentencia 411/2000, de 24 de abril, de la misma Sala, dispone que: "Del art. 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar



se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º CC de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores". (STS Pleno 557/2020, de 29 de octubre).

15.- *Subsanación del defecto procesal de falta de denuncia del hijo mayor de edad mediante la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.*

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que es posible la subsanación del defecto procesal, mediante la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.

Como declara la STS 403/2018, de 27 de junio, Sala Civil: "3. El interés superior del discapaz es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. (Sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio)".

1º La denuncia previa a la que se refiere el art. 228 CP es un requisito de procedibilidad.

2º La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad que puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento.

3º Es válida de la denuncia formulada por el padre o madre receptor de la prestación cuando se refiere a cantidades no abonadas durante la minoría de edad del hijo o hija, así como cuando se trate de personas con discapacidad necesita de especial protección, aunque estos hayan adquirido la mayoría de edad cuando se formula la denuncia.

4º Es válida de la denuncia formulada por el progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, en este caso gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por los alimentistas mayores de edad como por los progenitores con los que convive".

(STS Pleno 557/2020, de 29 de octubre)

16.- *El daño moral en el impago de pensiones.*

De probarse debidamente la existencia de un daño moral en el impago de pensiones hasta podría ser reclamable un daño moral por la situación de ansiedad, zozobra, preocupación por no saber cómo alimentar el progenitor acreedor a sus hijos/as, también acreedores de su pensión, y las consecuencias que se derivan de no atender el pago de una obligación de sostenimiento económico por el obligado en virtud de resolución judicial.

Cita para ello la mejor doctrina la Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 2017 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, que dispone que los Estados parte deben proporcionar "reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer. Las reparaciones deberían incluir diversas medidas, tales como la indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, incluidos servicios de la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, y la satisfacción y garantías de no repetición. Tales reparaciones de ben ser adecuadas, atribuidas con prontitud, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido".



La reparación integral del daño ocasionado con el impago de pensiones es imprescindible, no solamente para reparar a la víctima de violencia económica, sino también para evitar fomentar la impunidad que de otro modo se genera y que contribuye a potenciarla. Y ello incluye el daño moral.

17.- *El art. 227 CP de impago de pensiones en el contexto de la violencia económica.*

El supuesto ahora sometido a casación del delito del art. 227 CP de impago de pensiones fue también analizado y caracterizado como un caso de "violencia económica" en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 239/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 2293/2019 apuntando que:

" Existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo.

Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos.

Pero, sin embargo, por los incumplimientos que se producen debe ser el legislador el que configure esta obligación ex lege, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos.

Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos."

Sobre la violencia económica la mayoría doctrinal apunta y reconoce que la LO 8/2021, de 4 de junio, que, aunque en el ámbito de la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, incluye la violencia económica entre los supuestos de violencia que define como "toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo", con lo que engloba el impago de las pensiones de alimentos como una forma de violencia contra la infancia y la adolescencia.

E incide la mejor doctrina que hay violencia económica contra la mujer cuando el hombre ejerce el poder de control y dominación sobre la mujer a través de los recursos económicos. Es el abuso económico o la coerción económica que se ejerce contra las mujeres en la relación de pareja y después de su ruptura y tiene múltiples manifestaciones. Y se añade por la doctrina, como esta Sala ha recogido en la STS 239/2021 de 17 Mar. 2021 que Además, el impago de estas mismas pensiones por parte del padre perjudica directamente a la madre, que ve limitados sus recursos económicos porque debe mantener ella sola a sus hijos e hijas, con las privaciones que ello puede conllevar, por lo que es también una manifestación de violencia de género contra la mujer, que se suma, en su caso, al impago de otras posibles pensiones debidas a la mujer (pensión compensatoria y, en su caso, compensación económica por razón del trabajo prestado) y que a menudo responde a la finalidad mantener o someter a la mujer al control económico (dependencia) del hombre.

Los límites en la casación con respecto a la pretensión del recurrente ex art. 849.1 LECRIM de incidir en cuestiones de valoración probatoria integradas en el elemento subjetivo del dolo en el impago de pensiones

Pues bien, hay que recordar que la exclusiva y excluyente vía del art. 849.1 LECRIM en estos casos del art. 847.1 b) LECRIM exige el más absoluto respeto de los hechos probados. Este matiz es insustituible e inmodificable y, además, no adquiere tintes interpretativos de ningún tipo. La infracción denunciada es de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.



Pero se exige que se respeten los hechos probados y en este caso estos son claros y diáfanos:

1.- El recurrente debía pagar a la que era su esposa, Dña. Nicolasa para la manutención de las dos hijas menores comunes en el matrimonio 200 euros al mes.

2.- El acusado, a pesar de la obligación que le imponían las anteriores resoluciones judiciales, y pudiendo hacerlo, no ha pagado desde abril de 2016 (primera mensualidad no cubierta por la sentencia condenatoria arriba referenciada, y que se refiere a hechos de idéntica naturaleza que los ahora contemplados) hasta hoy día, más que 380 € en total.

3.- El ahora recurrente no ha pagado las mensualidades, pudiendo hacerlo, -reza los hechos probados- desde Abril de 2016.

Con ello, este es el escenario sobre el que se sujeta el recurso de casación ex art. 849.1 LECRIM y con estas premisas fácticas no cabe duda alguna que concurren los elementos del tipo penal del art. 227 CP que antes hemos expuesto de forma detallada y concurren las condiciones para ello:

a.- Resolución judicial que le obligaba al pago de la pensión.

b.- Conocimiento de la misma.

c.- Negativa al pago de la pensión desde abril de 2016, periodo en el que solo ha pagado 380 euros obligando a la madre a atender las necesidades de la menor.

d.- Posibilidad declarada en los hechos probados del pago.

e.- Fijación en la sentencia en hechos probados de ingresos percibidos, y pese a ello nula voluntad de pago.

f.- Voluntad clara de no pagar y dejar de cumplir con su obligación alimenticia fijada en resolución judicial.

Cualquier alegato efectuado en este escenario queda fuera del cauce previsto en el art. 849.1 LECRIM, porque el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal es correcto al reunirse los elementos del tipo penal del art. 227 antes analizados pormenorizadamente.

Lo que no es posible en este contexto es introducir en esta vía casacional elementos que pretendan alterar el hecho probado donde se apunta que hay impago de la prestación alimenticia, que se podía pagar, que hubo ingresos y que, pese a ello no ha habido pago.

No pueden, por ello, introducirse conceptos en esta sede casacional que conlleven un proceso de revisión de la prueba practicada y alteración del hecho probado.

Descarta que pueda incidirse en cuestiones de prueba y en analizar el dolo por vía casacional ex art. 849.1 LECRIM el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 183/2022 de 24 Feb. 2022, Rec. 783/2021 señalando que:

"Tanto la sentencia recaída en la primera instancia como la dictada en apelación, dan buena cuenta de los elementos probatorios que sirvieron para la construcción de los hechos que se proclaman probados, considerándolos bastantes para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, sin que, como es más que evidente, las quejas de quien recurre en este sentido se acomoden a las previsiones contempladas por el artículo 849.1 --infracción de ley por aplicación indebida de un precepto penal sustantivo--.

Y lo mismo sucede, aunque se requiera en este caso una explicación más detenida, por lo que respecta a las dos protestas que conforman el primer motivo del recurso. Formalmente, sí se atiende aquí la parte recurrente a las exigencias propias de esta modalidad de casación, en la medida en que denuncia como indebidamente aplicado el artículo 227.1 del Código Penal. Sin embargo, esta censura formal pretende disimular el verdadero sentido de la queja, que no es otro, como con toda evidencia resulta de la lectura de su desarrollo, que impugnar las conclusiones probatorias alcanzadas en la sentencia que recurre acerca de la capacidad del acusado para afrontar sus obligaciones económicas, establecidas, en concepto de pensión de alimentos en favor de su hijo menor.

En innumerables oportunidades hemos recordado que el motivo de casación que se contempla en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comporta la necesidad de aceptar, --primero por el propio recurrente; pero también por este Tribunal--, el relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada. Ello, en primer lugar, porque así lo impone la redacción literal de dicho precepto al señalar: "Cuando, dados los hechos que se declaren probados..., se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo". Pero es que, además, si lo que permite impugnar este motivo de casación no es otra cosa que el juicio de subsunción efectuado en la resolución impugnada, resulta presupuesto lógico y metodológico, tomar como punto de referencia, ya inatacable, un relato de hechos probados definitivamente definido, sobre el que el órgano jurisdiccional habría



errado después al proceder a su correspondiente calificación jurídica. Si es, como aquí, el relato histórico lo que suscita la discrepancia del recurrente y si, en fin, lo que se persigue resulta ser la modificación del mismo, el juicio de subsunción efectuado sobre el primitivo relato, con independencia de que hubiera sido acertado o erróneo, carecería ya de toda significación.

Por ello, no cabe por esta vía del art. 849.1 LECRIM abrigar una nueva valoración probatoria sobre la capacidad económica del obligado que no encaja en los márgenes estrechos de esta vía de impugnación que se sujeta al proceso de subsunción de los probados en el tipo penal objeto de condena.

Se alega por el recurrente en este motivo que "carecía de disponibilidad económica para atender por completo los pagos de la pensión de alimentos" y que la "situación objetiva, excluye la voluntariedad de la conducta típica y la consecuente ausencia de culpabilidad, todo ello sin que exista una voluntad decidida y persistente de desentenderse absolutamente".

Concluye, pues, que hay "imposibilidad objetiva de satisfacer íntegramente la pensión de alimentos por carecer de recursos económicos, la voluntad absoluta de pago y la apreciación conjunta de los principios de presunción de inocencia y de in dubio pro reo del Derecho Penal."

En la sentencia de la AP resolviendo el recurso de apelación se afirma que "En cuanto al impago de la pensión alimenticia en un lapso temporal penalmente relevante, resulta del mismo acreditado e indiscutido en el periodo descrito en los hechos declarados probados en la sentencia discutida, que abarca el periodo comprendido entre el mes de abril de 2016, hasta la data de dictado de la sentencia en la instancia, abonando únicamente la suma total de 380 euros en dicho periodo", es decir, lo que recogen los hechos probados, siendo inexistente cualquier atisbo de mención en los hechos probados de pagos adicionales, y constando en los mismos que el pago se pudo hacer, constando las sumas ingresadas en los periodos.

El ataque del recurrente utilizando ahora la vía del art. 849.1 LECRIM lo supone de forma directa a los hechos probados, lo que es inadmisibile, ya que lo que se postula es un marco de revisión de la prueba en orden a su incapacidad económica para hacer el pago y, con ello, la inexistencia de dolo para dejar de pagar, lo que es contrario a la vía que se admite como única y exclusiva del art. 849.1 LECRIM y que es alterada en la formulación del recurso que no tiene cabida en el actual contexto casacional.

En cualquier caso, sobre la prueba practicada y su valoración expone la sentencia de la AP desestimando el recurso donde se alegaba la inexistencia de dolo para dejar de pagar aquí reiterado que:

"Consta acreditado, en especial, con la prueba documental practicada, que el acusado ha venido percibiendo ingresos económicos con regularidad, si bien limitados, en el periodo temporal enjuiciado, desdeñándose la invocación del destino de parte de sus ingresos al pago de la responsabilidad civil declarada en anterior sentencia firme dictada precisamente con motivo de la comisión de un delito de impago de pensiones, dada la declarada ostentación de capacidad económica previa para su pago que motivó su condena, resultando incluso llamativo que no conste que hubiese abonado suma alguna por tal concepto en los meses de octubre de 2017, agosto de 2017 y enero de 2018, y que nada se adujera sobre la imposibilidad de pago de la pensión alimenticia hasta la presentación de la demanda de modificación de medidas admitida a trámite por resolución de fecha 12-11-20, a pesar del tiempo transcurrido desde el inicio del nuevo periodo en que se incurrió en impago de la pensión alimenticia, y ello a pesar de la previa tramitación de un procedimiento de modificación de medidas que terminó por sentencia de fecha 16-2-18 a instancias de la denunciante que versó sobre la residencia de la hija menor y el régimen de visitas relativo a la misma, pudiéndose haber ampliado dicho objeto, a lo que debe de unirse que en fase instructora, el acusado reconoció que asumía el pago del alquiler, siendo ayudado por su pareja en el abono de los suministros, amén de que reconoció en el plenario que en los veranos de los años 2016 a 2019 trabajó en un negocio familiar, todo lo cual supone la ostentación de una capacidad económica superior a la manifestada por el mismo, y en la que pretende amparar su reiterada conducta omisiva.

En consecuencia, resulta acreditado el impago de la pensión alimenticia en un periodo continuado penalmente relevante, que se inicia "ex novo", a partir del mes de abril febrero de 2016, lo que hace ver que ningún esfuerzo, ni siquiera parcial o nimio ha efectuado el acusado en gran parte de dicho extenso periodo, salvo en los periodos referidos con anterioridad, lo cual es acreditativo de la pasividad o voluntad renuente al abono de la prestación a que judicial estaba obligado, siendo conocedor de la misma, por lo que ninguna causa de inexigibilidad, o ausencia de reprochabilidad puede válidamente argumentarse por parte de quien en dicho periodo de tiempo se desentiende en gran medida del cumplimiento de dicha obligación, pudiendo ésta haber sido satisfecha de forma siquiera parcial y exigua en el mismo periodo aún cuando hubiera sido escasa su contribución, que hubiera sido indicativa de la voluntad de atenderla, en la medida de sus limitadas posibilidades, todo lo cual reafirma la concurrencia del elemento subjetivo, compartiendo pues la Sala idéntico juicio convictivo, reputándose claramente enervado el derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado a tenor de la prueba practicada en el acto del juicio oral.



Con ello, hay que señalar, además, que como apunta el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 699/2018 de 8 Ene. 2019, Rec. 213/2018 *Las intenciones, los elementos internos, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se le llama inferencias: a la fijación de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la quaestio facti.*

Con ello, en cualquier caso, no cabe sostener ahora que existió voluntad de pagar pero imposibilidad de hacerlo, cuando el hecho probado recoge que pudo pagar y no pagó, no pudiendo "recuperar" en sede casacional una revisión de esta conclusión por la vía del art. 849.1 LECRIM.

Así, los elementos subjetivos como el conocimiento o el ánimo o intención del sujeto tienen naturaleza fáctica. Su existencia o inexistencia es una cuestión de hecho, un hecho interno pero hecho en definitiva, cuya presencia o ausencia debe ser analizada a través del principio de presunción de inocencia (SSTS nº 803/2017, de 11 de diciembre, 522/2015, de 17 de septiembre; 644/2014, de 7 de octubre y 609/2014, de 23 de septiembre, entre otras). Es decir, que puede considerarse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse apreciado por los tribunales ordinarios elementos subjetivos del delito sin prueba suficiente para ello. Y ello no puede ser planteado en casación por la vía del art. 849.1 LECRIM en el marco del art. 847.1 b) LECRIM.

No se puede en este caso incluir la revisión de la intención y si hubo dolo en el sujeto ajeno a la infracción de precepto penal sustantivo que es el marco del art. 849.1 LECRIM en relación con el art. 847.1 b) LECRIM por lo que el respeto de los hechos probados lleva a la desestimación del motivo. Aquí no se ha discutido si ha habido error en la naturaleza del dolo exigido en el tipo penal del art. 227 CP. No se discute un juicio de inferencia referido a la concurrencia de elementos subjetivos del tipo para poder corregir errores de subsunción insertados indebidamente en el relato fáctico, sino simplemente que no hubo dolo de dejar de pagar cuando los hechos probados significan que pudiendo pagar no pagó la pensión de alimentos.

El hecho probado apunta que *a pesar de la obligación que le imponían las anteriores resoluciones judiciales, y pudiendo hacerlo, no ha pagado desde abril de 2016 (primera mensualidad no cubierta por la sentencia condenatoria arriba referenciada, y que se refiere a hechos de idéntica naturaleza que los ahora contemplados) hasta hoy día, más que 380 € en total.* No cabe hacer resurgir ahora en esta sede la imposibilidad de pagar y la inexistencia de dolo.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se interpone un tipo de motivo que es inviable sostener en este tipo de casos.

Ya hemos señalado, entre otras sentencia del Tribunal Supremo 394/2023 de 24 May. 2023, el ámbito restrictivo del recurso contra sentencias de las Audiencias Provinciales que han resuelto en apelación sentencias de los juzgados de lo penal. Y que solo cabe interponer el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, por lo que es el error iuris el que debe plantearse en cuanto partiendo del respeto de los hechos probados cuestionar el proceso de subsunción, por lo que no cabe:

a.- Ni plantear motivos distintos del art. 849.1 LECRIM.

b.- Ni utilizar la vía del art. 849.1 LECRIM como "llave para abrir la viabilidad de la casación en estos casos", pero para sustentar el motivo en razones que tienen su amparo y cobertura en otros preceptos legales de la LECRIM.

Por ello, no cabe instrumentar la vía del art. 849.1 LECRIM para utilizarlo como un primer motivo para "abrir la puerta de la casación" y luego actuar con otros motivos desde el primero ex art. 849.1 LECRIM como "salvoconducto" que nos permite al abrigo de la infracción de ley sostener otras cuestiones que ya fueron planteadas y resueltas ante la Audiencia Provincial.

No cabe en otros motivos el recurso de casación, por cuanto este solo tiene la "puerta" del art. 849.1 LECRIM.

No cabe plantear en esta vía ni error en la valoración de la prueba ni incongruencia omisiva ni la vía del art. 849.2 LECRIM ni ninguna otra. No se trata de un recurso contra una sentencia del TSJ. El legislador abrió la posibilidad para que estas sentencias sean recurridas en casación, pero no con una apertura de motivos, sino con restricción de ellos. Solo art. 849.1 LECRIM, y solo el respeto de hechos probados y queja del proceso de subsunción. Nada más. No es un tipo de recurso ilimitado, sino limitado en su alcance y motivos. No es un recurso más, donde volver a plantear quejas casacionales en un "numerus apertus", sino en un "numerus clausus".



Este motivo incurre en el mismo error o defecto casacional que el anterior. Tampoco cabe plantearlo por estar vedada la articulación de motivos ajenos al art. 849.1 LECRIM. Es motivo inadmisibles de plano.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Artículo 851.1 Y 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma por ausencia de resolución sobre un punto que ha sido objeto de defensa y por presunciones que implican la predeterminación del fallo.

Este motivo incurre en el mismo error o defecto casacional que el anterior. Tampoco cabe plantearlo por estar vedada la articulación de motivos ajenos al art. 849.1 LECRIM. Es motivo inadmisibles de plano.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional, artículo 9.3 de la Constitución Española, principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 Constitución Española, derecho a no padecer indefensión y a un procedimiento predeterminado por la ley, artículo 24.2 de la Constitución.

Este motivo incurre en el mismo error o defecto casacional que el anterior y cabe la directa desestimación por no estar admitido este motivo en la vía del art. 847.1 b) LECRIM.

Sin embargo, es evidente que existe un error en la sentencia de la AP al estimar el recurso del recurrente en esa sede, ya que rebaja la pena al estimar el recurso y con la apreciación de la concurrencia de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas prevista en el art 21.6 del C. Penal, imponiéndosele al acusado D. Alejo la pena de MULTA de SIETE MESES, con una cuota diaria de seis euros, cuando la cuota diaria lo fue en el juzgado de lo penal de 3 euros, y no ha habido recurso alguno por las acusaciones para subir la cuota diaria de la multa, por lo que simplemente se debe regresar a la cuota diaria de 3 euros día de la multa manteniendo íntegramente el resto de la sentencia.

Ahora bien, esto debió ser objeto de aclaración o rectificación de errores ante la notificación de la sentencia que es el cauce correcto y no el de la casación por un motivo que es inadmisibles. Ahora bien, procede la rectificación del error.

El motivo se desestima por ser incorrecto en esta sede, pero se rectifica el error producido rebajando la cuota diaria a los 3 euros marcados por el juzgado de lo penal.

SEXTO.- Desestimando el recurso las costas se imponen al recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Alejo** (por estimación de su motivo nº 4) contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, de fecha 23 de julio de 2021, que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, de fecha 14 de diciembre de 2020, que le condenó por delito de abandono de familia por impago de pensiones, aunque se rectifica el error material producido en esta sentencia rebajando la cuota diaria de la multa a los 3 euros marcados por el Juzgado de lo Penal en su sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina