



Roj: **SAP V 2585/2019 - ECLI: ES:APV:2019:2585**

Id Cendoj: **46250370022019100246**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **2**

Fecha: **17/06/2019**

Nº de Recurso: **911/2019**

Nº de Resolución: **317/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA DOLORES HERNANDEZ RUEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

VALENCIA

Avenida DEL SALER,14 2º

Tfno: 961929121

Fax: 961929421

NIG: 46250-43-2-2017-0022901

Procedimiento: Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [RAA]Nº 000911/2019-HE -

Dimana del Nº 000043/2018

Del JUZGADO DE LO PENAL Nº 11 DE VALENCIA

Instructor JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 16 DE VALENCIA- P. A. 1020/2017

SENTENCIA Nº 317/2019

=====

Presidente

Dª. MARIA DOLORES HERNANDEZ RUEDA - ponente -

Magistrados/as

D. JOSE MARÍA GÓMEZ VILLORA

Dª SANDRA SILVANA SCHULLER RAMOS

=====

En Valencia, a diecisiete de junio de dos mil diecinueve.

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Sres/as. anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, contra la Sentencia de fecha 17/04/2019, pronunciada por el JUZGADO DE LO PENAL Nº 11 DE VALENCIA en con el numero 000043/2018, por delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones, contra Jose Augusto .

Han intervenido en el recurso, en calidad de apelantes Yolanda representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN MANUEL DEL PINO MARTÍNEZ y asistido de Letrada Dª MARIA DEL CARMEN LÓPEZ PARDO y el MINISTERIO FISCAL representado por Dª C. ROMERO; y en calidad de apelado/s, Jose Augusto representado por el Procurador de los Tribunales Dª CARMEN LIS GÓMEZ y dirigido por el Letrado D. MIGUEL DEL HIERRO HERNÁNDEZ; y ha sido Ponente Dª MARIA DOLORES HERNANDEZ RUEDA, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes:

"ÚNICO.- Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, expresa y terminantemente se declara probado que:

Jose Augusto , en virtud de sentencia dictada en el Divorcio de Mutuo Acuerdo n.o 626/2012, en fecha 18 de junio de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia no 9 de Valencia, que aprobo el convenio regulador de fecha 4 de mayo de 2012, venia obligado mensualmente a pagar a Yolanda , en concepto de pension de alimentos a favor de sus hijos menores de edad, la cantidad de 500 euros mensuales actualizables segun el IPC, para cada uno de ellos, asi como los gastos escolares ordinarios y el 70% de los gastos extraordinarios. Tramitado el procedimiento de modificacion de medidas 966/2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.o 3 DIRECCION000 , se dicto sentencia en fecha 16 de enero de 2017, desestimando la modificacion pretendida, sentencia que, recurrida en apelacion, fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 5 de julio de 2018 , que rebaja en 300 euros la cantidad que debe abonar el acusado por cada uno de sus hijos.

No obstante lo anterior, a pesar de la obligacion establecida en la citada resolucion judicial, el acusado dejo de cumplir con el pago de la pension de alimentos, no abonando cantidad alguna en el periodo enjuiciado comprendido entre febrero a octubre de 2017, salvo dos pagos de 500 euros en los meses de junio y octubre de 2017. Con posterioridad a octubre de 2017 y hasta enero de 2019, el acusado no ha abonado tampoco la pension de alimentos de sus hijos, pero ha efectuado pagos en la Ejecutoria 2020/2017 seguida en el Juzgado de lo Penal n.o 14 de Valencia, que suman 5.358 euros y 5.320 euros.

Jose Augusto , fue condenado por sentencia de fecha 20 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal no 2 de Valencia, en el Procedimiento Abreviado 495/2015, como autor de un delito de abandono de familia del articulo 227.1 del Codigo Penal , a la pena de nueve meses de prision con accesorias legales y a que por via de responsabilidad civil, indemnizara a Yolanda por las pensiones adeudadas desde el mes de agosto de 2012 hasta el mes de enero de 2017, sentencia que, recurrida en apelacion, fue revocada parcialmente por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha, manteniendo el pronunciamiento condenatorio pero reduciendola a la pena de prision de tres meses. La referida sentencia se esta ejecutando por el Juzgado de lo Penal n.o 14 de Valencia en la Ejecutoria 2020/2017.

En el periodo enjuiciado, comprendido entre febrero a octubre de 2017, Jose Augusto no ha tenido ingresos, no ha sido percceptor de ninguna prestacion publica, no ha percibido prestacion alguna por incapacidad temporal ni ha percibido ingresos de las sociedades DIRECCION001 ., DIRECCION002 ., DIRECCION003 DIRECCION004 ..

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada dice:

"QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO LIBREMENTE A Jose Augusto , de los hechos enjuiciados en las presentes actuaciones de los que era acusado, declarando de oficio las costas causadas."

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de Yolanda representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN MANUEL DEL PINO MARTÍNEZ y asistido de Letrada D^a MARIA DEL CARMEN LÓPEZ PARDO al que se adhirió el MINISTERIO FISCAL. D^a C. ROMERO se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dicto, por los motivos que desarrolla ampliamente en su correspondiente escrito.

CUARTO.- Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez de lo Penal dio traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para la presentación, en su caso, de los correspondientes escritos de impugnación o de adhesión al recurso. Transcurrido dicho plazo, se elevaron a esta Audiencia Provincial los autos originales con todos los escritos presentados.

QUINTO.- Se recibieron las actuaciones en esta Secretaria, señalándose para deliberación y resolución el siguiente 14/06/19, expresando el ponente el parecer unánime de la Sala.

II. HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento del Recurso.



Se formula segundo recurso de apelación contra la Sentencia de 17 de abril de 2019 , tras la estimación del recurso de apelación planteado por la acusación particular, al que se adhirió el Mº Fiscal, contra la primera Sentencia dictada en fecha 16 de enero de 2019 , que fue anulada mediante Sentencia de esta misma sección de fecha 20 de marzo de 2019 , para que se subsanasen respecto de los defectos en la argumentación recogidos en la sentencia, alegando el recurrente que la nueva dictada no los subsana ni atiende a las indicaciones recibidas por la Sala, por lo que solicita una segunda declaración de nulidad. Mediante Otrosí y al amparo del artículo 790.3 de la Lecrim se solicita la documental consistente en un correo electrónico de la Asesoría Jurídica del DIRECCION005 of Valencia.

El Ministerio Fiscal se adhiere a los argumentos y a lo solicitado por el recurso formulado por la perjudicada, cuya estimación se interesa expresamente.

La defensa del acusado absuelto se opone al recurso formulado alegando que la segunda sentencia dictada sí atiende las indicaciones recibidas de la Sala, entendiéndose que la absolución está fundada en que no ha quedado acreditado el elemento subjetivo del tipo, es decir el dolo en el impago o coloquialmente que el acusado no pagase adrede y que no tiene solvencia. Mediante Otrosí se solicita al amparo del artículo 790.3 de la Lecrim que se admita 4 documentos adjuntos al escrito de oposición; uno conteniendo manifestaciones de Millán , actuando en nombre y representación de Ecom Transacciones S.L. Decreto de 5/04/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION006 en la ejecución hipotecaria- 1158/2015. Una fotocopia de Escritura de préstamo personal con garantía hipotecaria de 7 de marzo de 2018.

El apelante principal en nombre de Yolanda presentó dos escritos de fecha 10/06/2019 uno acompañado de Auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2019 inadmitiendo los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la Sentencia dictada en fecha 5 de junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª en el rollo de apelación 1435/2018 , dimanante del juicio sobre modificación de medidas num. 966/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , y un segundo realizando alegaciones.

SEGUNDO.- Cuestión Previa. Admisibilidad de prueba en segunda instancia.

El artículo 790.3 de la Lecrim , admite la proposición de prueba en segunda instancia, si las diligencias de pruebas no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas indebidamente denegadas, si hubiera formulado protesta, y de las admitidas que no fueran practicadas por causas que no le sean imputables.

Las pruebas documentales propuestas por las partes en el presente recurso no cumplen ninguno de los requisitos legalmente exigibles, puesto que se trata o bien de documentos de fecha posterior al enjuiciamiento o bien de documentos que se pudieron presentar en dicho momento.

Procede, en consecuencia, la inadmisión de la prueba documental propuesta por la representación de Yolanda y Jose Augusto .

TERCERO.- Objeto del recurso.

Planteado el objeto de recurso como han determinado las partes, debemos iniciar su estudio a partir de los argumentos ofrecidos que la segunda sentencia dictada en su fundamento jurídico cuarto, en relación a los restantes que permanecen inalterables, y por tanto:

1) Que el acusado, su nueva esposa y los tres hijos habidos en el matrimonio nacidos en los años 2015, 2016 y 2017, residen en una vivienda sita en DIRECCION007 NUM000 , pta NUM001 de Valencia. La vivienda cuenta con más de doscientos metros cuadrados, en una de las zonas más exclusivas de Valencia y cuenta con portero, figura en el registro de la propiedad a nombre de diez personas, pero fue vendida a finales de 2017 sin que conste la nueva titularidad en el Registro de la Propiedad .

La sentencia dice que de este hecho no se deriva signo externo de riqueza, pues no resultó probado que fuera el propietario de dicha vivienda, sino que vivía en precario, las gestiones para averiguar la titularidad de la misma efectuadas por un detective *"no son concluyentes a juicio de esta juzgadora"* . *"Le doy más valor al documento que aporta la defensa en el que la entidad ECOM CONSULTORES que afirma que el inmueble, en proceso de venta, está ocupado por el acusado en precario en tanto no se proceda a la venta. Es un documento y se valora como tal, no como testifical"*

2) Que los cinco hijos del acusado asisten a un colegio privado de la localidad de DIRECCION008 (Valencia), llamado DIRECCION005 , con gastos de escolarización de unos 800 mensuales por hijo de lo que afirma la sentencia que estos no son signos de riqueza, puesto que a la vista de la cuenta de Covadonga - madre del acusado - y su propia declaración eran los abuelos de los menores quienes pagan el colegio de los tres últimos hijos del acusado, no así de los dos mayores que no está acreditado que lo pague el acusado.



Respecto de la falta de explicación de cómo es posible que la madre del acusado abonara los elevados gastos de escolarización de los hijos menores del acusado, así como de todos los gastos de estos, del acusado y su esposa, y los propios, dice la sentencia: *"La declaración de la madre se tuvo por veraz, la haberse aportado por ella los extractos de cuenta que corroboraran sus manifestaciones. Los ingresos de la cuenta de la madre no eran objeto del procedimiento, ni tenía la madre obligación de justificarlos, pues era una testigo, aunque dijo ella ser pensionista, al igual que su marido, con pensiones muy altas. Podía sostener económicamente a su hijo y a sus nietos."* *"La pericial también se valora en el sentido de tener por veraces las conclusiones a las que llega, se acogen sus argumentos y los documentos que relaciona."*

3) La sentencia considera de la titularidad del acusado siete inmuebles que relaciona, que dice que están embargados o ejecutados o soportan cargas que superan su valor; según dice un perito economista contratado por el acusado que declara como perito.

4) El acusado y la denunciante son titulares al 50% de dos inmuebles, según dice la sentencia, pero de los que, según la sentencia, no se puede inferir capacidad económica puesto que no se ponen de acuerdo para su liquidación.

5) En cuanto a los bienes inmuebles titularidad de DIRECCION001 de la que el acusado es titular del 90% y administrador único, con un valor catastral de 613.491 euros, gravada con hipoteca a favor del Banco de Santander en garantía de 300.000 euros de principal constituida el 7 de julio de 2.008 por plazo de diez años; *" así como tres hipotecas a favor de particulares por importe cada una de ellas de 250.000 euros de principal constituidas en fecha 19 de octubre de 2017 por plazo de doce meses y una hipoteca a favor de particular por importe de 1750.000 euros de principal constituida por plazo de doce meses"* , esto lo dice literalmente la sentencia al folio 11 y folio 15 no es un argumento introducido por la Sala en la anterior sentencia como dice el recurrido, y así lo mantiene en la segunda sentencia en dos apartados distintos. Pero afirma la sentencia que ello supone capacidad económica porque dice que son posteriores al periodo enjuiciado que va de febrero a octubre de 2017 .

6) El acusado ha abonado en el Juzgado de lo Penal nº 14 de Valencia ejecutoria 2020/2017 las cantidades de 5.358 y 5.320 euros, la sentencia afirma que estos pagos no suponen capacidad económica porque fue la madre del acusado quien hizo frente a estos pagos además de la totalidad de los gastos del acusado y de su esposa - que no trabaja- y de los tres hijos del matrimonio.

7) La devolución de la fianza de unos siete mil euros por parte de la Administración a DIRECCION001 . está fuera del periodo considerado en los hechos probados porque se devolvió el 29 de agosto de 2018.

8) La Sentencia de modificación de medidas dictada en el Juzgado de DIRECCION000 nº 3 de 16 de enero de 2017, confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia el 5 de julio de 2018 , *" nada puede decir sobre la capacidad económica del acusado en el periodo enjuiciado, que va de febrero a octubre de 2017"* .

9) La anterior condena dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia en el PA 495/2015 por el mismo delito que fue confirmado en la Audiencia Provincial, *" no pueden ser objeto de valoración alguna pues constituyen cosa juzgada"*.

10) No puede presumirse que el acusado trabaje sin declarar, porque es una presunción en contra del reo.

La sentencia concluye que así, entre otros argumentos similares, que el acusado no ha dispuesto de patrimonio líquido con el que hacer frente a las obligaciones alimenticias para con sus hijos en el periodo de febrero a octubre de 2017

Además de ello la segunda sentencia dice:

1) La sentencia considera acreditado: (HHPP) Que en el periodo enjuiciado de febrero a octubre de 2017 dejó de cumplir con el pago de la pensión de alimentos, salvo dos pagos de 500 euros en los meses de junio y octubre de 2017. Con posterioridad a octubre de 2017 y hasta enero de 2019, el acusado no ha abonado la pensión de alimentos de sus hijos pero ha efectuado pagos en la Ejecutoria 2020/2017 del JPenal nº 14 que suman 5.358 y 5.320 euros.

2) En el FJ-4º se reitera expresamente que el periodo enjuiciado va de febrero a octubre de 2017 (...) *" independientemente de que la responsabilidad civil pueda extenderse al período posterior, llegando incluso hasta el día del juicio oral, la responsabilidad pena queda circunscrita exclusivamente al periodo recogido en los escritos de acusación"* .

El apelante, por su parte, a este respecto muestra su discrepancia puesto que su escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivo, se refería al periodo hasta el juicio oral, sin que haya alegado indefensión alguna en el juicio en el que se desplegó la prueba relativa a todo el periodo.



El apelado afirma que el periodo de incumplimiento va de febrero a octubre de 2017, con independencia de que la RC se extienda hasta el día del juicio.

TERCERO.- Periodo enjuiciado.

En relación al periodo enjuiciado ha surgido una discrepancia en la segunda sentencia, donde se establece que este se habría limitado al periodo de febrero a octubre de 2017, a pesar de que la responsabilidad civil se extendería hasta enero de 2019; recogiendo en los hechos probados que el acusado no habría abonado cantidad alguna tampoco desde octubre de 2017 a enero de 2019.

Debe recordarse en tal sentido que ante dicho planteamiento se han pronunciado en multitud de sentencias de la Audiencia Provincial, baste citar la SAP- V sec. 5ª nº 646/2017 de 1 de diciembre que por ese motivo ordenó la declaración de nulidad de la sentencia recurrida:

"En relación con el delito de impago de pensiones, aunque se han suscitado dudas sobre su naturaleza de delito permanente o delito continuado, es mayoritaria la posición de las Audiencias a favor de la primera, considerando por tanto que se consumará desde que el impago alcance el periodo descrito en el tipo, y a partir de entonces, y en tanto no recaiga sentencia (o resolución de similar eficacia de cosa juzgada) o el sujeto activo no cese en su conducta, nos encontraríamos con un único delito con infracción sostenida del ordenamiento jurídico, de forma tal que la acusación puede extenderse en principio a hechos ocurridos hasta la misma fecha de celebración del Juicio Oral; en idéntico sentido se pronunció la Consulta 1/2007 de 22 de febrero, de la FGE, que efectúa un detallado análisis de la cuestión -lleva por título, " sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal ".

Argumenta a favor del enjuiciamiento de los impagos producidos hasta el momento del juicio, siempre que tales impagos se encadenen dentro de la misma secuencia de impagos que es objeto de enjuiciamiento y, por tanto, que integren un supuesto de delito permanente de tracto sucesivo acumulativo; dice dicha Consulta: " la interpretación excesiva de esas garantías puede producir efectos perturbadores e incluso perversos para esas finalidades, como sucede en el delito de impago de pensiones, cuando extremando ese celo interpretativo se reduce el objeto temporal de enjuiciamiento exclusivamente a los impagos incluidos en la denuncia, que además de plantear importantes problemas derivados de posibles vulneraciones de la prohibición del " double jeopardy" (STS 26-9-77, 1-4-2003 y 22-4-2004), no sólo perjudica a la víctima, arrojándola a una cadena de nuevas denuncias por los incumplimientos posteriores, sino que, paradójicamente, también es negativo para el imputado cuyo derecho de defensa se pretende garantizar, pues podrá verse acusado en otros procedimientos con las eventuales consecuencias perjudiciales, como posibles sentencias condenatorias, apreciación de la circunstancia agravante reincidencia, o dificultades para el cumplimiento de los requisitos para la suspensión de ejecución de la pena".

Tales posiciones son razonables; si la defensa no alega que la extensión del periodo de impago enjuiciado le provoca indefensión, no será éste vicio el que impida el enjuiciamiento de los hechos. En ocasiones puede resultarle incluso conveniente; si los nuevos impagos fueran dolosos, su no inclusión en el enjuiciamiento de los impagos anteriores podría provocar un nuevo procedimiento y una nueva condena.

Es necesario igualmente señalar que en esta Audiencia Provincial en conclusiones de unificación de criterios sesión de 6 de Junio de 2013 se adoptó el acuerdo siguiente: "4.- En los delitos de abandono de familia, previa petición de parte y la conformidad del acusado, cabe extender la responsabilidad penal y civil a las pensiones impagadas hasta el momento del acto del juicio oral, siempre que las mismas se recojan en el relato de hechos probados como fundamentadoras del delito y de la pena (aclarando el acuerdo de unificación alcanzado el 7 junio 2012) (mayoría)."

Es decir, que es posible extender el periodo de enjuiciamiento hasta el acto del juicio en el delito de abandono de familia, siempre y cuando no se produzca indefensión al acusado y naturalmente se incluya dicho periodo como hecho punible en los hechos probados y se valore también la prueba relativa a ese periodo, ya que en caso contrario se estaría ampliando la responsabilidad civil por delito a un periodo en el que no se habría declarado conducta delictiva alguna de la que fuera responsable el acusado, lo que es contrario al artículo 109.1 y 227.3 del Código Penal, y además se estarían obteniendo conclusiones fácticas en los hechos probados, sin realizar valoración de lo sucedido en ese periodo posterior.

A ello habría que añadir que esto se hace en beneficio del reo, puesto que de no ser así, podría abrirse un segundo enjuiciamiento, e incluso podría producirse una eventual condena por delito cada dos meses de impago, lo que supondría un evidente perjuicio al condenado por tal tipo de delito. En este caso además, si la sentencia absolutoria fuera confirmada, se abriría la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento por un periodo en el que ya una sentencia habría declarado probado un periodo de impago superior a los dos meses.



Esta sola circunstancia supone un error en el enjuiciamiento que se encuadraría en el artículo 790.2 de la Lecrim por error en la valoración de la prueba, al incluir en los hechos probados un periodo que no se corresponde con el que la propia fundamentación de la sentencia considera excluido de valoración, y por tanto haría imprescindible declarar la nulidad de la sentencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 792.2 de la Lecrim, tal y como hace la sentencia que se ha citado.

CUARTO.- Error en la valoración de la prueba.

El Tribunal de apelación no puede extraer sus propias conclusiones de la prueba personal que se ha practicado en primera instancia puesto que carece de intermediación, sino que la función de la segunda instancia es valorar la racionalidad de la expresada en la sentencia, comprobando que tal proceso se encuentra motivado, que tiene su apoyo en pruebas validamente constituidas e incorporadas al proceso de forma legítima, y que existe fallo en el razonamiento lógico o en el iter inductivo de Juzgador de instancia, como dice entre otras muchas las S.S.T.S. 16-1-2006, 27-3-2006, entre otras, pero no, por tanto alcanzar una convicción propia.

Desde esta función la lectura de la nueva sentencia dictada, compartiendo el criterio expresado por el recurrente y el Ministerio Fiscal, incurre y ahonda en los errores yadetectados en la primera sentencia dictada.

1. Cabe recordar, como lo hacen las STS 170/2015 de 20-03-2015 y STS 496/2012, de 8-06-2012, que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, como establece el Tribunal Constitucional (SSTC 147/1999, 25/2000, 87/2000, 82/2001, 2221/2001, 55/2003, 223/2005, 276/2006, 177/2007, 134/2008 y 191/2011, entre otras), supone que toda resolución judicial incluya una motivación, que debe contener una " *fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en error patente ya que en, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia.* "

En particular, y en relación a las Sentencias absolutorias, pese a no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, en cuanto al plano de la motivación no puede excluirse la exigencia general de motivación siendo igualmente aplicable el art. 120.3 CE, por tanto no puede limitarse la decisión absolutoria de un puro decisionismo, lo que sería contrario, como dice la STC 115/2006 de 24 de abril, a la interdicción de la arbitrariedad.

2. La segunda sentencia, a criterio del Tribunal, no realiza una valoración conjunta de los indicios que exige la prueba indirecta, sino que en ella se va haciendo una calificación o descalificación individualizada de cada uno del siguiente tenor " *Le doy más valor al documento que aporta la defensa...* " *Es un documento y se valora como tal* ; " *La declaración de la madre se tuvo por veraz, la haberse aportado por ella los extractos de cuenta que corroboraran sus manifestaciones. Los ingresos de la cuenta de la madre no eran objeto del procedimiento, ni tenía la madre obligación de justificarlos, pues era una testigo, aunque dijo ella ser pensionista, al igual que su marido, con pensiones muy altas. Podía sostener económicamente a su hijo y a sus nietos.* " *La pericial también se valora en el sentido de tener por veraces las conclusiones a las que llega, se acogen sus argumentos y los documentos que relaciona.* " *La aportación a esta sociedad por parte del acusado es ridícula y no denota capacidad económica* " .

Tampoco se expresan qué datos le permiten concluir que tiene mayor valor un escrito donde aparece la firma de una persona sin relación aparente con un inmueble que dice representar a un mercantil, sin presentar poder o mandato, donde hace determinadas manifestaciones.

No explica el razonamiento que le permite alcanzar la convicción de que la información aportada por la madre del acusado sea cierto o cuales son los datos que abonan que la pericial privada sea veraz.

No hay análisis alguno relativo a que el acusado sea administrador de una sociedad alimitada constituida por el acusado y su esposa en fecha 7/05/2017, a pesar de que esta no trabaja ni obtiene ingresos, con un capital social de 3.000 euros aportando él " *un retrovisor de segunda mano* " lo que es calificado de " *ridículo* ", de donde pudiera proceder este dinero o con qué finalidad se hizo.

Se omite la explicación de que se haya podido acceder al crédito privado en el mes de octubre de 2017 y posteriormente para pagar deudas de la empresa de la que es socio único y no se pueda hacer frente a la prestación de alimentos de sus hijos mayores, aún con retraso, alegando que no pertenece al periodo enjuiciado.

En fin se alude continuamente a lo que se denomina valoración por intermediación de la prueba personal, a que evidentemente habría que dar una singular validez, pero se omite dicha valoración afirmando las conclusiones alcanzadas sin explicitar el razonamiento o iter deductivo empleado, o el motivo de dar mayor credibilidad a unas sobre otras.



La distribución de la carga de la prueba de la sentencia tampoco es la que corresponde a los procesos penales en los que enjuicia el delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones, que exige a las acusaciones la acreditación de los elementos típicos contenidos en la norma penal incluida la vigencia de la decisión judicial que fija la pensión o prestación económica como exige el artículo 227.1 del CP, sin que sea necesario acreditar elemento subjetivo del injusto alguno, sino meramente el dolo general y los elementos que corresponde acreditar a las defensas, como los hechos extintivos o justificativos de su responsabilidad penal, y en consecuencia que circunstancias extraordinarias e imprevisibles le impiden hacer frente a una prestación económica a la que fue condenado en su momento, como ya se expuso en la primera sentencia dictada por este mismo Tribunal y es doctrina jurisprudencial reiterada, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13-02-2001, rec. 4467/1998, que *"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"*, reiteradamente aplicada por las Sentencias de la sala de apelación, entre ellas, esta Audiencia Provincial, Sentencia del sección 4ª, nº 724/17 de 30 de noviembre y Sentencia de la sección 3ª, nº 534/17 de 19 de septiembre.

En suma, y sin necesidad de reiterar el resto de argumentos que contenía la primera sentencia dictada por la sala, debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida, con remisión a la ya citada, STS170/2015 de 20-03-2015 que aplica tal solución cuando la sentencia de instancia *"se aparta de máximas de experiencia común que se aplican en casos similares. Ha generado, pues, una situación de duda para fundar la absolución que se considera irrazonable y que acaba determinando una decisión que basa en un error argumental que contradice los datos objetivos aportados por la prueba"*, lo que determina necesariamente la anulación de la sentencia absolutoria recurrida, que *"nos coloca en la tesitura de decidir si ha de ser el propio Tribunal el que dicte otra sentencia o si ha de ser un Tribunal distinto que conozca de la causa en un nuevo juicio, que es la pretensión que postula el Ministerio Fiscal por entender que el Tribunal de instancia, tras dos sentencias irrazonables y vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, ha perdido su imparcialidad para dictar una tercera."*

Consecuencia que debemos aplicar también en el caso examinado al amparo de lo dispuesto en el artículo 792.1 de la Lecrim cuando dice que la sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa, que es la solución que procede en el caso examinado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la celebración del juicio para que se celebre una nueva vista oral con un Tribunal distinto al que ha intervenido hasta ahora, ante el que se sustancia nuevamente el procedimiento.

Por ello procede la estimación del recurso de apelación al que adhirió el Fiscal declarando la nulidad de la sentencia para que se celebre un nuevo juicio por un Magistrado distinto al que dictó la sentencia recurrida.

QUINTO.- En consecuencia procederá, estimando el presente recurso, declarar la nulidad de la sentencia, a fin que se celebre un nuevo juicio por un Magistrado distinto, no haciendo especial pronunciamiento en torno al pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia,

ha decidido:

PRIMERO: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Yolanda representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN MANUEL DEL PINO MARTÍNEZ y asistido de Letrada Dª MARIA DEL CARMEN LÓPEZ PARDO al que se adhirió el MINISTERIO FISCAL. Dª C. ROMERO .

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del juicio y la sentencia a que el presente rollo se refiere.

TERCERO: RETROTRAER las actuaciones hasta el momento anterior al señalamiento de juicio para que se celebre un nuevo juicio presidido por Magistrado distinto al que dictó la resolución recurrida.

CUARTO: No hacer especial pronunciamiento en torno al pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada.



Contra la presente resolución, no cabe interponer recurso alguno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su ejecución.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ