

Roj: STS 4349/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4349

Id Cendoj: 28079120012015100615

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 20756/2014

Nº de Resolución: 631/2015

Procedimiento: Revisión

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de Revisión que ante Nos pende, interpuesto por **Camilo** contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Cinco de Getafe, de fecha veintiocho de octubre de 2011, dictada en el Procedimiento Abreviado número 32/11 y que condenó al solicitante como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia por impago de pensión alimenticia en favor de sus hijos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del Primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha nueve de octubre de 2014 se presentó en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Procuradora Sra. Acosta García, en nombre y representación de **Camilo**, solicitando la autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. Cinco de Getafe, de fecha veintiocho de octubre de 2011, dictada en el Procedimiento Abreviado 32/11 que condenó al hoy solicitante como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia por impago de la pensión alimenticia en favor de sus dos hijos. En la sentencia constan los siguientes hechos probados:

" ÚNICO.-Queda probado, y así expresamente se declara, que: Los meses de mayo de 2009 a abril de 2011 el acusado *Camilo* dejó de pagar la pensión de alimentos a favor de sus hijos *Landelino* y *Marí Trini* de 200# mensuales a los que estaba obligado en virtud de la sentencia de fecha 18/7/2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Parla. *Camilo* trabaja para la empresa "Auxiliar de Montaje Alfa, SL" durante los siguientes períodos: enero de 2009 hasta marzo de 2009, agosto de 2009 hasta diciembre de 2009; febrero 2010 hasta abril de 2010, noviembre de 2010, febrero de 2011, según consta en la base de datos de la Seguridad Social. Durante los períodos en los que no trabajó en la referida empresa cobró la prestación por desempleo que durante el año 2010 la base de cotización era de 1.200 euros mensuales" .

Se apoya en el art. 954.4º LECrim. alega que con fecha cinco de marzo de 2012 el Juzgado de lo Penal núm. dos de Getafe, en el JO 481/10, dictó sentencia condenándole por un delito de abandono de familia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, incluyendo los mismos hechos. Dispone en sus hechos probados tal sentencia:

"Por conformidad de las partes se declara probado que por sentencia de fecha 18 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Parla, por la que se aprobó el convenio regulador, se impuso a Camilo la obligación de abonar a Isidora, en concepto de pensión de alimentos a favor de sus dos hijos menores de edad, la cantidad mensual de 100# a cada uno de ellos, ascendiendo a un total de 200 euros, cantidades que debían ser actualizadas de conformidad con el Índice de Precios al Consumo. Pese a ello, Camilo ha venido incumpliendo dicha obligación total o parcialmente desde el mes de septiembre hasta noviembre de 2009, pese a tener capacidad económica para ello. Y a que si bien ha abonado algunas de las mensualidades, incumplió totalmente dicha obligación en los meses de septiembre de 2006, marzo, abril, mayo, junio, septiembre y octubre de 2007, noviembre y diciembre de 2008, febrero a noviembre de 2009, todo el año 2010, todo el año 2011 y la cantidad de 50# del año 2012" .

De lo expuesto alega que: *"...mi mandante ha cumplido la pena de prisión de 3 meses impuesta por el Juzgado de lo Penal 2 de Getafe, como queda acreditado en el testimonio enviado y ya mencionado, y su privación de libertad abarcó desde el 24 de noviembre de 2012 hasta el 21 de febrero de 2013. En el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Getafe no ha sido todavía requerido para el cumplimiento de la sentencia aquí recurrida en revisión, de fecha 28 de octubre de 2010 . Por ello y toda vez que los períodos impagados en ambos procedimientos coinciden, es por lo que ya ha sido condenado Don Camilo dos veces por el mismo delito, además, puesto que la condena del Juzgado de lo Penal 5 de Getafe es una pena superior a la del Juzgado de lo Penal núm. 2 es por lo que actualmente queda ya extinta su responsabilidad criminal, por ya haber ingresado en prisión y cumplido su pena, habiendo sido licenciado el 21 de febrero de 2013..."* .

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 17 de febrero pasado, dictaminó:

"... coincidiendo los impagos que constituyen el elemento objetivo del tipo del art. 227 en ambas resoluciones procederá la revisión. Por lo expuesto: El Fiscal interesa, que teniéndolo por instruido procede, de conformidad con el art. 957 in fine Ley de Enjuiciamiento Criminal , autorizar la interposición del recurso por el promovente en el plazo de quince días..." .

TERCERO.- Por auto de fecha tres de marzo de 2015 se autorizó al promovente la formalización del recurso de revisión pretendido lo que llevó a efecto por escrito de fecha 1 de abril de 2015.

CUARTO .- Dado traslado al Ministerio Fiscal, éste ha emitido informe de fecha 2 de junio de 2.015, en el sentido de apoyar la estimación del recurso de revisión interpuesto.

QUINTO .- Por providencia de fecha siete de octubre de 2015 se señaló la audiencia del día veintidós de octubre de 2015 para deliberación, votación y Fallo, lo que se llevó a efecto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Camilo interpone recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. dos de Getafe, de fecha 5/3/12 , dictada en el Juicio Oral 481/10 que condenó al hoy solicitante como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia por impago de la pensión alimenticia en favor de sus hijos, del art. 427.1 y 3 del Código Penal (impuesta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Parla en sentencia de fecha 18 de julio de 2005), al haber incumplido la obligación de pago, estableciéndose en los Hechos Probados:

"... Pese a ello, Camilo ha venido incumpliendo dicha obligación total o parcialmente desde el mes de septiembre hasta noviembre de 2009, pese a tener capacidad económica para ello. Y a que si bien ha abonado algunas de las mensualidades, incumplió totalmente dicha obligación en los meses de septiembre de 2006, marzo, abril, mayo, junio, septiembre y octubre de 2007, noviembre y diciembre de 2008, febrero a noviembre de 2009, todo el año 2010, todo el año 2011 y la cantidad de 50# del año 2012" .

Anteriormente y en sentencia de fecha 28 de octubre de 2011 y dictada por el Juzgado de lo penal núm. 5 de Getafe y recaída en el Procedimiento Abreviado 32/11, había sido condenado, por el impago de pensiones, establecida en favor de sus hijos, (incumpliendo la misma sentencia de fecha 18 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Parla), estableciéndose en los Hechos Probados:

"...Queda probado, y así expresamente se declara, que los meses de mayo de 2009 a abril de 2011 el acusado Camilo dejó de pagar la pensión de alimentos a favor de sus hijos Landelino y Marí Trini ...a la que estaba obligado en virtud de la sentencia de fecha 18/7/2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Parla ..." .- Sentencia confirmada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de junio de 2013, dictada en el Rollo 378/12 , al desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la misma.

Debemos resaltar, que como consecuencia de las indicencias procesales acaecidas, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Getafe, se procedió a su ejecución, estando pendiente de ejecución la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Getafe y confirmada por la Audiencia Provincial. De lo expuesto, resulta que ambas resoluciones coinciden cuando menos parcialmente, los impagos que constituyen el elemento objetivo del tipo del art. 227 del Código Penal , y por lo tanto, el recurrente ha sido juzgado y condenado dos veces, por los mismos hechos.

SEGUNDO.- El recurso de revisión es un remedio extraordinario por cuanto, de prosperar, supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad. De ahí que sólo sea viable cuando se trata de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencia, a favor del reo, la inocencia respecto al hecho que sirvió de fundamento a la sentencia de condena. Se han asimilado a ese caso típico los supuestos subsumibles en el principio *"non bis in idem"* garantizado

implícitamente por el artículo 25.1 CE . Se les ha buscado acomodo también en el artículo 954.4 de la LECrim . (ver STS de 27 de febrero de 2001 , entre otras), en tesis jurisprudencial de la que el prelegislador se ha hecho eco incorporándola a la reforma de la Ley Procesal Penal que pende de tramitación parlamentaria. Así pues se ha extendido la cobertura del art. 954.4 ° a los casos de duplicidad de condenas firmes por unos mismos hechos. No ofrece el ordenamiento hoy por hoy otro instrumento legal para corregir tal indeseable situación diferente a la demanda de revisión (STS 1013/2014, de 20 de diciembre , a la que preceden entre muchas otras, las de 4.2.77, 7.5.81, 23.2 y 25.2.85, 19 y 30.5.87, 3.3.94, 134/98 de 3.2, 322/98 de 29.2, 820/98 de 10.6, 922/98 de 10.11, 974/2000 de 8.5, 520/2000 de 29.3, 1417/2000 de 22.9) .

Es generalizado el criterio de que deberá anularse la sentencia dictada en segundo lugar. Deberá prevalecer la primera que se pronuncie. Esto, no obstante, merece alguna matización cuando la coincidencia no es total.

TERCERO .- La sentencia cuya nulidad se postula en el presente recurso, que es la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Getafe, comprende parcialmente los mismos períodos de impago de pensiones, que se recogen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Getafe, y aunque la coincidencia de los períodos de impago no sea absoluta, no puede constituir óbice alguno para que pueda apreciarse la revisión solicitada, pues es doctrina consolidada que se admite la doble condena en supuestos de *"coincidencia parcial de hechos probados condenatorios"* , por cuanto aunque no haya literalidad repetida, los hechos se repelan como decíamos en el auto de 25,11,08, y en el mismo sentido, sentencia 219/2015 de 16 de abril . Procede anular la sentencia del Juzgado de lo Penal 5 de Getafe, por dos razones:

a) Se trata de una sentencia que está pendiente de ejecución, mientras que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 2 se encuentra ejecutada.

b) Porque la misma, pese a ser anterior, cuando menos la dictada en la primera instancia, comprende un periodo de tiempo de impagos menor que la ejecutada, que abarca períodos más amplios y cuya anulación podría dar lugar a revivir el enjuiciamiento por los períodos no comprendidos en la anulada, no es otro el criterio mantenido por esta Sala en la reciente sentencia 219/2015 de 16 de abril , (y las en ella citadas), al declarar, *"Es generalizado el criterio de que deberá anularse la sentencia dictada en segundo lugar. Deberá prevalecer la primera que se pronuncie. Esto, no obstante, merece alguna matización cuando la coincidencia no es total...Por tanto, a diferencia de lo que propone el recurrente, lo procedente es anular la segunda de las sentencias, no solo por el juego cronológico señalado (la apelación llegó después), sino especialmente porque solo rescindiendo esa quedan enjuiciados todos los hechos y no solo un aparte: la coincidencia es solo parcial. Mientras la primera sentencia abarca todo el período, la segunda solo analiza fragmentariamente la secuencia. Si se mantuviese exclusivamente la vigencia de ésta reviviría la posibilidad de enjuiciar los hechos que no contempla"* .

CUARTO.- La estimación del recurso de revisión conlleva a declarar de oficio las costas procesales.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de revisión interpuesto por la representación legal de Camilo y **DECLARAMOS LA NULIDAD de la sentencia** de fecha **28 de octubre de 2011** dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Getafe , así como la de apelación que la confirmó, sentencia de 4/6/13 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo 378/12 , declarándose las costas de oficio.

Comuníquese esta sentencia a los mencionados órganos judiciales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Andres Martinez Arrieta D. Joaquin Gimenez Garcia

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