

**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 557/2020 de 29 Oct. 2020, Rec. 5616/2019**

Ponente: Polo García, Susana.

Nº de Sentencia: 557/2020

Nº de Recurso: 5616/2019

Jurisdicción: PENAL

**Diario La Ley**, Nº 9756, Sección La Sentencia del día, 17 de Diciembre de 2020, **Wolters Kluwer**

ECLI: *ES:TS:2020:3554*

El progenitor del hijo discapacitado mayor de edad está legitimado para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de éste

Cabecera

ABANDONO DE FAMILIA. DOCTRINA LEGAL. Impago de pensiones a hijo discapacitado mayor de edad. El progenitor del hijo mayor de edad está legitimado para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de éste. Requisito de perseguibilidad en los delitos semipúblicos, y su posibilidad de subsanación. El progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, tiene legitimidad para interponer denuncia e instar así a su pago en vía penal. Interpretación del término "persona agraviada" del art. 228 CP que dispone que dichos delitos semipúblicos sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y que el Ministerio Fiscal podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Pontevedra y confirma la condena por delito de abandono de familia por impago de pensiones del hijo mayor de edad discapacitado.

**TRIBUNAL SUPREMO**

## **Sala de lo Penal**

### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 557/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 5616/2019, interpuesto por **D. Emilio**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Adela Enríquez Lolo. bajo la dirección letrada de D. José Luis Pena Fernández, contra la sentencia de 16 de octubre de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la Apelación Procedimiento Abreviado 905/2019, dimanante del Procedimiento Abreviado 19/2019 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra, por delito de impago de pensiones.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, y D. Alberto y D<sup>a</sup> Pilar, representados por el procurador D. Faustino J. Maquieira Gesteira, bajo la dirección letrada de D. A. Nahur Currás Vázquez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra, en fecha 3 de junio de 2019, dicto auto con los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas de Morrazo en fecha 13 de diciembre de 2003, en la que se establecía que abonará la cantidad mensual de 150 euros para su hijo mayor de edad, Alberto, actualizable anualmente mediante el índice de precios al consumo, en concepto de alimentos para subvenir las necesidades de su hijo, desde el 10 de octubre de 2008 y hasta la actualidad *no ha abonado cantidad alguna a favor de su hijo en dicho concepto, teniendo capacidad económica para realizarlo.*

Tal situación ha sido denunciada en fecha 30/12/2016 por Pilar (madre de Alberto), y ratificada por éste en sede judicial.

Antes de acudir a la vía penal por la denunciante se ha instado el abono de las pensiones alimenticias atrasadas en el procedimiento de Ejecución Forzosa de Familia nº NUM001.

Alberto, mayor de edad, en cuanto nacido el día 00/00/00, está diagnosticado de retraso mental, coeficiente intelectual bajo, síndrome de Kallman, vulnerabilidad y fragilidad con necesidad de supervisión y cuidado por su entorno.

Consta que le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% desde el 11/08/2012 por resolución de la Xunta de Galicia de fecha 5 de julio de 2013 (folios 33-34 de los autos)".

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y CONDENO a EMILIO, como autor criminalmente responsable de un delito de Abandono de familia, en su modalidad de Impago de pensiones, a la pena de DIECIOCHO MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de 6 euros (3,240 euros), bajo apercibimiento, en caso de impago, de incurrir en la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P., de un día de privación de

libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, todo ello con imposición de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, el condenado deberá indemnizar a favor de su hijo Alberto, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las pensiones alimenticias impagadas desde noviembre de 2008, por importe de 150 euros mensuales, cuya prescripción se interrumpió por la presentación de la demanda de ejecución forzosa de familia nº NUM001 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cangas de Morrazo, de las que se deducirá las cantidades que resulten abonadas en dicho procedimiento de ejecución civil.

Todas las cantidades devengarán el interés legal."

**TERCERO.-** Interpuesto Recurso de Apelación contra la Sentencia anteriormente citada, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, dictó Sentencia en fecha 16 de octubre de 2017 con los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO:**

"Primero. En el acto del juicio oral de referencia se dictó una sentencia con fecha de 3 de junio de 2019 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que debo condenar y CONDENO a EMILIO [sic], como autor criminalmente responsable de un delito de Abandono de Familia, en su modalidad de Impago de pensiones, a la pena de DIECIOCHO MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de 6 euros (3240 euros), bajo apercibimiento, en caso de impago, de incurrir en la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, todo ello con imposición de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, el condenado deberá indemnizar a favor de su hijo Alberto, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las pensiones alimenticias impagadas desde noviembre de 2008, por importe de 150 euros mensuales, cuya prescripción se interrumpió por la presentación de la demanda de ejecución forzosa de familia nº NUM001 del Juzgado de Primera Instancia nº I de Cangas de Morrazo, de las que se deducirán las cantidades que resulten abonadas en dicho procedimiento de ejecución civil.

Todas las cantidades devengarán el interés legal:"

Y, como hechos probados, se recogen expresamente los de la sentencia apelada:

"Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, habiéndose dictado sentencia. por el Juzgado de Primera Instancia núm. I de Cangas de Morrazo en fecha 13 de diciembre de 2003, en la que se establecía que abonará la cantidad mensual de 150 euros para su hijo mayor de edad, Alberto, actualizable anualmente mediante el" índice de precios al consumo, en concepto de alimentos para subvenir las necesidades de su hijo, desde el 10 de octubre de 2008 y hasta la actualidad no ha abonado cantidad alguna a favor de su hijo en dicho concepto, teniendo capacidad económica para realizarlo.

Tal situación ha sido denunciada en fecha 30/12/2016 por Pilar (madre de Alberto), y ratificada por éste en sede judicial.

Antes de acudir a la vía penal por la denunciante se ha instado el abono de las pensiones alimenticias atrasadas en el procedimiento de Ejecución Forzosa de Familia núm. NUM001.

Alberto, mayor de edad, en cuanto nacido el día 00/00/00, está diagnosticado de retraso mental, coeficiente intelectual bajo, síndrome de Kallman, vulnerabilidad y fragilidad con necesidad de supervisión y cuidado por su entorno.

Consta que le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% desde el 11/08/2012 por resolución de la Xunta de Galicia de fecha 5 de julio de 2013 (folios 33-34 de los autos)."

Segundo. Contra dicha sentencia la representación procesal del recurrente interpuso un recurso de apelación, que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito unido a las actuaciones.

Tercero. Una vez escrito de formalización del recurso al Ministerio Fiscal y a las otras partes, se presentó un escrito de impugnación basándose en que la sentencia objeto de recurso se ajusta plenamente a derecho y se solicitó su confirmación.

Cuarto. El juzgado de lo penal referido anteriormente remitió a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, tras haber sido recibidos, se señaló una fecha."

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos que se declaran probados en la sentencia objeto de recurso.

**CUARTO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó el siguiente pronunciamiento:

"Acoger en parte el recurso de apelación presentado por Emilio contra la sentencia de 3 de junio de 2019 pronunciada por la jueza del Juzgado de lo Penal número 2 de Pontevedra en el procedimiento abreviado (rollo de apelación 905/2019-P). En consecuencia, solo revocamos dicha sentencia en lo relativo a la pena, que, en lugar de 18 meses de multa, fijamos definitivamente en 15 meses de multa, manteniéndose la misma cuota diaria de 6 € (en total 2700€) y los demás pronunciamientos de aquella que expresamente confirmamos, con declaración de oficio de las costas devengadas en esta alzada."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por **D. EMILIO**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de Ley. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECr, al infringirse el art. 228 CP, en relación con la doctrina jurisprudencial que se cita.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de Ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849 LECr. por error en la apreciación de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., al infringirse el art. 227.1 CP (LA LEY 3996/1995) en relación con la doctrina jurisprudencial que cita.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 142.2ª LECr (LA LEY 1/1882), en relación con la doctrina jurisprudencial que cita.

**Motivo Quinto.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción del art. 227.1 CP, en relación con el principio de presunción de inocencia y la doctrina jurisprudencial que cita.

**SÉPTIMO.-** Dado traslado para instrucción, la representación procesal de D. Alberto y de Dª Pilar suplicó a la Sala tenga por impugnada la admisión del recurso y se acuerde no haber lugar al mismo, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. El Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesa la expresa inadmisión del recurso de casación interpuesto por las razones expuestas en el escrito presentado el 12 de marzo de 2020 que obra unido a las presentes actuaciones; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Por providencia de fecha 24 de septiembre de 2020 se acordó para la deliberación y fallo el "Pleno jurisdiccional" de esta Sala el día 28 de octubre de 2020, en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Estamos ante la nueva modalidad casacional surgida de la reforma procesal de 2015. Con ella el legislador quiso dotar al Tribunal Supremo de una herramienta para que la función nomofiláctica, esencial a la casación, alcanzase también a los delitos competencia de los Juzgados de lo Penal.

La sentencia que estrenó esta novedosa casación -210/2017, de 28 de marzo- definía sus singulares características y plasmaba jurisdiccionalmente sus contornos que, en una primera aproximación, se habían perfilado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 9 de junio de 2016 sobre unificación de criterios en relación al alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, Pleno que establecía que:

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

ACUERDO: a) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. 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 art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 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 (art. 884 Lecrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), 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 (art. 892 Lecrim).".

Por tanto, la reforma de la casación, puede sintetizarse, conforme a la citada sentencia, de la siguiente forma:

1º.- Las sentencias de apelación de las Audiencias solo tienen casación por el nº 1 del art. 849.

2º.- En tal apartado sólo pueden invocarse preceptos penales sustantivos.

3º.- Los hechos probados son de obligado respeto.

4º.- El interés casacional deriva de: a) oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales; c) precepto penal de menos de 5 años en vigor.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de lo expuesto, no procede admitir los motivos de casación planteados, segundo y quinto, los cuales si bien se encabezan como "infracción de ley", en verdad se trata de Infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ), en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, por quebranto del derecho a la presunción de inocencia del acusado, tal y como se hace constar en el desarrollo de los mismos, en concreto de la prueba documental; ni tampoco el motivo cuarto, en el que si bien se alega infracción del art. 142.2 de la LECrim, en realidad se denuncia que tenían que haberse valorado por el Juzgado y por la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, determinados documentos y en consecuencia incluir en el relato fáctico determinados hechos que el recurrente afirma han quedado probados con los mismos.

Los requisitos de acceso a la casación, que ha efectuado esta Sala, anteriormente expuestos, no implican vulneración de la tutela judicial efectiva invocada, ni de ningún otro derecho fundamental, en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el reciente Auto 40/2018, de 13 de abril de 2018 (LA LEY 41452/2018), en los siguientes términos:

"La aplicación de los anteriores criterios de enjuiciamiento constitucional a la pretensión de amparo formulada permite concluir que el presente recurso de amparo incurre en un supuesto de inadmisión previsto en el artículo 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 LOTC, por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados. Como desarrollaremos a continuación, la interpretación de los requisitos de acceso a la casación efectuada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es plenamente coherente tanto con el texto de la ley procesal, sistemáticamente contemplada, como con el fundamento de su reforma (por Ley 41/2015, de 5 de octubre). De esta manera, en un caso como el presente en el que la pretensión acusatoria había sido ya juzgada en doble instancia, la apreciación de la causa de inadmisión cuestionada no puede entenderse arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni tampoco contraria a la plena efectividad de los derechos fundamentales cuya supuesta vulneración sustentaba el recurso de la demandante, sino que se funda en la existencia de una causa legal que ha sido razonablemente aplicada."

Sigue diciendo el citado auto que: "El criterio interpretativo tomado en consideración por el Tribunal Supremo en las resoluciones cuestionadas tiene vocación de aplicación general, pues es uno de los incluidos en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, dictado con la finalidad de unificar criterios "sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 en el ámbito del recurso de casación". En el mismo se aboga por una interpretación en sus propios términos del artículo 847.1 b) LECrim, de manera que "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 art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2, 850, 851 y 852". Y se añade: "Los recursos articulados por el art. 849.1 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".

Y, concluye el mismo afirmando que: "Por lo tanto, en atención a esta causa de inadmisión y los supuestos que, recogidos en el reseñado acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, se expresan en el preámbulo de la Ley, no cabe sino concluir que la decisión de inadmisión cuestionada es consecuencia razonable y razonada de la aplicación de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que permite apreciar la carencia manifiesta de fundamento de la presente pretensión de amparo."

Procede declarar, por tanto, la inadmisión de los motivos segundo, cuarto y quinto -ahora desestimación- conforme al art. 884.4 de la LECrim.

**TERCERO.-** 1. El primer motivo se formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LCRIM., al infringirse el artículo 228 del Código Penal), en relación con la doctrina del TS que el mismo cita al respeto, en concreto la emanada de la sentencia de fecha 30 de enero de 1989.

Se afirma que el art. 228 del CP, resulta contundente porque *el supuesto alimentista era mayor de edad al tiempo de la formulación de la querella* y según la CE, en su artículo 12, y según el artículo 322 del CC, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. Por lo que *si* - art. 228 CP. Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada, esta no formuló el acto preciso de inicio de actuaciones, y al carecer de representante legal la querella debió ser inadmitida y archivada. Darle curso supone validar un acto contradictorio con la ley, y otorgarle un efecto contrario al normativo (la inadmisión) infringiendo la admisión de manera flagrante lo exigido por el precepto (228 CP), puesto que no se puede convalidar un acto que no puede nacer, puesto que en caso contrario se estaría situando al interprete legal por encima de la norma que se debe aplicar.

2. La primera cuestión que plantea el recurrente en el motivo consiste en *determinar si el progenitor del hijo mayor de edad está legitimado para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de este*, ya que el artículo 228 CP establece, como requisito de perseguibilidad, que el delito referido «solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». De igual modo, se plantea la posibilidad de que ese defecto pueda subsanarse por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.

Hemos constatado la ausencia de jurisprudencia expresa de esta Sala al respecto, así como la solución contradictoria dada a la materia en las distintas Audiencias Provinciales.

En consecuencia, la cuestión planteada por el recurrente tiene interés casacional dada la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales.

2.1. Como resulta del art. 228 del Código Penal, a lo que se está refiriendo el recurrente es a la cuestión de la legitimación para sostener la acusación y a la consideración de este delito como semipúblico, siendo necesaria la denuncia previa de la persona agraviada, o de su representante legal, centrando la cuestión planteada, únicamente, en el periodo de tiempo en que los alimentistas son ya mayores de edad.

Existen en la jurisprudencia menor dos posiciones contrarias.

La primera es una línea jurisprudencial que, partiendo de una interpretación restrictiva del concepto de "agraviado" y de acreedor de la pensión como sujeto pasivo del tipo contenido en el artículo 227.1 CP, entiende que en los supuestos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad únicamente él ostenta legitimación activa para denunciar y proceder así a la persecución penal del delito de impago de pensiones, pudiendo actuar en su nombre y representación el progenitor solo durante su minoría de edad (SSAP Pontevedra 29 de junio de 2012, Murcia (3ª) de 22 de abril de 2010, Sevilla (4ª) de 22 de diciembre de 2009; Cantabria (1ª) de 11 de junio de 2009 o Las Palmas (4ª) de 7 de abril de 2008).

La segunda línea de interpretación del concepto de "agraviado", hace una lectura más amplia del mismo y una interpretación teleológica y sistemática del artículo 93 párrafo 2º del Código Civil que viene a sostener que la expresión "persona agraviada" contenida en el artículo 228 CP incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida (los hijos), como a cualquier otra persona perjudicada por el mismo, y especialmente, al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, quien también 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 el hijo mayor de edad como por el progenitor con el que convive (SSAP Barcelona (10ª) de 4 de junio de 2010, Madrid (6ª) de 9 de diciembre de 2011, (30ª) de 9 de octubre de 2018 (LA LEY 183980/2018), Zaragoza de 31 de enero de 2011, Córdoba (2ª) de 23 de marzo de 2010, Toledo (2ª) de 8 de enero de 2010 y Murcia (2ª) de 30 de diciembre de 2009)".

2.2. Como hemos dicho, no existe jurisprudencia expresa de esta Sala al respecto.

El artículo 228 del Código Penal dispone que *"Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal."*

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 proscribe 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».

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, 291/2020, de 16 (sic) de junio, en la que se afirma que no podemos desconocer que el artículo 3.1 CC establece que las normas se interpretarán según su espíritu y finalidad, y si atendemos a ello pronto se advierte que la exclusión de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad se refiere a los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia es la ruptura matrimonial la que determina que el progenitor obligado -en este caso el padre- no haga frente directamente a sus gastos de mantenimiento, lo que implica la necesidad de la pensión, sin necesidad de obligar a la hija a formular por sí una demanda de petición de alimentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 y ss. del Código Civil.

En consecuencia, entendemos que el término "persona agraviada", en una interpretación teleológica y amplia del término contenido en el artículo 228 CP, 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, y ello porque los mismos, tal y como ha reconocido de forma reiterada la Sala Civil del Tribunal Supremo, tienen un interés legítimo, jurídicamente digno de protección. Además, no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal.

3. La segunda cuestión que plantea el recurrente en el motivo consiste en *determinar si cabe la posibilidad de que el defecto pueda subsanarse por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor*. La posición prácticamente unánime de la Audiencias Provinciales reconoce la posibilidad de que el alimentista mayor de edad pueda convalidar en sede judicial la denuncia formulada por su progenitor. Es ejemplo de tal posición la SAP Tenerife (Sección 6ª), 78/2020, de 20 de marzo.

3.1 En cuanto a la cuestión que ahora se plantea, en relación al *requisito de perseguibilidad en los delitos semipúblicos, y su posibilidad de subsanación*, al respecto esta Sala (véase, en tal sentido, la STS de 19 de abril de 2000) ha entendido que, para entender satisfecha la exigencia de ese requisito de procedibilidad, basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, la personación en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado (SSTS 10.2.93, 19.10.94, 7.3.96).

*Esto es, la esencia del requisito de procedibilidad, en esos delitos denominados semipúblicos, radica en la concurrencia convergente del derecho con la intimidación y los derechos de la persona, que el Derecho Penal también ha de respetar y que entraña que, en atención a la naturaleza y características de estos delitos, se deje en manos del titular de los bienes jurídicos afectados la oportunidad de su persecución exigiendo que sea la persona perjudicada quien actúe la represión del hecho delictivo. Obviamente, cuando se trata de menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección, que, por sus propias circunstancias, no se encuentran en condiciones de formular denuncia, por la imposibilidad de realizar por ellos mismos la ponderación de los bienes en conflicto, el inicio de la represión debe ser realizado por el representante legal o el Ministerio Fiscal.*

En nuestra sentencia 567/2019, de 20 de noviembre, hemos dicho que "Las condiciones de procedibilidad son requisitos que el legislador ha exigido, en ocasiones, para actuar procesalmente contra un posible autor de un delito. Se trata de exigencias procesales dispuestas por el legislador para asegurar el respeto a la víctima, a su dignidad, y posibilidad que el sistema penal no agrave la condición de la víctima por la tramitación de un proceso en el cual se va a reconstruir el hecho, de una gravedad inusitada, y que con la reconstrucción del hecho puede verse agravada la condición de la víctima, pues puede ser considerada, en determinados ámbitos, como la causante de un mayor dolor. Son requisitos a partir de los cuales establece un filtro que permite condicionar el inicio del proceso a la voluntad de la víctima, constatando la existencia de intereses que pueden ser contrapuestos, la necesaria retribución al hecho delictivo y el conglomerado de intereses diversos que pueden concurrir y que correspondiera a la víctima que gestionar. No afectan al delito cometido sino a su persecución y es manifestación del protagonismo de la víctima y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación del *ius puniendi*. La víctima es colocada como llave del proceso penal para evitar que su incoación produzca mayores males a sumar a los derivados del hecho delictivo."

Por otra parte, ya en la sentencia 917/2016, de 2 diciembre, recordamos que el requisito de procedibilidad o de perseguibilidad, que permite calificar a estas infracciones penales como semipúblicas (o cuasipúblicas, como también las denomina la doctrina), son requisitos de la punibilidad en los cuales el legislador "sopesa los derechos e intereses de la persona ofendida o agraviada por el delito y los fines preventivos de la pena y del derecho penal, y permite que la iniciativa corresponda al individuo ofendido y no al Ministerio Fiscal cuando aquél estime que la tramitación del procedimiento supone un menoscabo de su dignidad personal que incrementa los perjuicios que ya de por sí le ocasionó la acción delictiva. Sin embargo, esa perseguibilidad privada es desplazada a manos de la acusación pública en el caso de que concurra un interés general relevante o cuando al afectar el delito

a una pluralidad de sujetos se pondere que el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquiere una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal".

3.2. En consecuencia, 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.*

4. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si la Sala de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, de lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (STS 628/2017, de 21 de septiembre, entre otras muchas).

4.1. En el relato fáctico se hace constar que *"Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas de Morrazo en fecha 13 de diciembre de 2003, en la que se establecía que abonará la cantidad mensual de 150 euros para su hijo mayor de edad, Alberto, actualizable anualmente mediante el índice de precios al consumo, en concepto de alimentos para subvenir las necesidades de su hijo, desde el 10 de octubre de 2008 y hasta la actualidad no ha abonado cantidad alguna a favor de su hijo en dicho concepto, teniendo capacidad económica para realizarlo.*

*Tal situación ha sido denunciada en fecha 30/12/2016 por Pilar (madre de Alberto), y ratificada por éste en sede judicial.*

*Antes de acudir a la vía penal por la denunciante se ha instado el abono de las pensiones alimenticias atrasadas en el procedimiento de Ejecución Forzosa de Familia núm. NUM001.*

*Alberto, mayor de edad, en cuanto nacido el día 00/00/00, está diagnosticado de retraso mental, coeficiente intelectual bajo, síndrome de Kallman, vulnerabilidad y fragilidad con necesidad de supervisión y cuidado por su entorno.*

*Consta que le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% desde el 11/08/2012 por resolución de la Xunta de Galicia de fecha 5 de julio de 2013 (folios 33-34 de los autos)."*

4.2. En el caso de autos, no consta expresamente en el relato fáctico que Alberto viviera independientemente de su madre -extremo al que el recurrente hace continúa alusión-, pero al margen

de ello, sí consta que ratificó la denuncia interpuesta por la misma, y lo que es de suma importancia en este caso, que Alberto tiene una *discapacidad necesitada de especial protección, extremo que sí obra en el relato de hechos probados, pues le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% y está diagnosticado de retraso mental, coeficiente intelectual bajo, síndrome de Kallman, vulnerabilidad y fragilidad con necesidad de supervisión y cuidado por su entorno.*

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)".

4.3. De los hechos probados que hemos transcrito se desprenden los elementos integrantes del tipo penal por el que viene condenado el recurrente, en cuanto al requisito de procedibilidad, cuya ausencia se denuncia, debemos partir de las conclusiones que ha alcanzado esta Sala al respecto, conforme a lo anteriormente expuesto, que en concreto son las siguientes:

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.

Por tanto, aunque Alberto *era mayor de edad en el momento de interposición de la denuncia, su madre se encontraba legitimada para presentar la misma por esa especial protección que necesita el alimentista*; además, cualquier duda al respecto quedó subsanada con la ratificación en autos de la denuncia presentada por Pilar, por parte de Alberto, por lo que el motivo no puede prosperar.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El motivo tercero se formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECRIM., al infringirse el artículo 227.1 del Código Penal, en relación con la doctrina del TS al respecto, concretada al en la STS, Sala Segunda, de 8 de Noviembre de 2005, nº 1301/2005.

Se queja el recurrente de que existe un error en la aplicación de las exigencias del tipo y demás circunstancias legales. La cuestión que surge y plantea es si el derecho penal, con su principio de intervención mínima, puede condenar a aquel progenitor que no solicitara formalmente la extinción de la pensión de alimentos de su hijo independientemente de las circunstancias del hijo, siendo este mayor de edad e independiente económicamente.

Alega al respecto que el art. 152 del Código Civil (LA LEY 1/1889), establece que cesa la obligación del abono cuando el alimentista tenga recursos propios, pueda ejercer un oficio, una profesión, o viva de manera independiente, es decir, la norma que la regula nos traslada que la obligación no se prolonga de manera indefinida, sino que es solo por el tiempo normalmente requerido para complementar su formación.

En el presente supuesto no podemos olvidar que estamos analizando un motivo por infracción de ley, por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona, ya que en este caso no se hace constar en el relato fáctico que el alimentista tenga o hubiera tenido trabajo remunerado, o que perciba ingresos de cualquier tipo.

Por tanto, el recurrente lleva a cabo un razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal construido apartándose del juicio histórico y, por ello, incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO.-** Procede imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim).

## **FALLO**

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por EMILIO, contra la sentencia de 16 de octubre de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la Apelación Procedimiento Abreviado 905/2019, dimanante del Procedimiento Abreviado 19/2019 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra.

2º) Imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.