

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063909

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia 98/2019, de 7 de marzo de 2019

Rec. n.º 215/2018

SUMARIO:

Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores. Inexistencia de error de prohibición. Confirmado la condena del Juzgado de lo Penal de Granada que consideró a una madre autora de dos delitos de sustracción de menores por los que la condenó a cinco años de prisión. La sentencia de la Audiencia, además, reduce de 30.000 euros a 12.000 euros la indemnización a su ex pareja por los daños morales ocasionados y confirma la retirada de la patria potestad durante seis años.

La madre se negó a devolver a sus hijos a su progenitor padre tras el periodo vacacional en que viajó con ellos desde Italia a España desoyendo las resoluciones y mandamientos judiciales que así se lo reclamaron. Esta conducta de la recurrente es delictiva, por una parte supone una desobediencia a la autoridad al incumplir sus resoluciones y por otra parte se infringe el derecho del menor a relacionarse con sus padres, a vivir en su ambiente, familiar, social, educativo, es decir a estar en su entorno, en lo que le es conocido.

Lo característico del delito de sustracción de menores, es el dolo consciente en la voluntad del autor, que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con el hijo. No es un delito de desobediencia stricto sensu, por lo que no es necesario ni requerimiento expreso y personal para el cumplimiento de la resolución judicial, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales de su incumplimiento. Aunque la mujer se llevara a sus dos hijos a la vez, se trata de dos delitos de sustracción de menores, y no de un solo delito como planteaba alternativamente la defensa de la acusada, ya que los sujetos pasivos de la acción son dos. En cuanto al argumento utilizado por la defensa de que la acusada llevó a cabo la acción no por dolo sino por imprudencia, dado que carecía de conocimientos legales y actuó en base al asesoramiento recibido de otras personas, la Audiencia considera que tal alegación exculpatoria no puede tener éxito, pues, "aunque así hubiese sido, ello no puede servirle de coartada ya la madre conocía la resolución dictada por el Tribunal Italiano, la del Juzgado de Granada, siendo además requerida por el Juzgado de 1ª Instancia para la devolución de los menores en varias ocasiones, por lo que no podía llamarse a engaño sobre lo ilegal de su conducta.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 5, 21.5, 77, 109 y 225.bis.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 741.

PONENTE:*Doña Rosa María Ginel Pretel.*

Magistrados:

Don JESUS FLORES DOMINGUEZ
Don ROSA MARIA GINEL PRETEL
Don MARIA DE LAS MARAVILLAS BARRALES LEON
Don MARIO VICENTE ALONSO ALONSO
Don JESUS LUCENA GONZALEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL

(Sección 1ª)



GRANADA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 215/2.018.-

PROCED. ABREVIADO Nº 197/17 de Instrucción nº 2 de Granada.-

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 de Granada (J.O. 71/18).-

Ponente: Ilma. Sra. ROSA MARIA GINEL PRETEL.

NIG: 1808743P20170022930.

La sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. relacionados al margen, han pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente:

-SENTENCIA Nº 98-

ILTMOS. SRES:

D. JESÚS FLORES DOMÍNGUEZ

Dª ROSA MARIA GINEL PRETEL

Dª Mª MARAVILLAS BARRALES LEON

D. MARIO ALONSO ALONSO

D. JESÚS LUCENA GONZÁLEZ

En la ciudad de Granada a 7 marzo de dos mil diecinueve.

Examinado, deliberado y votado en grado de apelación por la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial, sin necesidad de celebración de vista, las diligencias de procedimiento Abreviado nº 197/17 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada, y fallado por el juzgado de lo Penal nº 1 de Granada, Juicio Oral nº 71/18, por delitos de sustracción de menores, siendo partes, como apelante Matilde representada por la Procuradora Dña. Mª Encarnación de Miras López y defendida por la Letrada Dña. Mª Teresa Pozo Ortega; y como apelados Everardo representado por la Procuradora Dña. Paula Aranda López y asistido del Letrado D. Enrique Fabián Zambrano Cañizares y el Ministerio Fiscal, actuando como ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSA MARIA GINEL PRETEL, que expresa el parecer de esta Sala.

-ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada se dictó sentencia con fecha 18 de Julio de 2.018, en la cual se declaran probados los siguientes hechos: "Que Matilde, mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo unida sentimentalmente a Everardo y de esa unión nacieron los menores Porfirio y Samuel los días NUM000 de 2006 y NUM001 de 2014, respectivamente.

Tras haber residido en España, donde la pareja estuvo temporalmente separada en 2009 en que Everardo resultó condenado por un delito de malos tratos, decidieron reconciliarse y en 2012 se marcharon a Italia donde de común acuerdo fijaron la residencia familiar en DIRECCION000, y en esta localidad los menores fueron escolarizados y quedaron registrados como residentes.

El 18 de mayo de 2016 Matilde se trasladó a Granada con los dos menores manifestando que lo hacía para visitar a la familia y mostrando intención de volver nuevamente en un mes a la residencia familiar.

Llegada la fecha de la vuelta, no lo hizo y el 12 de julio de 2016 interpuso denuncia por malos tratos contra Everardo en el Juzgado de Violencia 2 de Granada, manifestando antes a este que se hallaba enferma y no iba a volver en la fecha prevista, cuando en realidad había adoptado la decisión de no retornar con los dos hijos a DIRECCION000 y mantenerlos con ella en Granada. Esta decisión se la hizo llegar a él el día 2 de agosto de 2016 cuando expresamente le manifestó su negativa a volver a Italia con los niños a los que escolarizó en el curso escolar 2016/17 en el CEIP DIRECCION001 y DIRECCION002 de DIRECCION003. Por estas fechas la acusada, remite dos correos electrónicos a Everardo el 16 de agosto y el 30 de agosto de 2016, en los que le manifiesta que llame a los niños cuando quiera y los puede ver en Granada.

En esa situación Everardo, promovió y obtuvo, ante el Tribunal de DIRECCION004, la guarda y custodia provisional de los dos menores el 23 de junio de 2017; y promovió procedimiento de devolución de menores ante el Ministerio de Justicia de Italia, invocando el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y el Estado italiano lo remitió al Ministerio de Justicia español, y este, al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada, que en fecha 14 de diciembre de 2016, dictó sentencia en la que acordó la inmediata restitución de los menores Porfirio y Samuel a Italia como Estado de residencia habitual de los dos.

La sentencia fue apelada y el 21 de abril de 2017 la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, desestimó el recurso de apelación y mantuvo la misma resolución que había adoptado el Juzgado de Primera Instancia número 3.

El 11 de julio de 2017 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada dictó auto de ejecución forzosa, pues la acusada no había cumplido el fallo de la sentencia antedicha, y la requirió al inmediato cumplimiento del mismo, confiriéndole un plazo de tres días para que entregase a los menores.

Desatendido el anterior requerimiento el mismo juzgado dictó resolución el 24 de julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16, 30 horas en el punto de Encuentro Familiar ubicado en la CALLE000 número NUM002 de esta ciudad, desplazándose hasta el mismo el padre de los niños, junto a la autoridad consular de Italia y una dotación policial, sin que la acusada se presentara ni diera explicación sobre su inasistencia.

A la vez, la acusada toma parte en una campaña mediática, con rueda de prensa incluida, al frente de la cual, aparece una tal Agustina, quién adoptó la función de portavoz y asesora legal de Matilde, llegando a manifestar el 25 de julio que los menores no habían sido entregados, al mismo tiempo que ese día Matilde también concede una entrevista a la cadena SER donde expone su oposición a la entrega.

Esa negativa a atender el requerimiento de 24 de julio, fue apoyada con una petición de nulidad de las actuaciones de ejecución llevadas a cabo por el juzgado de Primera Instancia 3, pero el 9 de agosto de 2017, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el incidente y volvió a recordar a la acusada la obligación que pesaba sobre ella de restituir inmediatamente a los menores.

En estas circunstancias, el 26 de julio de 2017, Matilde decide ocultarse en compañía de los dos menores en lugar desconocido para todas las autoridades y agentes intervinientes, quienes trataron de localizarlos en diversos domicilios de familiares y allegados, sin conseguirlo, motivando que Everardo interpusiera denuncia por desaparición de los niños. El Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada, que tramitó la causa, ordenó nuevamente la inmediata entrega de los dos, que finalmente tuvo lugar el 28 de agosto de 2017, cuando la acusada compareció asistida de ellos a la Comandancia de la Guardia Civil de Granada, donde los menores fueron entregados a Everardo, bajo llantos al principio por no querer separarse de la madre, si bien estos cesaron cuando empezaron a tomar contacto con el padre.

Salvo el episodio de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado ningún otro posterior, ni en Porfirio, el mayor de los dos hijos, se han detectado desajustes psicológicos relacionados con malos tratos contra él o por haberlos presenciado hacia la persona de la madre, ni se ha apreciado que la restitución al contexto paterno, suponga un grave peligro para su integridad física o síquica."

Segundo.

La parte dispositiva de dicha resolución expresa textualmente: "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Matilde como autora de dos delitos de sustracción de menores, a dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Porfirio y Samuel, a que indemnice a Everardo en treinta mil euros euros y al pago de las costas incluidas las de la acusación.

Abónese al/os penado/os, para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo de privación de libertad o de otros derechos en esta causa, de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades."

**Tercero.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Matilde interesando su absolución y alegando para ello error en la valoración de la prueba, infracción de ley, art 225 bis 2, 1º y 2 del Código Penal, y subsidiariamente interesa que se estime que solo procede condena por un delito, o se aplique el art 77 del CP, y se aplique la circunstancia atenuante del art 21.5 del CP y finalmente impugna la indemnización concedida en la sentencia por no ser procedente.

Cuarto.

Presentado ante el Juzgado "a quo" el referido escrito de apelación se dio traslado a las demás partes por un plazo común de diez días, conforme al Art. 790-5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impugnado el mismo el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Fueron remitidos los autos a esta Audiencia provincial, habiéndose señalado para su deliberación, votación y fallo, al no estimarse necesaria la celebración de vista.

Quinto.

Se acepta la relación de hechos probados que contiene la sentencia apelada y que quedó antes transcrita.

Sexto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

-FUNDAMENTOS JURÍDICOS-**Primero.**

La sentencia recurrida condena a Matilde como autora de dos delitos de sustracción de menores. Frente a dicha sentencia se alza la condenada interesando su absolución, alegando para ello error en la valoración de la prueba, infracción de ley: art 225 bis 2, 1º y 2 del Código Penal, y subsidiariamente interesa que se estime que solo procede condena por un delito, o se aplique el art 77 del CP, y se aplique la circunstancia atenuante del art 21.5 del CP y finalmente impugna la indemnización concedida en la sentencia por no ser procedente.

En primer lugar alega la recurrente error de hecho en la apreciación de la prueba. Ha de señalarse que la valoración probatoria es una labor por la que se resuelve la utilidad concreta que debe atribuirse a cada medio de prueba a la obtención de la certeza, lo que comporta una decisión sobre la credibilidad de los intervinientes. Esa labor corresponde, en primer lugar, al órgano judicial de instancia a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 LECrim. Las pruebas a valorar son las practicadas en juicio oral, en debate oral y contradictorio, como marca la ley y la jurisprudencia, y es el juez a quo, el que por su apreciación directa y personal de la actividad probatoria, está en mejores condiciones para obtener una valoración objetiva y crítica del hecho enjuiciado, sin que sea lícito sustituir su criterio por el legítimamente interesado y subjetivo de la parte, sin un serio y claro fundamento. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de las pruebas, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia (S.T.S. de 11-2-94), que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del Fallo. (S.T.S. de 5-2-1994). En este mismo sentido la Sentencia Tribunal Supremo núm. 908/2003, de 16 junio. Y en el caso que nos ocupa, examinadas detenidamente las pruebas practicadas no apreciamos que el juez a quo haya errado en dicha valoración, por lo que se vera.

Manifiesta que el juez a quo en la valoración que hace de las pruebas personales incurre en vicios o deficiencias y no valora ni pondera debidamente diversas pruebas documentales para acreditar que si que existía causa justificada para la sustracción, y alude al procedimiento 289/2009, y a la denuncia que la misma interpone el día 12 de Julio de 2.016 ante la guardia civil de DIRECCION003, y vuelve a insistir en que aun sin haberse tramitado la denuncia por violencia de genero si que existe causa justificativa de su salida de la isla de DIRECCION005 y su vuelta a España con sus hijos, alude también a la validez como prueba de cargo de la declaración de la víctima, en este caso ella como víctima de violencia de género, a los informes que la misma presenta de los servicios de atención a las víctimas de violencia de género, y sus hijos, a los correos que le envía el Sr. Everardo, en definitiva, desvía la

atención del delito investigado y por el que viene condenada, olvidando que el Sr. Everardo, por más que ella lo presente como maltratador, no ha sido condenado por ello, pues la sentencia del año 2.009 fue cumplida y sus antecedentes penales han debido de ser cancelados. Además, después de estos hechos, habiéndosele concedido la guardia y custodia del hijo que en esos entonces tenían, a ella, y, teniendo establecido un régimen de visitas en favor del Sr. Everardo, en el año 2012 le entrega el niño al padre para que esté con él en Italia todo el periodo vacacional, y ella viaja a Camboya como consta al folio 2.059 en un email que le envía al niño. Y después reanuda la convivencia con Everardo, marcha a Italia y conciben el segundo hijo, en una convivencia ininterrumpida desde al menos el año 2.013 hasta que ella viaja de vacaciones a España en Mayo de 2.016 a ver a la familia y con pasaje de vuelta a Italia en el mes de Junio de 2.016.

Alude la recurrente a que intentó acreditar que existía la causa justificada a que alude el art. 225 Bis del CP y no se le permitió, denegándole diligencias de investigación. Olvida la recurrente que, al sacar la misma los niños de su lugar de residencia habitual, sin consentimiento del padre, o mejor dicho, se los trajo el 18 de Mayo de 2.016, con su consentimiento pero por un periodo de tiempo determinado, vacaciones, y transcurrido este tiempo, tenía que regresar el 27 de Junio de 2.016, decidió no volver, luego ya los niños estaban en España sin consentimiento del padre. El padre, Everardo acude a la Autoridad Central Italiana para la aplicación del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, suscrito tanto por Italia como por España, y esta autoridad interesa del Ministerio de Justicia Español que se ejerza ante Tribunales de Justicia la correspondiente solicitud de devolución de los menores Porfirio y Samuel, por ello el Abogado del Estado español presenta ante los juzgados de primera Instancia de Granada demanda de devolución de los menores. Dicha demanda es turnada al juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada que incoa procedimiento de restitución o retorno de sustracción internacional de menores con el nº 1.442/16. Se tramita el procedimiento y la juez a quo dicta sentencia con fecha 14 de Diciembre de 2.016 en aplicación de lo dispuesto en el referido Convenio, y valorando que no concurren las excepciones a la restitución de los menores al momento anterior a la actuación ilícita, acuerda la inmediata restitución de los menores al estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en este caso a Italia. Estas excepciones a la devolución son: 1) que quede demostrado que el menor este integrado en su nuevo medio cuando el procedimiento se inició después de la expiración del plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita; y que no es de aplicación en el caso que nos ocupa pues el procedimiento se inicia antes del transcurso del año, y 2) que exista un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga a los menores en una situación intolerable. En este procedimiento es donde Matilde debía acreditar que concurre ese peligro físico o psíquico para los menores, y no quedó acreditado el mismo, pues tras la exploración realizada al menor Porfirio por el equipo técnico del Juzgado de Familia, la pericial psicológica, se concluye que la restitución del menor al contexto paterno no supone grave peligro para la integridad física o psíquica del menor, y aclara que al otro menor no lo exploraron debido a su corta edad (el niño nació en 2.014). Esta sentencia la recurrió Matilde en apelación, y la Audiencia Provincial, sección V, dicta sentencia con fecha 21 de Abril de 2.017 desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia dictada en instancia.

Como Matilde no cumple la sentencia, el Sr. Everardo a través de su representación procesal presenta demanda de ejecución de sentencia siendo el título ejecutivo la sentencia firme y confirmada por la Itma. AP. Se dicta auto despachando ejecución con fecha 11 de Julio de 2.017, acordando requerir a Matilde a través de su representación procesal para que en el plazo de tres días dé cumplimiento a las medidas acordadas en la sentencia dictada en los autos nº 1.442/16 y restituya a los menores Porfirio y Samuel al estado de residencia habitual, Italia.

Igualmente consta al folio 729 y ss Resolución de la Sala Civil de la Corte (Tribunal) de DIRECCION004, en italiano, de fecha 23 de Junio de 2.017 que otorga, con carácter provisional, la custodia de los menores al padre con residencia en el hogar paterno, (DIRECCION000, Italia), si bien la madre tiene el derecho-deber de vigilar la educación y formación de los hijos y puede verlos previo acuerdo con el padre, señalando la continuación de la audiencia con comparecencia de las partes ante el juez el 31 de Octubre de 2.017.-

Incumplida por Matilde la resolución de 11 de Julio de 2.017, la magistrada de 1ª Instancia nº 3 en el procedimiento de ejecución forzosa 842/17 dicta, con fecha 24 de Julio de 2.017, providencia ordenando que los menores sean entregados el día 26 de Julio a las 16'30 horas en el Punto de Encuentro Familiar sito en al CALLE000 NUM002, NUM003, de Granada, y si la madre lo obstaculizare, sea auxiliado por la fuerza publica el Sr. Everardo.-

El 28 de Julio de 2.017 la Magistrada acuerda remitir testimonio de lo actuado al juzgado decano de Instrucción de esta ciudad por si la retención de los menores incumpliendo el deber establecido por las resoluciones judiciales recaídas en las presentes actuaciones pudieran ser constitutivas de delito.-

Estos son datos objetivos, documentos públicos que obran en la causa.-

La recurrente replantea una controversia ya resuelta, pues al quedarse sin argumentos insiste una y otra vez en lo mismo, el maltrato y la necesidad de proteger a sus hijos. Eso ya se vio en el procedimiento civil y se

resolvió, no quedando justificada la existencia de peligro para los menores. Y en esta causa se decide exclusivamente sobre la no entrega de los menores pese a las resoluciones que así lo establecen, reteniendo a los menores, ocultos, sin que se supiera de su paradero. Esta conducta de la recurrente es delictiva, por una parte supone una desobediencia a la autoridad al incumplir sus resoluciones y por otra parte se infringe el derecho del menor a relacionarse con sus padres, a vivir en su ambiente, familiar, social, educativo, es decir a estar en su entorno, en lo que le es conocido, siendo éste el bien jurídico que prima y por ello se recoge como delito independiente dentro del título de los delitos contra las relaciones familiares, en el capítulo de los derechos y deberes familiares pero en sección independiente. El sujeto pasivo del delito es el menor, y qué duda cabe que el progenitor que se ve privado de la convivencia con el menor es también sujeto pasivo del delito pues las resoluciones judiciales que la misma incumple establecen que debe entregar a los niños al padre para que regresen a su residencia habitual que la tenían en Italia, en DIRECCION000.-

No se niega que la causa justificada a la que se refiere el art. 225 bis 1 del CP puede alegarse y probarse en el proceso penal. Mas en este caso lo que se ha pretendido no ha sido demostrar la existencia de algún tipo de estado de necesidad que justificase la conducta de la Sra. Matilde. Lo que ha pretendido, en definitiva, ha sido utilizar la jurisdicción penal para revisar y dejar sin efecto lo resuelto en vía civil, sin que aparezca ningún hecho nuevo que no hubiese sido examinado ya respetando los principios de audiencia y contradicción que garantizan lo justo de las resoluciones judiciales. Y sencillamente, no es esa su función.-

El motivo ha de ser desestimado.-

Segundo.

En segundo lugar alega infracción de norma art. 225 bis 1 y 2 del CP. Dicho precepto establece que: 1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3.º. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

Lo característico de este delito es el dolo consciente en la voluntad del autor, que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con el hijo. No es un delito de desobediencia stricto sensu, por lo que no es necesario ni requerimiento expreso y personal para el cumplimiento de la resolución judicial, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales de su incumplimiento.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2016 enfocando esta cuestión indica que es "una figura delictiva en que no se requiere un especial ánimo, como elemento subjetivo del injusto adicional". El TC en sentencia de 2 de diciembre del 2013, identifica el dolo con "la voluntariedad de retención del menor", sin efectuar mención alguna al elemento de permanencia. Así sigue diciendo esta sentencia "Ahora bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del "deber" a que se refiere el tipo penal".-

Sujeto activo del delito es uno de los progenitores y sujeto pasivo el hijo menor, así como el otro progenitor, en cuanto titulares del bien jurídico lesionado por la conducta típica, como señala la doctrina: "en este caso el menor de edad que es sustraído ... quien se ve privado de su derecho a mantener relaciones personales con sus dos padres.-

Cumpléndose todos y cada uno de los elementos que tipifican este delito en ninguna infracción ha incurrido el juez a quo al aplicarlo, ni hay motivo legal para interpretar el precepto de forma diferente a como está previsto en el Código Penal.-

El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del art. 225 bis del Cp es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar

en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia y de ahí la ubicación del precepto en la Sección 2ª bajo el Capítulo III "De los delitos contra los derechos y deberes familiares", del Título XII "Delitos contra las relaciones familiares". Constituye dicho precepto, que castiga la conducta de sustracción o de negativa de restituir a un menor por parte de un progenitor, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor, una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico (así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre). Es un delito autónomo y es de observar que el art. 225 bis 2.1º ni siquiera exige expresamente el incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial, que si exige el 225 bis 2.2º Cp. y no es preciso requerimiento expreso al no ser un delito de desobediencia strictu sensu, bastando con que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de la resolución judicial y efectúe la conducta típica, conocimiento reconocido por la acusada, hoy recurrente.

La modalidad delictiva en la que incurre Matilde es la consistente en la retención de los menores incumpliendo el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Se refiere aquí a la no devolución de los menores a su lugar de residencia habitual, y dada la gravedad de las penas debe de resultar acreditada la finalidad de alterar de forma permanente el régimen de custodia legalmente establecido. Matilde dejó clara su intención de asentarse en España con los niños, así se lo comunico a Everardo, y tras desobedecer las resoluciones judiciales que establecían la obligación que tenía de entregar a los niños al padre, finalmente los mantuvo escondidos, en paradero desconocido.-

Ciertamente cuando Matilde se traslada a Granada el 18 de Mayo de 2.016 no comete el delito previsto en el art. 225 bis 2.1º del C, pues en tal momento Matilde también era custodia de los menores, quienes convivían habitualmente con ambos progenitores, siendo así que sujeto activo de este delito es el padre o madre no custodio. Los delitos los comete Matilde cuando, obtenida por Everardo, ante el Tribunal de DIRECCION004, la guarda y custodia provisional de los menores el 23 de Junio de 2.017, los retiene en paradero desconocido incumpliendo gravemente aquella resolución judicial, pues tal conducta se incardina dentro del art. 225 bis.2.2º. Ahora bien, siendo ello así, no tiene trascendencia práctica, pues la Sra. Matilde fue condenada por dos delitos de sustracción de menores, que fue los que cometió.

Tercero.

Alega que se ha infringido lo dispuesto en el art. 5 del CP que establece que no hay pena sin dolo o imprudencia. Que como este delito solo se puede cometer por dolo y ella no incurrió en dolo sino que lo ha cometido por imprudencia, debe de ser absuelta.

En relación al ámbito del error de prohibición tiene declarado nuestro TS que no cabe extenderlo a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Así se pronuncia entre otras la Sentencia 835/2012, de 31 de octubre. Y en la Sentencia de esta Sala 237/2007, de 21 de marzo, se expresa que el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS nº 1171/1997, de 29 de septiembre, y STS nº 302/2003)."

Manifiesta que su conducta no incurre en dolo ya que la misma, carente de conocimientos legales adecuados actuaba en base al asesoramiento recibido. Tal alegación exculpatoria no puede tener éxito. Aunque así hubiese sido, extremo que desconocemos pues no sabemos lo que sus asesores le aconsejaron, ello no puede servirle de coartada pues Matilde conocía la resolución dictada por el Tribunal de DIRECCION004, la del Juzgado de 1ª Instancia número tres de Granada, la de 21 de Abril de 2.017 de la sección quinta de esta Audiencia Provincial, siendo además requerida por el Juzgado de 1ª Instancia número tres de Granada para la devolución de los menores el 11 de Julio de 2.017 y, nuevamente el 24 de Julio siguiente, por lo que no podía llamarse a engaño sobre lo ilegal de su conducta. Precisamente abordando este tema nuestro TS en sentencia 870/2015, de 19 de Enero, analizando un delito de sustracción de menores cometido por un padre señala textualmente " el motivo tercero se refiere a la inaplicación del error de prohibición invencible en favor del acusado. La falta de conciencia de la antijuridicidad de la acción, en este caso consistente en la retención de los menores durante el periodo referido, que aduce el recurrente,

no es sostenible, conclusión a la que razonadamente llega también la Audiencia Provincial cuando analiza la cuestión en la segunda parte del fundamento de derecho segundo. En primer lugar, porque el convenio fue propuesto por ambas partes interesadas en el mismo, especificando incluso el sistema rotatorio y su ejecución, y así venía sucediendo desde el mes de Enero anterior. En segundo lugar, porque como señala la Audiencia pretender la cobertura del consejo del Letrado tampoco es exacto en sus propios términos tal como resulta de la manifestación como testigo del mismo en el juicio en relación con la llamada que recibió el acusado desde el Juzgado, que el mismo día 1 de Agosto dictó auto acordando que aquél trasladara a los menores al domicilio de la madre, siendo requerido "para dicha entrega por parte de la Secretaria Judicial, si bien se negó a ello, según consta en la diligencia de constancia realizada por la Secretaria Judicial", cuyo contenido literal figura en el hecho probado. Por todo ello reiteramos que es insostenible la pretensión del recurrente sobre la concurrencia del error de prohibición alegado."

Cuarto.

Alega la recurrente que, en todo caso nos encontraríamos ante un único delito, no dos delitos, y, con carácter subsidiario, pretende que se aplique el art 77 del CP. Este precepto establece una regla penológica distinta a la prevista en los artículos anteriores: cuando un solo hecho constituya dos o mas delitos o uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro se aplicara en su mitad superior la pena prevista para la infracción mas grave sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Entendemos que no existe concurso ideal de delitos en la conducta de la recurrente.

Si bien el hecho delictivo es el mismo y ataca el mismo precepto penal siendo su conducta homogénea, el sujeto pasivo es distinto, cada hijo es sujeto pasivo del delito individualmente. Así, se entiende por la doctrina y la jurisprudencia que hay unidad de acción cuando se realiza una sola acción (por ejemp. arrojar una bomba explosiva matando a varias personas), pero si todos los resultados lesivos son directamente queridos por el sujeto agente, responderá de tantos hechos delictivos como resultados causados en relación de concurso real (STS nº 187/98 y nº 861/97 entre otras).

Por ello está reconocido que hay pluralidad de acciones cuando hay intención de producir una pluralidad de resultados aunque la acción sea única.

Cuando el sujeto realiza una sola acción pero con el propósito de producir varios resultados delictivos, no hay concurso ideal sino real, porque hay una acción con intención plural, que es equivalente a una pluralidad de acciones. (STS 1672/99 de 24 de Noviembre.)

La jurisprudencia de nuestro TS tiene establecido que el concurso ideal presupone la existencia de una unidad de acción que puede ser subsumida bajo mas de un tipo penal en sentido objetivo y se produce no solo en el caso de que el acto único produce un único resultado pero con varias violaciones jurídicas sino también en el caso de que un mismo acto produzca varios resultados ya homogéneos, ya heterogéneos. (Ver STS 544/16 de 21 de Junio entre otras). Y los requisitos exigidos para afirmar que hay unidad de acción son: (ver STS 213/2008 de 5 de Mayo o la STS 889/2014 de 30 de diciembre que recuerda la de 25-6- 1983). a) desde el punto de vista subjetivo que concorra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno u otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única; y c) desde la óptica normativa que se de la identificación en la tipología delictiva (STS 363/16 de 27 de Abril.)

Pero, como dice la STS de 11-2-1998 "si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cual es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si este pretende con su acción alcanzar la totalidad de los resultados producidos- es decir, actúa con dolo directo- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real." En el mismo sentido la STS de 29 de Mayo de 2.003, o la de 29 de Enero de 2.015, entre otras. Y el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS de 20 de Enero de 2.015 en el que se planteaba la cuestión relativa a la concurrencia real de una pluralidad de resultados realizados por la única acción en los supuestos de dolo eventual. Y se acordó que "Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP)." Este acuerdo, como refiere la STS de 20-1-2015, se refiere a los supuestos en los que concurre una unidad de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en

la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos, haciendo especial salvedad de las reglas específicas de concurrencia como la del art 382 del CP. En estos supuestos el criterio acordado resuelve la concurrencia bajo las reglas del concurso real, así los art. 73 y 76 establecen que se impondrán las penas correspondientes a tantos delitos como hechos cometidos."

Así pues en el caso que nos ocupa aunque la acción típica es la misma y es el mismo sujeto activo, hay dos resultados lesivos pues son dos los sujetos pasivos ya que son dos hijos.

Este delito que es pluriofensivo puesto que participa de las detenciones ilegales de la desobediencia a la autoridad, del deber de custodia y de la paz y seguridad familiar, se atacan bienes eminentemente personales, y es un delito de resultado. Y al respecto el TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones estableciendo que cuando se ataca la libertad habrá tantos delitos como personas afectadas, (STS de 29-5-2003). A mayor abundamiento la sección en la que se encuentra este precepto, de la sustracción de menores, comprende solo este artículo, y este precepto castiga al progenitor que sin causa justificada sustraer a su hijo menor, en singular, dando también a entender que por cada hijo que se sustraiga se comete un delito, mientras que el art. 226 y 227 hacen referencia a hijos en plural y por tanto pudiendo afectar a varios sujetos pasivos se comete una sola infracción penal. Y la acción típica también la expresa en singular "el traslado de un menor o la retención de un menor".

El tipo penal, refiere la comisión de un delito por un sujeto activo en relación a un sujeto pasivo. Por todo ello estimamos que la recurrente cometió dos delitos de sustracción de menores pues son dos los hijos menores de edad, a los que privó de la relación paterno-filial incumpliendo las resoluciones judiciales que le obligaban a su entrega al padre que detentaba por disposición judicial la custodia de los mismos.

Quinto.

Solicita la recurrente que se le aplique la circunstancia atenuante del art 21.5 del CP. de reparación del daño. Porque entiende que siendo ella la única que sabía donde estaban los niños o que tenía la potestad jurídica para ordenar su desplazamiento los entregó voluntariamente y ello constituye una reparación del daño.

Esta alegación no la había planteado antes, ni en el trámite de calificación provisional ni en trámite de calificación definitiva. Es una alegación ex novo sobre la que no ha tenido oportunidad de pronunciarse el juez a quo. La apelación, como señala la doctrina científica, es un recurso ordinario y devolutivo en virtud del cual se trae la cuestión objeto de la resolución impugnada, al pleno conocimiento de un Juez superior a aquel que la dictó. Así, el objeto de la apelación no puede ser otro que el combatir una resolución judicial que se estima no ajustada a derecho, y si tal es su finalidad resulta obvio que en el recurso no se podrán introducir cuestiones distintas de las planteadas inicialmente por el litigante que lo articula; es decir, que si el Juez a quo resuelve sobre una pretensión concreta formulada por la parte, ésta no puede excederse ante el Juez ad quem variando el contenido de esa pretensión inicial e introduciendo cuestiones nuevas pues con ello se va mas allá de las planteadas y resueltas en primera instancia. La invocación de una cuestión jurídica no articulada en la instancia opera a modo de lo que la doctrina del tribunal Supremo conoce como "planteamiento sorpresivo", en la STS de 8 de junio de 2001, se establece que: "es doctrina reiterada de esta Sala que no son admisibles planteamientos sorpresivos, en una especie de casación "per saltum", que producen indefensión a las acusaciones al privarles de la posibilidad de objetarlas y rebatirlas y al órgano jurisdiccional de analizarlos y resolverlos en la instancia (SS 23 de febrero y 21 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1997, 2 de febrero de 1999 y 26 de enero y 30 de junio de 2000). Esta alegación por ello, es extemporánea.

No obstante, sí que podemos decir que nos resulta sorprendente tal alegación después de la conducta obstativa desplegada por la recurrente, que incluso estando detenida no entregó a los niños ni dio explicación de su paradero y que cuando ya los entregó, es porque el cerco policial se le iba estrechando. Y además, de haber resultado debidamente interesada en la instancia, no sería aplicable. Aunque aceptemos un concepto amplio de reparación, al menos ha de concurrir un acto reparatorio que pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido (cfr. STS 50/2008, de 29 de Enero) para que la atenuante pueda ser apreciada. La entrega, finalmente, de los niños no es tal. El delito que nos ocupa es de los llamados permanentes, que se caracterizan porque con su consumación se crea una situación jurídica duradera, que en este caso consistía en impedir las relaciones entre los menores y el progenitor custodio. Poner fin a esa situación no significa otra cosa que poner fin a la conducta delictiva, no reparar el daño causado ni disminuir sus efectos. Ni siquiera hay por parte de Matilde un reconocimiento de haber actuado arbitrariamente que, de algún modo, implique una reparación simbólica.

Sexto.

En último lugar ataca el pronunciamiento civil de la sentencia, alegando que los gastos de viaje ya los reclamó en el marco de los autos 1.442/2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 en el incidente de liquidación NUM004, y porque el Sr. Everardo pudo venir a España a ver a sus hijos, y las vicisitudes de la denuncia por ella interpuesta el 12 de Julio de 2.016.

Olvida la recurrente que el daño nace del delito, (art 109 del CP) y los delitos se cometen desde el momento en que, sabiendo ya que la guarda y custodia provisional de los menores le ha sido atribuida al Sr. Everardo, se niega a restituirlos al progenitor custodio.

Por otra parte, también hemos de decir que la cuantificación del daño corresponde al tribunal de instancia, cuyo criterio ha de ser respetado, salvo arbitrariedad o ausencia total de motivación (STS 530/16 de 16 de Junio entre otras). Y no puede calcularse sobre la base de criterios predeterminados mas o menos precisos como los que corresponden a los daños materiales, en los que existen una serie de puntos de vista referidos a los gastos de reparación, de reposición, a los intereses y el lucro cesante entre otros. El daño moral, por el contrario, solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación por la ofensa delictiva. Por tanto, en cuanto en tribunal no se haya apartado de una manera manifiesta de tal criterio, su decisión no es revisable en casación ... STS 12 y 28 de Abril de 1.995.

En tal sentido no cabe duda de que durante el lapso de tiempo que transcurre entre finales de 2.016 y 28 de Agosto de 2.017 provoca una situación de angustia en el Sr. Everardo, que desconoce si los niños le van a ser reintegrados y, eventualmente, cuándo. Angustia que se agrava ante su desaparición, desaparición que se prolonga hasta el citado 28 de Agosto. Ése y no otro es el daño moral que debe indemnizarse. En la sentencia apelada se justifica la cantidad otorgada más que en lo que acabamos de decir en la lesión que, a su derecho al honor, supuso la campaña mediática promovida por la Sra. Matilde, a la que se califica de escarnecedora. Sin embargo, esa justificación no tiene respaldo en el relato de hechos probados de la sentencia apelada en el que, únicamente, se hace referencia a una campaña mediática con rueda de prensa incluida, en la que un tercero, que hace de portavoz, manifiesta que los menores no han sido entregados, sin añadir hechos consistentes en acciones o expresiones que supongan lesión a la dignidad del Sr. Everardo. Lo que, además, es correcto jurídicamente, pues tales agravios no dimanarían de la comisión del delito, que se ciñe a la retención de los menores, sino que su fuente sería otra: verter acusaciones no probadas sobre el Sr. Everardo para justificar la conducta de la Sra. Matilde. Si el Sr. Everardo considera que ello ha supuesto una lesión a sus derechos al honor y a la dignidad habrá de efectuar la correspondiente reclamación en la vía adecuada. Con arreglo a ello la Sala estima que la cuantía total de la indemnización debe de ser reducida a doce mil euros.

Séptimo.

Por todo lo dicho procede estimar parcialmente el recurso interpuesto, declarando de oficio de las costas procesales de esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Matilde contra la sentencia de 28 de Julio de 2.018, pronunciada por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Penal nº 1 de Granada en los autos de Juicio Oral nº 71/18, debemos de revocar y revocamos la misma en el solo sentido de fijar como cantidad a indemnizar a Everardo por daño moral la de doce mil euros, manteniendo íntegros los demás pronunciamientos de la resolución recurrida, declarando de oficio las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los términos previstos en el art 792.4 Lecrim.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.