

En Ourense, 2 de diciembre de 2.016.

Vistos por D<sup>a</sup> Susana Pazos Méndez, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Ourense, los presentes autos de procedimiento abreviado nº 387/2015 dimanantes de las Diligencias Previas nº 1759/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Ourense, seguidos por delito de sustracción de menores y desobediencia grave, en los que es acusada D<sup>a</sup> M.G.M., con DNI nº xxx, nacida en Ourense, el 27 de junio de 1.973, hija de José Manuel y María Mercedes, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Sonia Ogando Vázquez y asistida del letrado D. J.M.G.S., y en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal y la acusación particular constituida por D. C.M.F., representado por el Procurador D. Camilo Enríquez Naharro y asistido de la letrada Sra. Fanjul Fanjul, se procede a dictar la siguiente sentencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Dio lugar a la formación de la causa el atestado nº 2971/13 de la Policía Nacional de Ourense, atestado incoado a raíz de la denuncia presentada con fecha 30 de marzo de 2.013, por D. C.M.F. contra D<sup>a</sup> M.G.M. y que motivó la práctica por el juzgado instructor correspondiente de cuantas actuaciones consideró necesarias para la determinación del procedimiento aplicable y preparación del juicio oral, así como en orden a la averiguación y constancia de la perpetración del hecho punible, circunstancias en el mismo concurrentes y culpabilidad de los presuntos partícipes. Recibidas las actuaciones por este órgano

judicial, mediante auto se admitieron las pruebas propuestas por las partes y se señaló para la celebración del juicio el día 8 de noviembre de 2.016.

**SEGUNDO.-** El juicio oral se celebró en la fecha señalada en su día para ello, continuando las sesiones el día 16 de noviembre de 2.016, siendo practicadas las siguientes pruebas:

- interrogatorio de la acusada.

- testifical de las siguientes personas:

- D. xxx, que se acogió a la dispensa del deber de declarar recogida en el art. 416 LECrim

- D. C.M.F.

- D. xxx.

- Subinspectora del CNP con nº 75360 y agentes del CNP con nº 84056 y 81840..

- D. xxx.

- D<sup>a</sup> xxx, que se acogió a la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim.

- D<sup>a</sup> xxx.

- D<sup>a</sup> xxx.

- D<sup>a</sup> xxx.

- documental

**TERCERO.-** A la vista de lo anterior, el Ministerio Fiscal, elevando a definitivas sus conclusiones, solicitó la condena de la acusada, como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis apartados 1 y 2.2 .CP, o alternativamente, un delito de desobediencia grave a la autoridad del art. 556 del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el primero de los delitos, o alternativamente, la pena de prisión de 6 meses con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo de los delitos y costas.

La acusación particular, modificando en el acto del juicio sus conclusiones, solicitó la condena de la acusada como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis 1 y 2.2º C.P, en concurso ideal, con un delito de desobediencia del artículo 556 C.P, a la pena de 4 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 6 años. Subsidiariamente, como autora de un delito de desobediencia grave del artículo 556 C.P, a la pena de 1 año de prisión. Y subsidiariamente, como autora de un delito de abandono del artículo 226.1 y 2 C.P, a la pena de 6 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 6 años y costas. En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a D. C.M. con la cantidad de 40.000 euros en concepto de daños morales.

El letrado de la defensa interesó la libre absolución de su defendida; subsidiariamente, la apreciación de la eximente de estado de necesidad, o alternativamente, la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, o la concurrencia de un error de prohibición invencible del artículo 14.3 C.P. También se reclamó la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21. 6 C.P.

**CUARTO.-** Finalmente, se concedió a la acusada el uso del derecho a la última palabra.

### **HECHOS PROBADOS**

La acusada, M.G.M., mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo casada con C.M.F., quedando disuelto el matrimonio, por sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, en la que se atribuyó la guardia y custodia de la hija menor de edad, a la progenitora.

Posteriormente, se inició un procedimiento contencioso de modificación de medidas por parte de D<sup>a</sup> M.G.M., seguido con el nº 652/09, en el que formuló demandada reconvencional el padre D. C.M. En 1<sup>a</sup> instancia, la resolución dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 7 de Oviedo mantuvo a la madre en la custodia de la menor, si bien, en apelación, la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 2013, en la que atribuía la custodia al padre, estableciéndose que se haría efectiva en el momento en que se acreditase por el mismo la existencia de una plaza de escolarización de la menor en un centro educativo de Oviedo, donde aquél residía.

Con fecha 26 de marzo de 2.013, se dictó diligencia de ordenación por parte de la Secretaria de la Audiencia Provincial de Oviedo, considerando acreditada la matrícula de la menor en el Centro Escolar “Colegio Santa María del Naranco”, lo que motivó que el padre de la menor comunicase a la acusada que, el día 30 de marzo, acudiría a la ciudad de Ourense, donde residía esta con su hija menor, con el fin de recogerla y llevarla a Oviedo, para estar en compañía de su padre, según la resolución judicial de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Ante la negativa de la acusada M.G.M., a entregar a su hija menor a su padre, éste presentó demanda de Ejecución Forzosa en proceso de familia, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, dando lugar al procedimiento de ejecución nº 44/13, dictándose Auto de fecha 5 de abril de 2.013, en cuya parte dispositiva se estableció: “Requerir a M.G.M. para que haga entrega de su hija menor xxx a su padre en el domicilio de este en la calle xxx de la ciudad de Oviedo, antes de las 20:00 horas del día siguiente a la notificación del presente Auto”, notificación que se efectuó el 10 de abril de 2.013, en la persona de su representante legal, con la advertencia expresa de que, de incumplir lo acordado incurriría en un delito de desobediencia. Dado que la acusada, de manera intencionada y haciendo caso omiso de la resolución judicial, no procedió a la entrega de su hija en la fecha indicada, se dictó Decreto de fecha 16 de abril de 2.013, ordenando a la policía judicial proceder a la averiguación del paradero de la acusada y de su hija menor para la inmediata entrega de ésta a su padre, a la vez que se ordenaba deducir testimonio de la conducta de la acusada por si pudiera ser constitutiva de delito.

La acusada, no obstante tener pleno conocimiento de las resoluciones judiciales que le obligaban a entregar a su hija menor a su padre, al ser a éste a quien le había sido atribuida la guarda y custodia de la menor, según había dispuesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de fecha 11 de marzo de 2.013, decidió dejar de llevar a su hija xxx al centro escolar donde estudiaba, manteniéndola en ignorado paradero, hasta el 17 de junio de 2.013, fecha en la que

finalmente hizo entrega de la niña al padre, impidiendo con ello al padre estar con su hija e incluso comunicar con ella durante todo ese tiempo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente caso, se formula acusación contra D<sup>a</sup> M.G.M. por un delito de sustracción de menores del art. 225 del Código Penal y por un delito de desobediencia del artículo 556 C.P, solicitándose por la acusación particular el castigo de la acusada por ambos delitos en régimen de concurso ideal, mientras que por parte del Ministerio Fiscal se acusa de manera subsidiaria, esto es, para el caso de no apreciarse el delito de sustracción, se interesa la condena por delito de desobediencia grave.

En el acto del juicio, la acusación particular, en trámite de conclusiones definitivas, ha introducido una petición alternativa, para el caso de que no se aprecien los anteriores delitos, interesando la condena de la acusada por un delito del artículo 226.1 y 2 C.P, entendiéndose que, para el caso improbable de no considerar que regía ya el cambio de custodia, en todo caso, se habría privado al padre de las visitas de las que venía disfrutando conforme al régimen jurídico anterior al dictado de la sentencia de la Audiencia Provincial. Sobre esta cuestión señalar que, al margen de que parece difícil concebir la posibilidad de dictar una condena por un delito respecto del cual no se ha recibido previamente declaración en calidad de imputada o investigada a la acusada, y que no ha sido incluido en el auto de pase a procedimiento abreviado, ni respecto del cual se ha decretado apertura de juicio oral, en todo caso, tal análisis sólo será preciso efectuarlo para el caso de que no se admita alguna de las dos posibilidades que se han planteado con carácter principal, esto es, cuando se concluya que no procede condena por el delito de sustracción ni por el delito de desobediencia grave.

Pues bien, la resolución de las anteriores cuestiones requiere que, antes de cualquier análisis posible sobre la calificación jurídica, se aborde el tema relativo a los datos fácticos del caso, datos que han sido extraídos fundamentalmente a partir de la documental obrante en autos.

El punto de partida de la problemática aquí enjuiciada lo tenemos que situar en la sentencia de fecha 11 de marzo de 2.013, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo (vid. testimonio obrante a los folios 614 a 621). En dicha resolución, se acordó en la parte dispositiva lo siguiente: “la guarda y custodia de xxxx se confía en el padre, D. C., pero no se hará efectiva la entrega de la niña sino en el momento en el que se acredite por el mismo la existencia de una plaza de escolarización de la menor en centro educativo de la capital, Oviedo, donde aquél reside”.

Con fecha 25 de marzo de 2.013, la representación procesal de D. C.M. presentó escrito ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, participando la escolarización de la menor en el Colegio Santa María del Naranco, adjuntando a dicho escrito, copia del Acuerdo de la Comisión de Escolarización Permanente del Principado de Asturias, autorizando la escolarización de la menor en dicho colegio, así como copia del certificado emitido por la Secretaria del Colegio Santa María del Naranco, consignando que, en dicha fecha (25 de marzo de 2.013), se había efectuado la matrícula de la menor por parte del progenitor en 1º D de Educación Primaria, debiendo comenzar a asistir al colegio el 8 de abril de 2.013 (folios 622 a 626). Ante este escrito, la Secretaria Judicial de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó diligencia de ordenación de fecha 26 de marzo de 2.013, en la que expresamente hizo constar lo siguiente: “...y se tienen por hechas las manifestaciones en el contenidas, quedando acreditada la matrícula de la menor en el centro escolar “Colegio Santa María del Naranco”” (folio 628). Dicha diligencia fue notificada a la Procuradora de la acusada en dicho procedimiento civil, Dª Cecilia López-Fanjul el mismo día 26 de marzo (folio 1582).

Consta al folio 629, la comunicación remitida por el progenitor de la menor a D<sup>a</sup> M.G. vía correo electrónico, en la que le participaba que la menor ya estaba matriculada en Oviedo y que recogería a la niña el 30 de marzo de 2.013, a las 16:00 horas, después de que la madre hubiese disfrutado de su mitad de vacaciones de Semana Santa. A dicha comunicación, la acusada respondió con un e-mail del siguiente tenor: “C.: en modo alguno se puede aceptar esa propuesta por el grave perjuicio que supondría para xxx. Para cualquier cuestión al respecto, me remito a los autos 357/13 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ourense (folio 630)”.

Con fecha 30 de marzo de 2.013, el progenitor presentó denuncia ante la Comisaría de Policía de Ourense, poniendo de manifiesto que, después de haberse presentado en el domicilio de su exmujer para recoger a la niña, nadie contestó por lo que procedió a llamar a la Policía, la cual se personó en el lugar, llamando por teléfono a su exmujer delante de los agentes saliendo que el teléfono estaba apagado. En dicha denuncia, el denunciante indicaba también que, desde el 24 de marzo de 2.013, no había podido establecer contacto telefónico con su hija (folios 1 a 4 de las actuaciones). En el acto del juicio, el agente del CNP con nº de carnet profesional 84056 señaló que, el día anteriormente indicado, recibieron llamada de la Central, personándose a instancia del denunciante en el domicilio de la acusada sito en xxx, recordando el agente, sin albergar duda alguna al respecto, que habían llamado al piso 8º sin que nadie hubiese contestado. Asimismo, el agente refirió que, en su presencia, el denunciante llamó al que dijo ser el teléfono de su exmujer y salía apagado.

Ante esta situación, por parte del denunciante se presentó demanda de ejecución forzosa ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, dictándose Auto de fecha 5 de abril de 2.013, en cuya parte dispositiva se estableció lo siguiente: “requerir a D<sup>a</sup> M.G.M. para que haga entrega de su hija menor, al padre, D. C.M.F., en el domicilio de éste, sito en la calle xxx de Oviedo, a las 20:00 horas

del día siguiente al de la notificación del Auto despachando ejecución a su representante procesal la Procuradora D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul Álvarez (...). En caso de incumplimiento por parte de D<sup>a</sup> M.G.M. en orden a la entrega de la menor a su padre en los términos acordados en el punto 2 de esta resolución, líbrese oficio a la Policía Judicial para la inmediata averiguación del paradero de D<sup>a</sup> M.G.M. y de su hija xxx... En cualquier caso, en el acto del requerimiento, hágasele saber que, en caso de incumplimiento reiterado de lo acordado incurrirá en delito de desobediencia a la autoridad, librándose testimonio al Juzgado de Guardia a fin de que incoe por el Juzgado de Instrucción al que por turno le corresponda diligencias penales para la persecución de los hechos objeto del mismo y daría lugar a la modificación del régimen de visitas así como a la imposición de multas coercitivas” (folios 825 a 834 y 1572 a 1574).

Dicha resolución fue notificada a la Procuradora de la acusada en dicho procedimiento, D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul Álvarez, con fecha 10 de abril de 2013, según consta al folio 1575, habiendo corroborado en juicio la propia Procuradora, que participó esta resolución al letrado de la acusada.

Con fecha 16 de abril de 2.013, se dicta Decreto por la Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el que, vista la no entrega de la menor en el plazo que se le había concedido para ello, esto es, al día siguiente de la notificación de la resolución a su representación procesal (por tanto, el 11 de abril de 2.013), se ordenaba librar oficio a la Policía Judicial para la inmediata averiguación del paradero de la acusada y de su hija, para poder proceder a la inmediata entrega de la menor a su padre. Asimismo se acordaba librar testimonio al Juzgado de Guardia correspondiente por si procediese incoar diligencias penales para la persecución de los hechos (folios 657 y 658 y 1576 y 1577). Tal resolución fue notificada a la Procuradora de la acusada, el mismo 16 de abril de 2.013, habiendo corroborado también D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul que participó esta resolución al letrado de la acusada. Dicho Decreto fue recurrido en revisión,

desestimándose el recurso por Auto de fecha 29 de mayo de 2.013 dictado por la Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo (folios 1646 y s.s).

Contra el Auto despachando ejecución, se formuló oposición por parte de la representación procesal de la acusada, con fecha 22 de abril de 2.013 (folios 706 a 712), desestimándose la oposición a dicha ejecución por Auto de fecha 30 de mayo de 2.013, dictado por el Juzgado de Instancia nº 7 de Oviedo (folios 912 y siguientes). Se desestima la oposición y se mantiene lo acordado en Auto de fecha 5 de abril de 2.013.

La representación procesal de la acusada recurrió también este Auto en apelación, siendo desestimado el recurso por Auto de fecha 1 de octubre de 2.013 de la Audiencia Provincial de Oviedo (folios 1641 y s.s).

La acusada recurrió también en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, conforme a la cual se atribuía la custodia al progenitor y dicho recurso fue también finalmente inadmitido por Auto de fecha 10 de diciembre de 2.013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (folios 1592 y ss.).

Paralelamente a estas actuaciones llevadas a cabo en el ámbito del procedimiento de ejecución forzosa instado por el progenitor, por parte de la representación procesal de la progenitora se instó con fecha 21 de marzo de 2.013, ante el Juzgado de Familia de Ourense, un procedimiento de adopción de medidas urgentes al amparo del artículo 158 C.C, que fue resuelto por Auto de fecha 12 de junio de 2.013, acordando declarar la falta de competencia funcional del Juzgado para conocer de las medidas urgentes instadas por la representación procesal de la acusada (vid. folios 86 a 93). Dicho Auto fue confirmado en apelación por resolución de fecha 18 de noviembre de 2.013 (folios 331 y s.s).

La acusada interpuso también recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto ante la Consejería de Educación del Principado de Asturias, contra el acuerdo de la Comisión de Escolarización Permanente del Principado de Asturias, de fecha 21 de marzo de 2.013, que había autorizado la escolarización de la menor xxx en el Colegio Santa María del Naranco en 1º de Educación Primaria y la matriculación efectuada el día 25 del mismo mes en base al anterior acuerdo, recurso que fue finalmente desestimado por sentencia de fecha 31 de octubre de 2.014, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (folios 1624 y s.s).

Finalmente, con fecha 17 de junio de 2.013, la acusada procedió a la entrega de la menor, tal y como participó el propio progenitor al Juzgado de Instrucción nº 3 de Oviedo en el que se seguían las diligencias previas incoadas contra la acusada por un posible delito de desobediencia, en virtud de escrito de fecha 19 de junio de 2.013 (folio 936).

Durante este período, la menor dejó de asistir al centro escolar de Orense en el que estaba cursando sus estudios. Así, consta al folio 516 el certificado emitido por la Secretaria del C.E.I.P Mestre Vide de Ourense, de fecha 6 de mayo de 2.013, haciendo constar que la menor xxx no acudió a clase desde el 15 de abril. Consta también a los folios 703 y 704 la lista detallada de las faltas en que incurrió la menor, pudiendo apreciarse que, además de haber dejado de asistir al colegio, entre los días 3 a 5 de abril, posteriormente, ya dejó de acudir de forma continuada desde el día 15 de abril. Al folio 705 consta el escrito presentado por la propia M.G., fechado el 16 de abril de 2.013, comunicando al Centro escolar que la menor no asistiría a clases durante algunos días “por razones de urgencia en base a su interés, lo que se justificará oportunamente”

Por otra parte debe señalarse que en relación con los hechos enjuiciados en el presente procedimiento, se iniciaron dos vías distintas: por un lado, el Juzgado

de Instrucción nº 3 de Oviedo, , con fecha 19 de abril de 2.013, incoó Diligencias previas por presunto delito de desobediencia (D.P 1639/13), tras recibir el testimonio de particulares deducido por parte del Juzgado de Instancia nº 7 de Oviedo, encargado de conocer la ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (folio 659 de las actuaciones) y, por otro lado, en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Ourense, tras recibir la denuncia presentada por D. C.M. con fecha 30 de marzo de 2.013, como consecuencia de la no entrega de la menor por parte de su progenitora, se incoó inicialmente un juicio de faltas, si bien, tras el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, se acordó continuar por los trámites de diligencias previas de procedimiento abreviado por si los hechos pudiesen ser constitutivos de un delito de sustracción de menores (D.P 1759/13), si bien, finalmente ambos procedimientos fueron acumulados, siguiéndose ya todas las actuaciones ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de esta ciudad.

**SEGUNDO.-** Sentado todo lo anterior, lo que ha podido evidenciarse es que existía una sentencia de fecha 11 de marzo de 2.013 de la Audiencia Provincial de Oviedo que atribuía la custodia de la menor xxx al padre, sentencia que establecía que operaría ese cambio de custodia tan pronto como el padre acreditase la escolarización de la menor en un centro educativo de Oviedo. Dicho requisito se tuvo por cumplido en virtud de diligencia de ordenación de fecha 26 de marzo de 2.013, si bien, como no se procedió por la progenitora al cumplimiento voluntario de la resolución, el denunciante tuvo que instar la ejecución forzosa de la sentencia, obteniendo un Auto de fecha 5 de abril de 2.013, despachando ejecución, en el que se requería expresamente a la acusada para que hiciese entrega de su hija menor, al padre, D. C.M.F., en el domicilio de éste, sito en la calle xxx de Oviedo, a las 20:00 horas del día siguiente al de la notificación del Auto despachando ejecución a su representante procesal la Procuradora D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul Álvarez.

Por tanto, constando en autos que la notificación se efectuó el día 10 de abril, el 11 de abril tendría que haber sido entregada la menor al progenitor, si bien, tal y como ya hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior, la entrega no se efectuó hasta el 17 de junio de 2.013.

Son varios los argumentos que ha expuesto en juicio la acusada para tratar de “justificar” por qué no cumplió con este requerimiento.

En primer lugar, ha alegado que no cumplió con ese mandato porque entendía que tenía que preparar a su hija para el cambio. Sin embargo, este argumento es difícilmente asumible pues no se concibe que alguien pueda pensar racionalmente que la mejor manera de preparar a la menor para el cambio que se iba a operar en su vida teniendo que pasar a residir de manera permanente con su progenitor pase por suprimir todo contacto posible entre la menor y su padre durante casi tres meses. Adviértase que, durante todo este período, hasta que se verificó la entrega el 17 de junio, ya no solo es que no se haya podido hacer efectivo el cambio de custodia impuesto por resolución judicial sino que el progenitor se vio también privado de todo contacto telefónico con su hija y también de la posibilidad de visitarla. Por otra parte, las explicaciones vertidas por la propia acusada en el acto del juicio para tratar de justificar su comportamiento, son claramente contradictorias, pues no se concibe que su propósito sea preparar a su hija para el cambio, y sin embargo, acto seguido señale que no le explicó ese cambio hasta el día 16 de junio, con lo cual, nos preguntamos cuál fue el proceso de preparación que llevó a cabo durante los casi tres meses en que el padre no pudo contactar con ella. Por otra parte, tampoco podemos dejar de mencionar que no estamos ante un caso en que se obligue a una menor a comenzar a tener relación con un progenitor con el que nunca antes hubiera tenido relación, en cuyo caso sí veríamos más que conveniente un proceso de adaptación (y aun así, en todo caso, habría que estar a lo establecido en la sentencia que resolviese sobre esa cuestión); sin embargo, como ya hemos expuesto ni siquiera es este el caso, pues,

la menor, hasta la fecha, había venido teniendo contacto continuo y regular con su padre, por tanto, en modo alguno, le iba a resultar una figura extraña.

Se alega también por la acusada que demoró la entrega porque entendía que antes debía agotar todas las vías legales que tenía a su alcance para combatir esa resolución judicial que le privaba de la custodia de su hija, haciendo además alusión en reiteradas ocasiones a que “como tenía el apoyo del Fiscal Jefe de esta ciudad”, ello le llevó a considerar que era legítima su actuación. De entrada, hemos de hacer una alusión específica a esta última alegación, porque hemos podido apreciar, de manera totalmente incomprensible, que ha sido un argumento muy recurrente ya no solo en la declaración prestada por la propia acusada sino también en la argumentación de su defensa. Huelga decir que por mucho que se tenga el apoyo del Fiscal, ello no es óbice para que uno no acate un mandato judicial. No debemos olvidar que el Fiscal, es una parte más del procedimiento, con la salvedad de que su actuación no está presidida por intereses particulares sino que actúa en defensa de los intereses generales, pero, en cualquier caso, en el curso del juicio, no está dotado de una posición de superioridad sobre las demás partes; pesa sobre él la misma carga de prueba que es exigible respecto de quien articula una pretensión. Y es que si aceptásemos el argumento de la acusada, igualmente, tendríamos que condenarla en este procedimiento por delito de sustracción de menores, sin necesidad de análisis alguno al respecto, por el simple hecho de que el Fiscal entiende que sí ha incurrido en ese delito la acusada. Como se comprenderá, esta posición es totalmente absurda. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que no se concibe cómo puede usarse reiteradamente el argumento de que tenía el apoyo del Fiscal en su postura, cuando, si se analiza el informe emitido por el Fiscal Jefe en el curso del procedimiento instado por la acusada en esta ciudad, al amparo del artículo 158 C.c, al que ha hecho alusión de manera continua, podrá apreciarse que, en modo alguno, se pronuncia sobre el fondo de la cuestión (vid. folios 126 y 132). En dicho informe, lo único que señaló el Fiscal es

que entendía que debía celebrarse una vista para resolver las peticiones efectuadas por la progenitora, y que entendía que el Juzgado de Familia de esta ciudad era competente para pronunciarse sobre esa petición, pero no que tenía que dársele la razón, y, mucho menos, que mientras tanto estuviese justificado que no cumplierse con la resolución judicial que le obligaba a entregar a la menor al padre. Por cierto que, todo hay que decirlo, que la posición del Fiscal no fue acogida ni en la instancia, ni posteriormente en apelación, lo que evidencia lo expuesto anteriormente de que, en el curso del procedimiento, es una parte más, cuyas pretensiones pueden ser acogidas o no.

En cualquier caso, volviendo al argumento expuesto por la acusada de que quería agotar todas las vías legales, hemos de decir que, evidentemente, tiene todo el derecho legítimo a hacerlo así, pero ello no implica que tenga en sus manos el poder de decidir cuándo una resolución tiene efectos suspensivos y cuando no. En ese sentido, sabido es que en materia de familia hay un precepto específico que regula la eficacia de las resoluciones que se dicten, y que precisamente, por ser específico hace decaer la regulación que, con carácter general, se establece en el artículo 548 LEC (que obliga a esperar para poder ejecutar una sentencia veinte días desde que se declara la firmeza). Tal artículo es el 774.5 que es contundente estableciendo lo siguiente: “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta”. No podría la acusada alegar que desconocía este precepto, en primer lugar, porque contaba con asesoramiento legal directo y estrecho, pero, en todo caso, aun aceptando que, pese a ello, desconociese este precepto, en el Auto de fecha 30 de mayo de 2.013, resolviendo la oposición a la ejecución por ella deducida, ya se le dejó clara esta cuestión por la Juez del Juzgado de Instancia nº 7 de Oviedo (vid. el fundamento de derecho de dicha resolución obrante a los folios 94 y siguientes). Por tanto, a partir de este momento, carece ya de fundamento lógico alguno seguir persistiendo en que creía que podía actuar así por el hecho de

seguir articulando mecanismos legales dirigidos a combatir esa resolución. Es más, consta también en las actuaciones, que pidió en diversas ocasiones, la suspensión de la ejecución de la sentencia (vid. escritos de fecha 7 y 9 de mayo de 2.013, folios 1656 y ss y 1683), y se le denegó siempre esa petición. En el Auto resolviendo la oposición a la ejecución que había presentado, y que data de fecha 30 de mayo de 2.013, expresamente se le hizo saber que la medida era inmediatamente ejecutiva y que lo que pudiera acordarse en Ourense, no podía tener incidencia en el trámite de ejecución que en Oviedo se seguía, al margen de considerar la juez “sorprendente” que pudiera concurrir una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia, en tan breve espacio de tiempo (vid. fundamentos primero y tercero del referido Auto). Con lo cual, una vez dictada esta resolución donde se zanján definitivamente estas cuestiones, ya en modo alguno la acusada puede seguir amparándose de manera justificada en la afirmación de que creía legítima su actuación de no ejecutar la sentencia hasta que se resolviese ese procedimiento del 158 C.C instando en Ourense.

Otro de los argumentos esgrimidos por la acusada para defender su actuación es que ella entendía que, dado que la patria potestad era compartida, el padre tenía que haber contado con su consentimiento para matricular a la menor en Oviedo, y como no lo hizo así, pensaba que no tenía todavía que cumplir con la resolución judicial que establecía el cambio de custodia. De entrada, ya debemos señalar que sorprende este argumento de que, como la patria potestad era compartida había que contar con ella, cuando, por el contrario, ella no tuvo a bien pensar lo mismo cuando decidió de manera unilateral sacar a la menor del Colegio y suprimir todo contacto con el padre. Pero, en cualquier caso, este planteamiento de la acusada carece de fundamento lógico alguno, pues, en la propia sentencia se estableció claramente que era el padre el que tenía que llevar a cabo el requisito de matriculación de la menor. Debemos de partir del contexto en que se desarrollan los hechos, cual es el de una enorme conflictividad entre los progenitores; en este

sentido, pensar que podrían ambos padres de la menor sentarse “amistosamente” a valorar cuál sería el mejor colegio para ella en Oviedo, resulta ilusorio, menos aún, cuando se le acaba de privar a la madre de la custodia de su hija. Obviamente, esa decisión “en equipo” sería lo ideal, pero es evidente que, en este caso, vistas las circunstancias concretas, eso resultaría totalmente inviable. En cualquier caso, aun cuando inicialmente tuviese la acusada la creencia de que había que contar con ella para la escolarización de la menor, desde el momento en que tal argumento ya es expresamente desestimado por la juez encargada de ejecutar la sentencia, carece de la más mínima justificación seguir “terqueando” con este aspecto, y menos aún, seguir sosteniendo este argumento en el acto del juicio como razón para amparar su desobediencia al mandato que se recogió en el Auto despachando ejecución. Reiteramos que este argumento fue invocado expresamente por la acusada, en el escrito de oposición a la ejecución, y también recibió respuesta negativa por parte de la juez encargada de ejecutar la sentencia (vid. fundamento de derecho segundo del Auto de fecha 30 de mayo de 2.013). Asimismo, se volvió a insistir en este argumento con ocasión del recurso de apelación presentado contra este último Auto y de nuevo volvieron a ser desestimadas las pretensiones de la parte en virtud de Auto de fecha 1 de octubre de 2.013 de la Audiencia Provincial de Oviedo (vid. fundamento de derecho tercero, folio 1644). Y no sólo eso, sino que además esa cuestión también quedó definitivamente zanjada en virtud de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 31 de octubre de 2.014, al resolver el recurso contencioso-administrativo que la acusada había interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto ante la Consejería de Educación del Principado de Asturias, contra el acuerdo de la Comisión de Escolarización Permanente del Principado de Asturias, de fecha 21 de marzo de 2.013, que había autorizado la escolarización de la menor xxx en el Colegio Santa María del Naranco en 1º de Educación Primaria. En esta resolución, expresamente se indicó (fundamento de derecho cuarto) que “en el supuesto de

autos no era precisa la autorización de la madre, en el ejercicio de la patria potestad, para la escolarización de la menor, dada la autorización que para escolarizar le atribuía la sentencia de 11 de marzo de 2.013 al padre y en todo caso, que ese modo de actuar del padre vendría avalado por el artículo 156 del Código Civil que estima válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, como aquí acontece, al venir amparado su forma de actuar por la sentencia que le reconocía el derecho de guarda y custodia de la menor, subordinando su asignación definitiva a la escolarización de la menor, cuya medida se adoptó en beneficio e interés de la menor” (vid. folios 1624 y s.s). Por tanto, volvemos a reiterar que no concebimos, cómo, vistos todos estos pronunciamientos judiciales, se puede seguir manteniendo por parte de la acusada en el acto del juicio y también por su propia defensa que estaba justificado su no cumplimiento de la sentencia porque no se contó con ella para la escolarización de la menor.

Llegados a este punto, hemos de pronunciarnos también acerca de la alegación mantenida por la defensa relativa a que el Auto despachando ejecución de fecha 5 de abril de 2.013, dictado por la Juez del Juzgado de Instancia nº 7 de Oviedo, así como el Decreto de la Secretaria judicial de dicho juzgado de fecha 16 de abril de 2.013, son nulos de pleno derecho. De entrada, ya debemos señalar que difícilmente podríamos “atrevernos” a mantener que dichas resoluciones son nulas, cuando tales resoluciones fueron confirmadas con ocasión de los recursos entablados contra las mismas por parte de los órganos funcionalmente competentes para resolver esos recursos. En cualquier caso, y en lo que respecta a la alegación relativa a que el Auto despachando ejecución vulnera los derechos fundamentales de la acusada, por haber autorizado a la Policía Judicial la entrada en el domicilio de la acusada, si fuera necesario, en caso de negarse a la entrega de la menor incluso con el uso de la fuerza, hemos de señalar que, desde el momento, en que dicha medida no se hizo efectiva, huelga cualquier posible análisis acerca

de la vulneración de derechos fundamentales, pues, obviamente, lo que no tiene lugar no puede suponer vulneración de derecho fundamental alguno. Sabido es que el análisis de una posible vulneración de derechos fundamentales requiere ponderar los intereses en juego, para determinar finalmente si existe proporcionalidad entre la finalidad buscada con esa medida y la limitación a que se somete el derecho fundamental de una persona, como puede ser en este caso la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, reiteramos que lo que no cabe es un análisis de tal violación si, finalmente, no se ha producido la entrada en el domicilio. Por otro lado, huelga decir que aun cuando aceptásemos, como pretende la defensa, que esa medida es nula, ello no excluye la validez del resto de medidas y decisiones acordadas en ese Auto, pues su contenido hubiera sido el mismo aun cuando no se hubiera cometido esta supuesta infracción ( principio de conservación de los actos proclamado en el artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por último, otro de los argumentos esgrimidos por la acusada y su defensa, a fin de tratar de justificar la no entrega de la menor al padre es el de que corría un grave peligro. Sobre esta cuestión hemos de indicar que no se concreta cuál es ese grave peligro que habría de impedir el cumplimiento de la resolución judicial. Se sostiene por la defensa que esta alegación se ampara en el informe escolar emitido por la Jefa del Departamento de Orientación del CEIP Mestre Vide, xxx, informe obrante a los folios 1661 y siguientes de la causa, en el que expresamente se hizo constar lo siguiente: “entiendo que desde el punto de vista emocional y académico, a estas alturas del curso, puede resultar perjudicial para xxxx, no sólo por su arraigo en el centro, alejándola de sus amigos y compañeros, sino que en el plano escolar puede resultar nocivo para ella un cambio tan drástico”. Esta opinión fue mantenida por la autora del informe en el acto del juicio, en cualquier caso, es evidente que se trata de eso, una opinión, muy respetable, pero que, de cualquier modo, no puede estar por encima de las resoluciones judiciales.

Adviértase que, cuando la Audiencia Provincial de Oviedo acordó privar a la madre de la custodia de la menor, atribuyéndosela al padre, expresamente se pronunció en la sentencia sobre esta cuestión, es decir, los magistrados encargados de resolver la cuestión, se pronunciaron expresamente sobre cuál era el momento que entendían más adecuado para operar el cambio de custodia, y a la vista de los informes psicológicos en los que se basaron, entendieron preferible no esperar a la finalización del curso para operar ese cambio, considerando también los propios magistrados que el perjuicio para la menor, de seguir en el ámbito materno, era superior por el conflicto de lealtades que venía experimentando, que el perjuicio que para la misma podría derivarse de la modificación de su cambio de residencia de Orense a Oviedo. Por tanto, la opinión vertida en ese informe no puede estar por encima del contenido de una resolución judicial que es plenamente ejecutiva, y que además expresamente valoró todas las circunstancias concurrentes para finalmente concluir que, en cualquier caso, lo más beneficioso para la menor era operar el cambio tan pronto como se acreditase la matriculación en Oviedo. Así, tal situación se describe en la sentencia, señalando que es en el entorno de la madre es “donde tienen lugar las mayores dificultades al contacto con el entorno del padre”, comportamiento que produjo en la menor “un conflicto de lealtades” que llega a calificarse, de “proseguir en intensidad y frecuencia, como “maltrato emocional” para la menor”.

Sea como fuere, todo hemos de decirlo la testifical de D<sup>a</sup> xxx ha adolecido de cierta falta de neutralidad, pues no concebimos que una profesional en la materia pueda sostener que es perjudicial para un menor cambiar de colegio durante el curso escolar, pero, que sin embargo, no vea perjuicio alguno para la misma por el hecho de faltar un trimestre entero al colegio, cuando, instantes antes, hasta el propio Director del Centro, D. xxx, acababa de afirmar, que a las cinco faltas de asistencia ya tienen obligación por protocolo de ponerlo en conocimiento de la Asistenta Social para que se pongan en marcha las medidas oportunas, medidas que, todos

sabemos en gran parte de los casos concluyen, como mínimo, con una acusación penal contra el progenitor que incumple el deber de enviar a sus hijos al Colegio por un delito del artículo 226.1 C.P.

D<sup>a</sup> xxx ha tratado de justificar sus afirmaciones alegando que sostenía eso porque creía que la niña, durante todo ese tiempo de ausencia en el centro escolar, igualmente estuvo recibiendo clases. Sin embargo, de ser esto cierto, en todo caso, ya tiene más información que la nosotros hemos podido tener al respecto, pues, a día de hoy, seguimos sin saber exactamente qué fue lo que hizo la menor durante todo este tiempo y dónde estuvo.

Se sustenta también la alegación de la defensa de que la menor corría un grave peligro, en el informe emitido por la Psicóloga xxx obrante a los folios 1665 y siguientes, informe que, después de explorar a la menor y examinar a la madre, llega a la siguiente conclusión: “no se considera que se den las condiciones necesarias para realizar el cambio de guarda y custodia de la menor. En este punto hay que señalar que todo cambio en la vida de una persona trae consigo alteraciones psicológicas, que aunque entrarían en el ámbito de lo normal, no dejan de ser desestabilizantes, y mucho más en el caso de un menor”. De entrada, ya debemos indicar que, en este caso también este informe es lo que es, esto es, la opinión de una profesional que entiende tras examinar a la menor y entrevistarse con la progenitora, que no cree que se den las circunstancias para el cambio, con el inconveniente de que, emite esas conclusiones, sin haber podido examinar a toda la unidad familiar, pues no se entrevistó con el progenitor, que era la persona con la que se tenía que ir a vivir la menor, de modo que no pudo tener dicha psicóloga a su alcance el análisis de la otra parte de la realidad, a la hora de fijar de manera más completa y certera esos posibles perjuicios que podría experimentar la menor con el cambio. De cualquier modo, en ese informe lo único que establece dicha profesional es que no cree que se den las condiciones para el cambio de la guarda y custodia, pero no que con ello se derive un grave peligro para la menor

que justifique que se deje sin ejecutar una sentencia, más aún cuando, como ya hemos expuesto, la sentencia entendió expresamente que el perjuicio para la menor siguiendo en el entorno familiar de la madre era mayor que irse con su padre, aun cuando eso implicase un cambio de residencia y de centro educativo de la menor sin esperar a la finalización del curso escolar.

Sea como fuere, lo que es evidente es que ninguna de las resoluciones dictadas en el ámbito civil que es el propiamente competente para atender a todas esas cuestiones, apreció ese grave peligro para la menor, invocado por la defensa y con el cual pretende ampararse el comportamiento desplegado por la acusada. De hecho, tal y como expusimos ya con anterioridad, se solicitó la inejecución de la sentencia, en virtud de diversos escritos, presentados tanto ante el Juzgado encargado de ejecutar la sentencia como incluso ante la propia Audiencia Provincial de Oviedo (vid. escrito presentado en fecha 9 de mayo de 2.013, folios 1649 y siguientes) al que precisamente se acompañaron estos dos informes a los que se ha hecho alusión, y sin embargo, no se apreció por parte de los órganos que tenían competencia para resolver al respecto, que existiera ese grave peligro que podría justificar dejar sin efecto la resolución.

La acusada también ha alegado en juicio para tratar de justificar el no haber entregado a la niña, que el denunciante la había maltratado física y psíquicamente, señalando también que el acusado le había dicho en su día que si no era para él le quitaría a su hija; sin embargo, esta afirmación no se compagina con los datos objetivos con los que contamos, pues, si realmente, el padre, por motivos exclusivos de venganza, hubiese querido privar de la custodia de la niña a la madre, lo lógico sería que él hubiera sido el que entablase la demanda dirigida a conseguir ese cambio de custodia, y sin embargo, toda esta situación se inicia por una demanda presentada, no por el padre, sino por la propia acusada, la cual pidió del Juzgado que se restringieran las visitas a la menor por parte del padre, siendo entonces cuando el progenitor reconvino pidiendo el cambio de custodia,

por tanto, no fue él quien tomó la iniciativa buscando un cambio de la situación que hasta la fecha existía (custodia de la madre con visitas del padre).

Sea como fuere, hemos de indicar respecto a esta afirmada situación de maltrato, que, no existiendo sentencia condenatoria alguna al respecto, no podemos en modo alguno dar por probado este extremo con las simples afirmaciones de la acusada. De cualquier modo, y respecto a estas alegaciones sobre el grave perjuicio que a juicio de la defensa corría la menor, hemos de concluir señalando que, es evidente, que si realmente hubiese existido ese grave riesgo para la menor al cambiar la custodia al padre, ese supuesto peligro ya se habría evidenciado a lo largo de todo el tiempo transcurrido desde que se verificó aquel cambio de custodia, el 17 de junio de 2.013, hasta el día de hoy, y sin embargo, los datos con los que contamos en la causa evidencian que la menor ha llevado y sigo llevando una vida totalmente normal y estable. Así, consta en la causa, que se instó nuevamente una modificación de medidas por parte de la acusada y, sin embargo, la misma fue también desestimada por sentencia de fecha 25 de julio de 2.014 (folios 1609 y s.s), y confirmada posteriormente en apelación por sentencia de fecha 28 de noviembre de 2.014 (folios 1616 y siguientes), sin acoger dichas resoluciones la tesis de la demandante (la acusada) relativas a que la menor no estaba siendo bien atendida por el progenitor o que había experimentado un empeoramiento en su comportamiento, formación y condiciones de vida, todo ello en base a la propia exploración practicada a la menor y a los buenos resultados académicos obtenidos por la niña.

En definitiva, ninguno de los argumentos esgrimidos por la acusada para tratar de amparar su decisión de no entregar a la menor, contraviniendo la resolución judicial existente al respecto, puede considerarse objetivamente justificado.

**TERCERO.-** En cualquier caso, con el fin de completar el análisis de todos los datos fácticos del caso antes de entrar a valorar la calificación jurídica que

procede dar a los hechos declarados probados, hemos de pronunciarnos sobre la “sorprendente” afirmación mantenida por la acusada en el acto del juicio, y también por parte de su defensa, relativa a que no mantuvo oculta a la niña durante todo este período hasta que finalmente se verificó la entrega. Y decimos “sorprendente” porque no concebimos, con los datos con los que contamos en la causa así como con el resto de pruebas practicadas, que se pueda afirmar esto y venir a sostener ahora que la niña siguió haciendo una vida completamente normal. De entrada, no podemos dejar de mencionar que a la menor se la quitó de manera repentina del Colegio, de modo que dejó de asistir a las clases desde el 15 de abril de 2.013 y ya no volvió a incorporarse al centro escolar. La explicación que la progenitora ofreció en el centro respecto a estas ausencias consta en el escrito presentado por la propia M.G., fechado el 16 de abril de 2.013, obrante al folio 705 de las actuaciones, donde la madre indica que xxxx no asistiría a clases durante algunos días “por razones de urgencia en base a su interés, lo que se justificará oportunamente”. Siendo así las cosas, parece difícil sostener que la menor hizo una vida completamente normal.

Es lo cierto que la tía de la acusada, D<sup>a</sup> xxx señaló en juicio que, pese a que la niña no iba al colegio, seguía haciendo sus actividades extraescolares, sin embargo, esta afirmación no se compagina en modo alguno con los resultados de las investigaciones realizadas al respecto por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, reflejadas en el informe elaborado por el Inspector Jefe de la Brigada Provincial de Policía Judicial, D. D.M., conclusiones ratificadas además en juicio.

Pues bien, según indicó en juicio el Jefe de la Brigada, realizaron vigilancias discretas en las inmediaciones del domicilio de la acusada (el xxx de Ourense), en distintas horas y días, sin que pudieran hallarla. Se contactó con el centro Mestre Vide donde la menor cursaba estudios por si tenían alguna información comunicándole que no sabían nada de la menor desde el día 15 de abril. Se

entrevistaron con la madre de la acusada la cual les refirió que su hija estaba de viaje, desconociendo el paradero. Se entrevistaron también con el padre de la acusada el cual corroboró lo dicho por su esposa, manifestando que ignoraba la fecha de regreso dado que no tenía contacto telefónico. Comunicaron a efectivos de la Guardia Civil de los puestos de Tamallancos y de Baiona la orden judicial de búsqueda y localización, a fin de que comprobasen los domicilios pertenecientes a la familia de la madre sitios en Gustei y Panjón, aportando también fotografías de ambas, siendo el resultado negativo. Dieron traslado de la orden al resto de efectivos de la Comisaría y también a la Unidad Adscrita de Policía Autónoma y tampoco fue hallada. Por otro lado, comprobaron los registros a nombre de la interesada en los partes de hospedería de todo el territorio nacional, y el resultado también fue negativo. Se hizo también un dispositivo de vigilancia en la concentración organizada por la familia materna y tampoco pudo localizarse a la acusada (vid. folios 962 a 966).

En el acto del juicio, la Subinspectora del SAF con nº de carnet profesional 75360, corroboró también que se hicieron vigilancias aleatorias del domicilio, facilitándose incluso todos los datos de la acusada y su hija, así como fotografías a las patrullas. Hablaron también con los padres de la acusada e incluso con algún hermano y no les dieron razón alguna del paradero.

El agente con nº de carnet profesional 81840 indicó también que participó en las vigilancias realizadas en la Calle Valle Inclán, las cuales no arrojaron resultado positivo.

Siendo así las cosas, no se concibe cómo se puede sostener que la niña no estuvo escondida. En cualquier caso, si alguna duda nos queda al respecto, basta con atender al testimonio de la propia tía de la acusada para descartar ya definitivamente cualquier mínima duda acerca de que lo que se quiso a toda costa fue evitar que fuese encontrada la menor y llevada con su padre, pues, al

preguntársele expresamente por qué, si tal y como acababa de afirmar, la niña seguía haciendo una vida normal, se la sacó del Colegio, acabó reconociendo, sin ningún titubeo, que actuaron así porque si iba al Colegio su padre se llevaría a la niña. Por tanto, es evidente, por manifestaciones directas de la familia más cercana, que los cambios que se efectuaron en la vida de la menor, comenzando por sacarla del colegio, se hicieron con un único propósito, evitar que el padre pudiera localizarla para llevársela a Oviedo.

En cualquier caso, aun cuando aceptásemos como válidas las afirmaciones de la defensa relativas a que fue la “descoordinación” de las fuerzas policiales, la que impidió encontrar a la menor, pese a que estaba plenamente localizable, lo que no se concibe en modo alguno es por qué no se aprovechó alguna de las diferentes conversaciones mantenidas por parte de los progenitores de la acusada e incluso de alguno de sus hermanas con los agentes, para sacarlos del error en que supuestamente estaban, aclarando dónde se encontraba y así evitarnos todo este juicio.

Sin embargo, no sólo no actuaron así, sino que, conforme a lo reflejado por los agentes policiales anteriormente referidos, incluso les instaron a que dejaran de buscarla porque no la iban a encontrar, alegando que estaba fuera, de viaje, y que no tenían como contactar con ella.

Y si con todo lo anteriormente afirmado no fuese suficiente para entender plenamente probadas las serias trabas que se pusieron para conseguir la localización de la acusada, sin duda alguna, un dato evidente e incuestionable lo constituye el hecho de que, tal y como consta en la causa, pues se han aportado los recortes de prensa, se organizó por la propia familia una concentración en defensa de la causa que ellos estaban abanderando, y sin embargo, la acusada no acude a esa concentración, cuando, lo lógico sería que estuviese en primera línea encabezando la misma, pues era la principal defensora del motivo por el que se

había convocado dicha concentración. Si no acudió es precisamente porque sabía que estaba siendo buscada por la Policía, de hecho, tal y como declararon los propios agentes, llegaron a establecer un dispositivo de vigilancia con ese fin.

**CUARTO.-** Pues bien, llegados a este punto, y partiendo de las premisas fácticas anteriormente sentadas, procede entrar a analizar el tema relativo a la calificación jurídica que procede dar a estos hechos que se han considerado probados.

Las acusaciones entienden que estos hechos son constitutivos de un delito de sustracción de menores o, en su caso, de desobediencia grave a la autoridad, ya sea en régimen de concurso ideal (como propugna la acusación particular), ya sea con carácter subsidiario (como defiende el Ministerio Público).

Partimos de que lo que se imputa a la acusada, básicamente, es no acatar el mandato judicial establecido en el Auto despachando ejecución, de fecha 5 de abril de 2.013, dictado para hacer cumplir la sentencia de fecha 11 de marzo de 2.013 dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, conforme a la cual se atribuía al padre la custodia de la menor xxx.

El mandato se estableció en los siguientes términos: “requerir a D<sup>a</sup> M.G.M. para que haga entrega de su hija menor, al padre, D. C.M.F., en el domicilio de éste, sito en la calle xxx de Oviedo, a las 20:00 horas del día siguiente al de la notificación del Auto despachando ejecución a su representante procesal la Procuradora D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul Álvarez”

En dicha resolución, se establecieron también dos previsiones más para el caso de incumplimiento por parte de D<sup>a</sup> M.G.M. de la orden de entrega de la menor a su padre en los términos acordados en el punto anteriormente indicado. En primer lugar, librar oficio a la Policía Judicial para la inmediata averiguación del paradero de D<sup>a</sup> M.G.M. y de su hija xxx. Y en segundo lugar, en dicho Auto se

indicó también que se le hiciese saber a D<sup>a</sup> M.G. que, en caso de incumplimiento reiterado de lo acordado incurriría en delito de desobediencia a la autoridad, librándose testimonio al Juzgado de Guardia a fin de que se incoasen por el Juzgado de Instrucción al que por turno le correspondiese, diligencias penales para la persecución de los hechos objeto del mismo y daría lugar a la modificación del régimen de visitas así como a la imposición de multas coercitivas.

Como esa entrega no se verificó el 11 de abril de 2.013 (día siguiente al de la notificación de este Auto), entraron en juego las previsiones de esta resolución, y así, mediante Decreto de fecha 16 de abril de 2.013, se acordó librar oficio a la Policía Judicial para la averiguación del paradero de la acusada, así como deducir testimonio al Juzgado de Guardia para la persecución de los hechos.

Finalmente, la entrega de la menor, tal y como hemos venido exponiendo a lo largo de esta resolución, se verificó el 17 de junio de 2.013. La defensa sostiene que dicha entrega fue voluntaria, sin embargo, vista la situación existente en dicho momento, hemos de convenir con lo expuesto por la Audiencia Provincial de Ourense en el Auto de fecha 17 de noviembre de 2.014 (folios 1.530 y ss), acerca de la dificultad de compartir esa afirmación de la voluntariedad de la entrega. Adviértase que la acusada estaba siendo buscada por la policía, se había abierto un procedimiento judicial en su contra por desobediencia, se exponía a que incluso pudiesen ser modificadas las visitas que tenía reconocidas, a que se le impusiesen multas coercitivas, etc, etc.

En cualquier caso, hemos de partir de la consideración de que “prima facie” la conducta observada por la acusada podría ser subsumible en los dos delitos que se le imputan.

Así, por lo que respecta al delito de sustracción de menores, el artículo 225 bis C.P. castiga “1. Al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su

hijo menor. 2. A los efectos de este artículo se considera sustracción: 2<sup>a</sup> La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.

Conforme señala la doctrina, el bien jurídico protegido por este delito lo constituye "el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir”.

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.

En el caso que enjuiciamos, la conducta típica consistente en sustraer a un hijo menor sin causa justificada, tendría pleno encaje en la previsión que hace el n<sup>o</sup> 2 del apdo. 2<sup>o</sup> del art. 225 bis: "La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa".

En todo caso, del propio tenor literal del procedimiento se desprende que el incumplimiento del deber establecido en la resolución ha de ser grave, no bastando el simple incumplimiento. En este sentido, tiene señalado la doctrina que: "Por ello no es suficiente para integrar el tipo el mero retraso en la devolución del menor al otro titular de la potestad sobre él, sino que es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de sus facultades de custodia, de manera que sea un hecho merecedor de la considerable pena prevista para su realización."

Sentado lo anterior, hemos de indicar que, tras el análisis de los argumentos esgrimidos por la acusada para tratar de amparar su decisión de no entregar a la

menor, ya hemos expuesto nuestro parecer acerca de que ninguno de ellos constituía una causa objetivamente justificada como para incumplir ese deber de entregar a la menor a su padre, en cumplimiento de la resolución judicial dictada que era plenamente ejecutiva. Ahora bien, este delito requiere que el dolo que guíe la acción del sujeto activo, esté inequívocamente presidido por la intencionalidad de privar de forma permanente al titular del derecho de custodia, de la compañía del menor. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de septiembre de 2.010, establece: *“Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término “gravemente”, como el propio significado de la palabra “sustracción”, que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos”. En el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias Provinciales: Valencia, Auto de fecha 24 de noviembre de 2005; Madrid, Auto de fecha 17 de junio de 2004; Valencia en Sentencia de 23 de abril de 2009 , Las Palmas, Sentencia de 31 julio 2007 y Pontevedra en Sentencia de 15 octubre 2008 , entre otras”.*

Pues bien, partiendo de estas premisas hemos de señalar que, el análisis de los datos objetivos con los que contamos en el presente caso para poder tratar de determinar cuál fue el elemento subjetivo que presidió la conducta de la acusada, nos lleva necesariamente a considerar que, en rigor, su conducta no estuvo presidida por la intención de privar al padre de modo permanente de la custodia que sobre su hija le fue atribuida por resolución judicial, sino que realmente lo que marcó toda su actuación fue el que no acababa de aceptar el contenido de la sentencia. Es lo cierto que la no entrega de la menor se prolongó durante más de dos meses, pero hay que partir del concreto contexto en que se desarrollan los hechos. No estamos ante un caso en el que ya hay un régimen consolidado de

determinación de la custodia en favor de uno de los progenitores con el correlativo régimen de visitas a favor del otro, y que uno de ellos decide quebrantar, sino que, en este caso concreto, la sentencia que determinaba el cambio de custodia de la menor, acababa de dictarse. Y en este sentido, es evidente, a la vista de todas las innumerables actuaciones procesales que desplegó la acusada a raíz de esa sentencia, que el ánimo o intención que presidió su conducta, no fue quedarse con la menor de manera permanente, privando al padre de la custodia, sino realmente no acatar la resolución judicial, a la espera de ver si conseguía cambiarla, propósito este que, ya hemos expuesto, no consiguió en ninguna de las vías instadas (ante el propio Juzgado de Instancia de Oviedo encargado de la ejecución, ante la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó la sentencia, ni ante el Juzgado de Familia de Ourense), al ser desestimadas todas las solicitudes, porque, tal y como se le hizo saber en todas ellas, realmente no estaba aportando ninguna situación novedosa respecto a la menor, sino que realmente lo que pretendía es cambiar el sentido de la resolución. En cualquier caso, como ya hemos expuesto, su intención no fue quedarse con la menor de manera permanente, privando al padre de la custodia, como lo evidencia el hecho de que no inició una nueva vida con ella, sino que lo que hizo fue mantenerla oculta, con un solo fin, evitar que el padre se la llevase, en tanto no consiguiese cambiar ese pronunciamiento judicial que en modo alguno era capaz de aceptar o acatar.

La interpretación del artículo que contempla el delito aquí enjuiciado permite inferir que partimos de una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo

retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal. Por tanto, normalmente estamos ante casos en que la custodia la viene ostentando el otro progenitor y no se respeta esa decisión, y como ya hemos expuesto, en este caso concurre la particularidad de que el cambio de custodia acababa de producirse, de modo que el elemento intencional que presidió la conducta de la acusada era más el resistirse a lo acordado en esa resolución judicial, que realmente querer de un modo definitivo sustraer al padre de la custodia.

Por todo ello, hemos de considerar que no es subsumible el presente supuesto en el delito de sustracción de menores del artículo 225.bis 2º.

**QUINTO.-** Procede, por tanto, analizar la pretensión subsidiaria efectuada por las acusaciones de que se considere que los hechos son constitutivos de un delito de desobediencia grave del artículo 556 C.P.

Tal y como ha venido estableciendo de manera reiterada la jurisprudencia: *“el delito de desobediencia requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de una orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones que con carácter terminante, directo o expreso imponga al particular una conducta activa o pasiva b) que medie, respecto a su cumplimiento, un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia en caso de incumplimiento c) su conocimiento, real y positivo, por parte del obligado y d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada y contumaz a la misma que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de autoridad. Es por ello preciso que para que exista la infracción penal de desobediencia es necesario y esencial que exista un mandato, orden o requerimiento expreso y terminante que emane de la Autoridad competente dentro del ejercicio de las funciones que le son propias, siendo necesario que la orden sea clara en*

*todos sus aspectos, de modo que la persona a quien va dirigida pueda captar con precisión en qué consiste el mandato” (vid. entre otras las SST S821 o 1615/2013 y 1219/2004, de 10 de diciembre).*

Pues bien, en el presente caso, es evidente que el Auto de fecha 5 de abril de 2.013 contenía un mandato claro y terminante dirigido a la acusada conforme al cual tenía que hacer entrega de su hija menor, al padre, D. C.M.F., en el domicilio de éste, sito en la xxxx de Oviedo, a las 20:00 horas del día siguiente al de la notificación del Auto despachando ejecución a su representante procesal la Procuradora D<sup>a</sup> Cecilia López-Fanjul Álvarez.

En dicha resolución, se establecieron también dos previsiones más para el caso de incumplimiento por parte de D<sup>a</sup> M.G.M. de la orden de entrega de la menor a su padre en los términos acordados en el punto anteriormente indicado. En primer lugar, librar oficio a la Policía Judicial para la inmediata averiguación del paradero de D<sup>a</sup> M.G.M. y de su hija xxx. Y en segundo lugar, en dicho Auto se indicó también que se le hiciese saber a D<sup>a</sup> M.G. que, en caso de incumplimiento reiterado de lo acordado incurriría en delito de desobediencia a la autoridad, librándose testimonio al Juzgado de Guardia a fin de que se incoasen por el Juzgado de Instrucción al que por turno le correspondiese, diligencias penales para la persecución de los hechos objeto del mismo y daría lugar a la modificación del régimen de visitas así como a la imposición de multas coercitivas.

Es evidente, por tanto, que existía una orden clara y terminante (entrega de la menor en una fecha concreta), en la que además se especificaban las consecuencias del no cumplimiento, entre ellas, la de incurrir en delito de desobediencia. Pese a ello, la defensa entiende que, en modo alguno, podría la acusada ser condenada por un delito de desobediencia, desde el momento en que no se le llegó a notificar personalmente la resolución que recogía ese mandato expreso y terminante, y efectivamente, es lo cierto que no hay notificación

personal del requerimiento a la acusada, básicamente, porque al colocarse en paradero desconocido no fue posible efectuar ese requerimiento. Ahora bien, la ausencia de ese requerimiento personal no excluye la posibilidad de condenar por un delito de desobediencia, en tanto en cuanto tengamos constancia plena y fehaciente de que la acusada sí conoció ese mandato terminante. En este sentido, lo que la jurisprudencia exige para entender cometido el delito es que el obligado tenga real conocimiento de la orden o mandato contra él dirigido, de modo tal que, en aquellos casos en los que, por no existir ese requerimiento personal no se puede sostener de manera incontrovertida que el destinatario sea conocedor del requerimiento contra él dirigido, necesariamente, habrá que dictar una sentencia absolutoria. Pero este no es el caso.

En este sentido, concurren en la causa datos suficientes a partir de los cuales poder concluir con plena certeza que la acusada era perfectamente conocedora de que se le había requerido para hacer entrega de su hija al padre, y además, de una forma concreta y clara, esto es, indicándosele un plazo categórico: a las 20:00 horas del día siguiente a la notificación de la resolución a su procuradora. En primer lugar, ese dato lo constituye el hecho de que la propia acusada no ha negado nunca que tuvo conocimiento de ese Auto, lo que niega es que se le hubiera notificado personalmente, pero no que lo desconociese. Es más, cuando prestó declaración en fase de instrucción (folio 1372), expresamente, reconoció lo siguiente: “se entera de que es perseguida por la policía. Se entera de que la jueza de Familia de Oviedo deduce testimonio por desobediencia contra la declarante”. Adviértase que estas dos previsiones, fueron las que se recogieron en el Auto para el caso de que la acusada no cumpliera con la obligación de entrega el día señalado, estableciéndose que se oficiase a la Policía para que procediese a averiguar su paradero y que se dedujese testimonio por si pudiera haber incurrido en un delito de desobediencia. Por tanto, sabía perfectamente que se pusieron en

marcha las dos consecuencias previstas para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega.

En todo caso, si con esto no fuera ya de por sí suficiente para entender debidamente acreditado el conocimiento de la orden terminante de entrega de la niña, sin duda alguna, un dato determinante al respecto lo constituye el hecho plenamente constatado de que la menor es retirada precipitadamente del Colegio con fecha 15 de abril, argumentando la madre para justificar dicha ausencia en virtud de escrito de fecha 16 de abril de 2013, que la menor no podría asistir a clases durante algunos días por “razones de urgencia en base a su interés”. Esta actuación se produce después de que se hubiese dictado el Auto de fecha 5 de abril, notificado a su Procuradora el 10 de abril, conforme al cual, tendría que entregar a su hija el día 11, de modo tal que, no habiendo entregado la acusada a la menor a su padre en la fecha indicada de modo voluntario, sabía que la Policía iba a ser la que se encargase de localizarla, lo que explica que la menor sea retirada del Colegio, de esa forma tan repentina y precipitada, indicado la madre que era por razones de urgencia, razones de urgencia que obvio es que no fueron un problema grave de salud o de naturaleza similar, de modo que, no cabe otra conclusión posible más que la de que sabe que, dado que no ha cumplido voluntariamente el mandato que se le ha dirigido, de un momento a otro, la Policía comenzará a buscarla. Y la prueba está en que precisamente ese mismo día 16 de abril, ya se dicta por la Secretaria judicial el Decreto ordenando dar cumplimiento de las dos previsiones recogidas en el Auto para el caso de no cumplimiento de la orden, esto es, proceder contra ella penalmente por desobediencia y oficiar a la Policía Judicial para la determinación del paradero de la acusada y su hija. Si la acusada hubiera desconocido totalmente que había este mandato de entrega inmediata, la menor hubiera seguido yendo al Colegio con toda normalidad. No hubo más razón de urgencia para retirarla que el dictado de esa orden. Es la propia actuación de la acusada la que evidencia el conocimiento efectivo de la orden.

En cualquier caso, si con lo expuesto hasta el momento, alguna duda nos sigue quedando todavía al respecto, sobre el conocimiento real y efectivo del mandato por parte de la acusada, tales dudas han de quedar totalmente disipadas escuchando de primera mano el testimonio de uno de sus familiares directos, esto es, el de su tía D<sup>a</sup> xxx, la cual, como ya hemos expuesto anteriormente en esta resolución, tras preguntársele en juicio que, si tal y como acaba de afirmar, su sobrina siguió haciendo una vida normal, por qué se la había quitado del Colegio, acabó admitiendo claramente que se actuó así porque si no el padre podía aparecer y llevársela. Este testimonio a nuestro juicio resulta esencial porque nos evita hacer elucubraciones a la hora de tratar de esclarecer el por qué del comportamiento de la acusada, pudiendo conocer de primera mano, a través del testimonio de un familiar directo, que, primero, sabía perfectamente que tenía que entregar a la menor al padre y, segundo, que como no quiso acatar esa orden, tuvo que quitar su hija del Colegio con el fin de evitar que finalmente se hiciese efectiva esa entrega al padre. Constatados estos datos, poca argumentación más podemos añadir para considerar plenamente acreditado el elemento cognoscitivo necesario para apreciar el delito de desobediencia.

En todo caso, contamos con muchos más datos para considerar que la acusada era plenamente conocedora de la existencia ya no solo de ese mandato, sino también de las consecuencias que se podían derivar para la misma de no cumplirlo. Debe advertirse de entrada que, no es este un caso en que los profesionales designados por la acusada para defender sus intereses en el procedimiento de ejecución del que deriva esta causa tras no acatarse lo ordenado, hayan actuado a espaldas de la acusada sin ponerle al tanto de todas las resoluciones que se iban dictando. De ser así la acusada así lo habría indicado, ya sea con ocasión de la declaración que prestó en fase de instrucción, ya sea en el propio acto del juicio. Y es que además se da la particularidad en el caso concreto de que su letrado es su progenitor, con lo cual es obvio que tenía toda la

información de primera mano y era plenamente conocedora de todos los pasos que se iban dando. En este sentido, aparte de las argumentaciones que ya hemos expuesto anteriormente acerca de que no hay forma de que pueda sostener que desconocía el requerimiento terminante que se le dirigió, lo cierto es que ella misma inició a raíz de ese requerimiento toda una serie de actuaciones procesales dirigidas expresamente a combatirlo. En definitiva, no estamos ante un caso en que, por estar en una situación de rebeldía procesal, podría realmente ignorar todo lo que iba sucediendo. Así, ya de entrada, presentó un escrito de oposición a ese Auto despachando ejecución, en uno de cuyos apartados expresamente hizo constar lo siguiente: “motivos de negativa a hacer lo que el título dispone” (folio 104).

Por otro lado, contamos en autos con los email cruzados entre denunciante y acusada, de fecha 13 de mayo de 2.013, cuya autenticidad no se ha cuestionado, de hecho, se ha hecho alusión por la defensa algunos extremos consignados por el mismo (“me tienes que traer a xxx a Oviedo hoy a las 21:00 horas o si lo prefieres mañana día 14 de mayo de 2013 a las 14:00 horas”), de los que se desprende claramente que la acusada sabía que estaba siendo buscada por la Policía, por tanto, sabía perfectamente que se había puesto en marcha una de las consecuencias previstas en el Auto para el caso de no entrega a la menor. Así, la acusada le manifiesta a su exmarido: “la situación a día de hoy es que existe una amenaza real y cierta de que si xxx va mañana al Colegio, sea detenida por la Policía, arrancada brutalmente de su mundo y trasladada como si fuera un objeto. Dime si estás de acuerdo en que sea la policía, por esta vía, quien se encargue de hacer efectivo un cambio de guardia y custodia”. Como podrá apreciarse, del contenido del email se desprende que no estaba sorprendida la progenitora por el hecho de estar siendo buscada por la Policía, como sería lo lógico en caso de desconocer cuál fue la orden que se le había impuesto y por tanto por qué la

buscaba la policía. Sabe perfectamente que es porque no entrega a la niña, de hecho, dice claramente que si va al Colegio la niña, sucederá eso.

Abundando más en esta cuestión, hemos de señalar que se dicta también un Decreto de fecha 16 de abril de 2.013 por parte de la Secretaria Judicial del juzgado encargado de la ejecución, para proceder a dar cumplimiento a las previsiones del Auto de fecha 5 de abril, por tanto, para mandar deducir testimonio de particulares para depurar las responsabilidades penales en que podría haber incurrido la acusada así como para oficiar a la Policía Judicial para la búsqueda de la acusada, y la representación procesal de la acusada también presentó recurso contra el mismo, de modo que, sabía perfectamente a fecha 16 de abril que ya se iba a iniciar un procedimiento de desobediencia contra ella. De hecho, tal y como expusimos anteriormente, la propia acusada reconoció en fase de instrucción que se enteró que estaba siendo perseguida por la Policía y que se había deducido testimonio por desobediencia. Es más, a los folios 585 y siguientes, consta un recurso de apelación formalizado por el letrado de la acusada, “firmado conjuntamente” con la propia acusada, presentado contra el Auto de fecha 2 de abril de 2.013, por el que se acordaba incoar diligencias previas por un delito de desobediencia, recurso que formalizó en fecha 23 de mayo de 2.013. De modo que, aun cuando aceptásemos que desconoció inicialmente la orden concreta de entrega, una vez que ya sabe que se está procediendo contra ella por desobediencia, lo lógico hubiera sido, para poder realmente entender que no quería desobedecer la orden, que se presentase de forma inmediata ante el Juzgado que incoó esas Diligencias por desobediencia, para poner de manifiesto que todo había sido fruto de un error, y que no tenía voluntad alguna de desacatar la resolución, haciendo entrega inmediata de la menor, pero no solo no actuó así, sino que, después de presentar este recurso de apelación el 23 de mayo, siguió sin entregar a la menor hasta el 17 de junio, por tanto, no puede en modo alguno decir que desconocía esa orden de entrega. Incluso consta al folio 1683 el escrito

presentado por su propia Procuradora con fecha 7 de mayo de 2.013 y firmado por su letrado, en el que expresamente se hace constar “que en el día de ayer se ha podido poner en contacto telefónico con D<sup>a</sup> M.G.M., a quien se le ha puesto en conocimiento personal de esta ejecución. A la vista de lo actuado, interesa, se acuerde la suspensión de la ejecución, teniendo en cuenta que la menor no tiene plaza escolar en Oviedo y que el cambio de guarda y custodia supondrá un perjuicio grave para la menor, suspensión que asimismo ha sido solicitada ante el Tribunal Supremo. Subsidiariamente, para el improbable caso que se accediera a la suspensión, mi mandante estaría dispuesta a la entrega voluntaria de la menor, señalando a tal efecto fecha hora el Juzgado, cuando la sentencia sea ejecutable”. Por tanto, con este escrito, ya ningún resquicio de duda puede quedar acerca del conocimiento pleno de la acusada de que tenía que entregar a la menor, y es que expresamente, se dice que ha tomado conocimiento personal de la ejecución y pide que se suspenda la obligación de entrega, hasta que, a su juicio, la sentencia fuese ejecutable.

Siendo así las cosas no podemos caer en el absurdo de considerar, pese a tener constancia plena de que la acusada conocía el mandato así como de que estaba siendo buscada por la Policía y de que se había procedido contra ella por desobediencia (por tanto, conocía plenamente la conducta que tenía que observar y las consecuencias que se estaban derivando para ella como consecuencia del incumplimiento), que, como no hay un requerimiento personal, no puede producir consecuencia alguna el incumplimiento de la orden que se conoce perfectamente. No se concibe que sí tengamos que dar validez a todas las actuaciones que desplegó la acusada para combatir ese mandato judicial y también para combatir las consecuencias derivadas de ese incumplimiento del mandato (firmando incluso personalmente alguno de esos escritos), y que sensu contrario, no podamos derivar consecuencia negativa alguna para la misma por no acatar lo ordenado, por la simple formalidad de que no hay requerimiento personal,

requerimiento que recordemos de nuevo, si no se pudo hacer, es, precisamente, porque estuvo en ignorado paradero.

En este sentido, lo indispensable para poder apreciar el delito es que se tenga constancia, como se tiene en este caso, del conocimiento real y efectivo de la orden por parte del obligado a acatarla.

Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2.003, establece: *“En el presente caso, como señala el Ministerio Fiscal, se evidencia con arreglo a los hechos probados que el acusado incumplió la obligación que le impuso la autoridad judicial, en procedimiento civil de su competencia, relativo a las medidas por las que se regulaba el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y del régimen de visitas, obligación que el propio recurrente conocía ya que inició el trámite para su impugnación, abandonando el recurso y la actuación en el ámbito del proceso para, consciente y voluntariamente, situarse al margen del mismo, ocultando su domicilio, evitando cualquier contacto de los menores con su madre, situándose en la posición de impedir cualquier contacto con la administración de justicia, precisamente porque venía obligado al cumplimiento de aquellas medidas que no estando dispuesto a cumplir, solo podía hacerlo mediante su desaparición y la de los menores de forma que con ello las incumplía íntegramente con el traslado de los hijos a otra provincia, que imposibilitó el cumplimiento de aquellas medidas con su incumplimiento, se hizo con la “guarda y custodia” de sus hijos, que la misma autoridad judicial había confiado a su esposa. El razonamiento de la Sala de instancia es correcto y acertado al señalar que la falta de la notificación de la sentencia o de un requerimiento expreso, no puede impedir la calificación de que los hechos probados se ha efectuado, por cuanto es evidente que el acusado conocía el mandato expreso, e incluso el anterior posteriormente modificado, pues es un hecho derivado el que ni tan siquiera permitió a la madre el ejercicio del derecho de visitas, su actitud fue de abierta negativa a reconocerla, con grave menoscabo al principio de autoridad, persistiendo contumazmente en la actitud desobediente”.*

En definitiva, a la vista de todo lo expuesto, necesariamente hemos de considerar plenamente acreditado que existió un mandato claro y terminante, del que la acusada tuvo conocimiento real y efectivo, así como de las consecuencias que se derivarían para ella de no cumplirlo, y pese a ello, no acató la orden. Ya hemos expuesto en el fundamento de derecho primero de esta resolución nuestra consideración acerca de que ninguno de los motivos esgrimidos por la acusada para amparar el no cumplimiento del mandato constituye razón justificada para no cumplir la resolución judicial, pues, en primer lugar, no ha podido probarse que la menor corriese peligro grave y real alguno por el cambio que justificase el que dejase de cumplirse esa obligación de entrega, y el hecho de haber entablado diversas vías legales (las cuales, a mayor abundamiento, fueron totalmente desestimadas), en modo alguno, justificaba el dejar sin efecto una resolución judicial que era plenamente ejecutiva una vez cumplido el requisito de la matriculación, requisito respecto del cual también ya hemos expuesto que había sido debidamente cumplido por el padre, lo que necesariamente nos lleva a concluir la voluntariedad de la desobediencia observada, de modo que concurre también el elemento subjetivo necesario para apreciar el delito.

Sentado esto, y al objeto de poder deslindar el delito de la falta (actualmente despenalizada) resta por analizar la cuestión relativa a cuál es la entidad de la desobediencia observada, debiendo adelantarse, ya de antemano, que, vistas las circunstancias concurrentes, necesariamente, hemos de considerar que no puede recibir más calificativo posible que la de grave. En primer lugar, por el tiempo que duró ese acto de desobediencia (más de dos meses desde que se le notifica el auto requiriéndole para la entrega de la menor hasta que se verifica la misma), lo que evidencia la contumaz rebeldía al cumplimiento de la orden y la persistencia en la negativa a acatar la resolución judicial. Adviértase que incluso esta rebeldía persistió tiempo después de que se iniciara un procedimiento penal dirigido precisamente a castigar la desobediencia; en segundo lugar, la gravedad

también viene dada por el despliegue de esfuerzos personales y materiales que su conducta obligó a realizar con el fin de conseguir vencer esa resistencia a acatar lo acordado y poder hacer efectivo el cambio de custodia. Y es que ya al margen de las diferentes resoluciones judiciales que se tuvieron que dictar para disuadir a la acusada de persistir en su desacato (auto desestimando la oposición y manteniendo la orden acordada por resolución de fecha 5 de Abril, auto desestimando la revisión entablada contra el Decreto de la Secretaria judicial ordenando su búsqueda por la Policía Judicial y proceder contra ella penalmente, resolución del recurso interpuesto contra el Auto acordando incoar diligencias previas por desobediencia, etc), lo que nos parece más grave es que, como consecuencia de su comportamiento, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes, se vieron obligados a sustraer su tiempo y efectivos personales y materiales a otros fines más necesarios como la prevención de delitos y la seguridad ciudadana, a fin de tratar de localizarla. En este sentido, sea mayor o menor el tiempo empleado, los agentes tuvieron que hacer vigilancias aleatorias en su domicilio, comprobar registros de los establecimientos hoteleros de este país, pedir auxilio a Guardia Civil, Policía Autonómica, etc., mantener constantes entrevistas infructuosas con familiares, etc., todo lo cual evidencia que no se puede degradar a una mera falta el comportamiento de la acusada. Y por último, la gravedad la hemos de apreciar también en base a los perjuicios que para la menor supuso la actuación de su progenitora, y es que el desacato observado no la implicó sólo a ella, sino que alcanzó también a su hija, la cual se vio obligada a abandonar precipitadamente su colegio, privándosele de la posibilidad de seguir recibiendo su formación académica, así como de mantener el más mínimo contacto y relación con su padre, al margen ya de otras incógnitas que nunca podremos resolver acerca de en qué circunstancias tuvo que desarrollarse la vida de esta menor durante todo el tiempo en que trató de mantenerla oculta.

Por todo ello, necesariamente los hechos han de ser subsumidos en el delito de desobediencia grave del artículo 556 C.P.

**SEXTO-** Se alega por la defensa que, en todo caso, concurriría en la acusada un estado de necesidad que determinaría de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.5 C.P que deba proclamar su absolución igualmente por concurrir esta eximente completa. Sin embargo, vista la argumentación expuesta en esta resolución difícilmente podría aceptarse tal pretensión, pues, en primer lugar, ya hemos expuesto nuestro parecer acerca de que no ha podido acreditarse cuál era el grave peligro o riesgo que existía para la menor, con lo cual desconocemos cuál es el mal que se trataba de evitar. Adviértase que como ya hemos expuesto con anterioridad, la Audiencia Provincial de Oviedo valoró los riesgos que suponía el cambio de colegio a mitad de curso, y aun así, entendió que el riesgo o peligro para la menor de continuar en el ámbito familiar materno era mayor que los riesgos derivados de ese cambio a mitad de curso, con lo cual, tampoco se cumpliría el requisito necesario para poder apreciar esta eximente de que el mal causado no sea mayor que el que se trataba de evitar.

Se invoca también la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 C.P, sin embargo, no podemos apreciar cuál fue el derecho que se ejerció legítimamente. No se recoge argumentación alguna en el escrito de defensa para fundamentar estas peticiones, pero, en cualquier caso, es evidente que estando ya privada la acusada de la custodia de su hija, en virtud de una resolución judicial que era ejecutiva, no puede invocar legítimo derecho alguno que precisamente implique excluir el legítimo derecho de custodia reconocido al padre en virtud de resolución judicial.

Por último, se invoca el error invencible de prohibición, situación esta que, en este caso, si cabe más todavía, es totalmente inviable, pues, la acusada tenía la opción de asesorarse, a través de su letrado, acerca de si podía o no dejar de cumplir el mandato judicial sin que se derivaran para ella consecuencias legales. En este sentido, tal y como ha venido proclamando de manera reiterada la jurisprudencia: 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 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.

Por otro lado, en este caso, menos aún podría invocar la acusada en este caso ese error de prohibición pues, aun cuando inicialmente desconociese, pese a que como ya hemos expuesto, contaba con asesoramiento legal directo, que podía derivarse alguna consecuencia penal para ella por su actuar, desde el momento en que se inicia un procedimiento penal contra ella por desobediencia, ya no puede seguir manteniendo que desconocía que podía pasar eso. Adviértase que en este caso se da la particularidad de que cuando se inicia el procedimiento penal aún no se había agotado la conducta delictiva desplegado por la acusada, como suele ser lo habitual, y es que, ya en fecha 16 de abril de 2.013 se acuerda deducir testimonio contra ella por desobediencia, y pese a ello, siguió sin hacer entrega de la niña hasta el 17 de junio.

**SÉPTIMO.-** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Se reclama por la defensa la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, sin embargo, no hemos podido apreciar que el procedimiento haya estado paralizado injustificadamente durante períodos prolongados de tiempo y lo cierto es que si ha habido algún retraso hasta que finalmente se ha enjuiciado la

causa, ello ha sido debido, sin duda, a la complicación que la tramitación ha experimentado a la vista de los constantes recursos presentados por las partes, incluida la propia defensa.

**OCTAVO.-** Respecto a la pena que procede imponer, hemos de señalar que la misma aparece contemplada en el artículo 556 del Código Penal, si bien, hemos de indicar que este artículo ha sufrido una reciente modificación con la introducción de la L.O 1/2015, cuya aplicación, sin duda, es más beneficiosa para el reo porque rebaja el mínimo a imponer, de 6 a 3 meses, e incluso, introduce la posibilidad alternativa de castigar el hecho delictivo con multa. En el presente caso, entendemos que la gravedad de los hechos, conforme a las consideraciones expuestas anteriormente en esta resolución, justifica la imposición de una pena de prisión, ahora bien, a nuestro juicio, es en este apartado donde podemos entrar a valorar consideraciones ajenas a lo estrictamente jurídico, eso sí, siempre dentro de los marcos que fija la ley, de modo que, sin perjuicio de que tampoco podemos dejar de reconocer que, en la comisión de este tipo de hechos siempre existe, al menos, otra parte perjudicada, lo cierto es que para un progenitor que se ve privado de la custodia de su hija, no por no cuidarla debidamente, tal y como expuso la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (sino por lo expuesto en esta misma resolución acerca de que se entendía que de seguir la menor en el ámbito materno se vería expuesta a una negativa influencia respecto a la imagen del padre, creando en la niña un conflicto de lealtades), resulta verdaderamente dramático tener que asumir esa realidad. Es por ello, que estimamos ajustado a derecho imponer a la acusada la pena mínima prevista en el tipo penal, esto es, 3 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**NOVENO.-** Se reclama por la acusación particular una indemnización de 40.000 euros por daños morales. Sobre esta cuestión hemos de comenzar señalando que, efectivamente, el art. 109 del Código Penal establece que la

ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. En este sentido, el artículo 110 del citado texto legal establece lo que comprende la responsabilidad civil: restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En el presente caso, hemos de partir de la consideración de que el denunciante no es el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico lesionado por la conducta típica (pues tal condición la ostenta la autoridad cuya orden no se obedece), sin embargo, es evidente que sí ostenta la condición de perjudicado, en cuanto persona física que sufre algún daño o perjuicio derivado de la comisión del delito, y por tanto, tiene también derecho a ser resarcido por el daño padecido. En este sentido, aparte de que esta conducta desobediente de la acusada supuso una lesión del correcto funcionamiento de la administración de justicia y el debido respeto a las resoluciones judiciales, en lo que al progenitor se refiere, supuso también, ya no solo la imposibilidad de poder ejercer la custodia que sobre su hija le había sido atribuida por resolución judicial plenamente ejecutiva, sino que incluso se vio totalmente privado de la posibilidad de entablar el más mínimo contacto con su hija desde, al menos, el 30 de marzo de 2013, fecha en que se presentó en Ourense para recoger a su hija con el fin de hacer efectiva la sentencia, desconociendo totalmente el progenitor durante todo ese intervalo de tiempo que va desde esa fecha (30 de marzo) hasta el 17 de junio, momento en el que la madre finalmente sí entregó a la menor, dónde se encontraba su hija, en qué condiciones estaba, etc, conducta esta que obviamente es susceptible de generar un importante desasosiego y un sufrimiento emocional en cualquier progenitor que padece esa situación, al ser privado arbitrariamente del derecho a relacionarse y comunicar con su hija, situación que por extensión también afectó al resto de sus familiares del lado paterno (hermano, abuelos, etc).

Se trata este de un bien que afecta a la esfera eminentemente personal y que afecta a valores constitucional de primer orden tales como el derecho al desarrollo de la personalidad del ser humano, a la intimidad familiar, a la participación en la educación y desarrollo de la vida de los hijos, etc.

Sobre esta cuestión referente al daño moral, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª, Sentencia 275/2009 de 26 May. 2009, Rec. 64/2009, ha establecido: *“Se trata, por tanto, de un concepto jurídicamente indeterminado que ha de integrarse por aplicación de los principios y valores que cabe extraer del análisis de la C.E. y del resto de las normas que constituyen nuestro sistema jurídico, y de las pautas dominantes en el seno de la sociedad que la rige. Ante todo, habría que distinguir entre el “daño moral” y los “perjuicios” que de él derivan. Por daño moral (como opuesto a “patrimonial” o “económico”), se entiende el menoscabo de un bien de la personalidad que, en sí mismo, carece de equivalente económico, por estar sustraído a la posibilidad de negociación y, por ende, de la formación objetiva de los precios en el mercado. La vida, la integridad corporal y la salud física y psíquica constituyen un ejemplo arquetípico de esos bienes. Junto a ellos, se citan igualmente el derecho al respeto a la dignidad que toda persona merece en cuanto tal, así como su derecho al desarrollo de su personalidad hasta poder alcanzar su mayor plenitud posible, y el derecho a que se respete su imagen pública y privada. La vulneración de estos bienes y derechos no es susceptible de indemnización en sentido estricto, sino de compensación. Se trata de restablecer el equilibrio tras la lesión sufrida en ellos; equilibrio que, en determinadas circunstancias, puede demandar medidas específicas, entre las que se encuentra, sin agotarlas, la percepción de una cantidad de dinero que no ha de interpretarse como el equivalente económico (“id quod inferest”) del menoscabo moral sufrido, porque éste, por definición, no es monetarizable, sino como oportunidad de que la víctima se proporcione con ese dinero (el bien fungible por excelencia) satisfacciones que compensen el dolor padecido”.*

La figura del daño moral ha sido tratada por nuestro Alto Tribunal ya en sentencias de fecha 5 de Marzo de 1991 y 26 de Septiembre de 1994, interpretando

esta última el contenido y alcance de la doctrina nacida de la anterior. Así, la STS de 5 de Marzo de 1991 dispuso que *“el llamado “pretium dolores”, es decir, el precio del dolor, sufrimiento, pesar o amargura nace de la realidad sin necesidad de ser acreditado ni especificado en el relato de hechos probados por cuanto es consustancial al conjunto del relato histórico o hecho probado y susceptible de valoración económica sin que tal concepción del mismo pueda asociarse a la idea de hipótesis, conjeturas o suposiciones y por lo tanto desprovista de certidumbre o seguridad, exigiendo, como único presupuesto procesal indispensable para que el Tribunal pueda pronunciarse, que sea solicitado el resarcimiento de dicho daño, apreciable al amparo de lo previsto en el art. 113 CP (anterior art. 104 CP), reinterpretándose en cierto modo la doctrina anteriormente expuesta en la STS de 26 de Septiembre de 1994 al señalar que la anterior sentencia de fecha 5 de Marzo de 1991 ha venido a señalar que el daño moral no es susceptible de cuantificación como sí lo es el daño material, debiendo establecerse aquél mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del dolor producido por la ofensa delictiva”*.

Partiendo de todo lo anterior y, por tanto, dejando sentado que es, incuestionable, que la conducta enjuiciada generó un indudable daño moral en el progenitor, se nos plantea la difícil tesitura de traducir en términos económicos esa “pretium doloris”, pues, resulta difícil fijar una cifra que pueda comprender debidamente en términos económicos el verse privado de la más mínima relación con una hija durante casi tres meses. En cualquier caso, ponderando todas las circunstancias concurrentes, consideramos que ese perjuicio debe ser fijado en la cantidad de 2.000 euros.

**DÉCIMO.-** Las costas han de imponerse a los responsables de todo delito, según deriva de lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre las cuales deben incluirse las de la acusación particular. Sobre esta cuestión debe recordarse que, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo 41/2013, es doctrina jurisprudencial que:

- La condena en costas incluye como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.

- La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

- Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015, se advierte de que se impondrán las costas causadas por el ejercicio de la acusación particular. La regla general es la imposición de las costas de la acusación particular, salvo los supuestos antes citados.

Pues bien, en este caso, en que se ha acogido íntegramente el planteamiento efectuado por la acusación particular con carácter subsidiario a la petición principal, coincidiendo también con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, deben necesariamente incluirse las costas de la acusación particular, al no haberse tratado de una acusación superflua ni ser las peticiones articuladas, totalmente heterogéneas a las recogidas en sentencia.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## F A L L O

Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la acusada, **D<sup>a</sup> M.G.M.**, como autora criminalmente responsable de un delito de desobediencia grave del art. 556.1 C.P (conforme a la redacción introducida por la L.O 1/2015, de 30 de marzo), sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone a la condenada el pago de las costas procesales, entre las que deben incluirse las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, la acusada deberá indemnizar a D. C.M. F. con la cantidad de 2.000 euros, por daños morales.

Notifíquese la presente a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Ourense en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a su notificación.

Así por ésta, mí sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, constituidos en audiencia pública.

