

SENTENCIA N° 259/2017

En Lugo, a veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Ilma. Sra. D.^a S. Vázquez Mariño, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal número 1 de Lugo, los presentes autos de JUICIO ORAL registrados con el número de **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 152/16-S**, remitido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mondoñedo para su enjuiciamiento por presuntos delitos de **SUSTRACCIÓN DE MENORES y ABANDONO DE FAMILIA**, interviniendo como partes acusadoras el MINISTERIO FISCAL y D. V.L.A. (representado por el Procurador Sr. Fernández Expósito y defendido por el Letrado Sr. Sánchez Bustillo); y siendo acusado:

.- **D.^a V.E.A.R.**, nacida en Ribadeo (Lugo) el día 24/10/1972, hija de xx y de xxx, con DNI xxx- Y (representada por el Procurador Sr. Martín Buitrago Calvet y defendida por el Letrado Sr. González Seco Iglesias).

.- **D. F.A.N.**, nacido en Ribadeo (Lugo) el día 6/6/1945, hijo de xx y de xxx, con DNI xxx (representado por la Procuradora Sra. Sabariz García y defendido por el la Letrada Sra. García Martínez).

.- **D.^a M.R.B.**, nacida en A Pastoriza (Lugo) el día 3/4/1943, hija de xxx y de xxx, con DNI xxx (representada por la Procuradora Sra. García Méndez y defendida por la Letrada Sra. García Martínez).

.- **D. I.A.R.**, nacido en Ribadeo (Lugo) el día 16/11/1979, hijo de xxx y de xxx, con DNI xxx (representado por la Procuradora Sra. Arias Regueira y defendido por la Letrada Pérez Pérez).

.- **D.^a M.S.A.R.**, nacida en Ribadeo (Lugo) el día 21/8/1978, hija de xxx y de xxx, con DNI xxx (representada por la Procuradora Sra. Moreiras Iglesias y defendida por el Letrado Sr. Awad Mohamed).

.- **D.^a M.J.A.R.**, nacida en Ribadeo (Lugo) el día 5/1/1974, hija de xxx y de xxx, con DNI xxx (representada por la Procuradora Sra. Peláez García y defendida por la Letrada Sra. Jiménez Torres)

.- **D.^a C.L.R.V.**, nacida en Ribadeo (Lugo) el día 12/6/1971, hija de xxx y de xxx, con DNI xxx (representada por la Procuradora Sra. Peláez García y defendida por la Letrada Sra. Santamarina Cerdeira).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias fueron incoadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mondoñedo (Diligencias Previas 136/13).

SEGUNDO.- Concluida la tramitación en el Juzgado de Instrucción se remitió la causa a este Juzgado para su enjuiciamiento y una vez recibida, se resolvió sobre las pruebas propuestas por las partes, señalando para la celebración del correspondiente juicio oral los días 1,2 y 3 de febrero de 2017.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales acusaba a:

.- V.E.A.R. como autora de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal

.- F.A.N., M.R.B., I.A.R., M.S.A.R. y M.J.A.R. como autores de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2° y 5 del Código Penal por cooperación necesaria de los artículos 27 y 28b) del Código Penal.

.- C.L.R.V. como cómplice de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2° y 5 del Código Penal, con arreglo a los artículo 27, 29 y 63 del Código Penal.

Concurriendo en la acusada V.E.A.R. la atenuante simple por análoga significación con la de anomalía psíquica (art. 21.7ª en relación con la 1ª y con el 20.1º y 66.1.1ª del Código Penal. Sin la concurrencia en el resto de los acusados de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Solicitando la imposición a:

.- V.E.A.R. por cada uno de los delitos de sustracción de menores la pena de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad durante el tiempo de cuatro años y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

.- F.A.N., M.R.B., I.A.R., M.S.A.R. y M.A.R. por cada uno de los delitos de sustracción de menores la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad durante cuatro años para cada uno de ellos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

.- C.L.R.V. por cada uno de los delitos de sustracción de menores la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad durante dos años y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena.

A todos ellos las costas si las hubiere.

CUARTO.- Por la acusación particular en su escrito de conclusiones provisionales acusaba a:

.- V.E.A.R. como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal y un delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 226.1 del Código Penal.

.- F.A.N., M.R.B., I.A.R., M.S.A.R. y M.J.A.R. como autores de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal y un delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 226.1 del Código Penal por cooperación necesaria de los artículos 27 y 28b) del Código Penal.

.- C.L.R.V. como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal, y un delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 226.1 del Código Penal por inducción conforme a los artículos 27 y 28 a) del Código Penal.

Sin la concurrencia en los acusados de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Solicitando la imposición a:

.- V.E.A.R. por el delito de sustracción de menores cuatro años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de patria potestad durante 4 años con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas, incluidas las de la acusación particular; y por el delito de abandono de menores dos años de prisión.

.- F.A.N., M.R.B., I.A.R., S. A.R., M.J.A.R. y María C.L.R.V., por el delito de sustracción de menores cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y por el delito de abandono de familia dos años de prisión, y costas, incluidas las de acusación particular.

En concepto de responsabilidad solicita que los acusados deberán indemnizar a V.L.A., en la cantidad de 80.000 € correspondientes al daño moral ocasionado por no tener noticia ni contacto alguno respecto de sus hijos, durante los casi dos años que fueron secuestrados.

QUINTO.- Por las defensas de los acusados se presentaron escritos de defensa, solicitando la libre absolucióón.

SEXTO.- En el acto del juicio oral, una vez practicadas las pruebas admitidas con el resultado obrante en el medio de reproducción audiovisual correspondiente, por la defensa de la acusada V.E.A.R. se modificó la conclusión 4º de su escrito de defensa en el sentido de añadir la solicitud de aplicación de la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6 del CP. Subsidiariamente, interesó la aplicación de la atenuante propuesta por el Ministerio Fiscal de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del CP, así como de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 de dicho texto.

Por la defensa del acusado I.A.R., se modificó la conclusión 4ª de su escrito de defensa en el sentido de solicitar la aplicación de la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6 del CP, y subsidiariamente, la aplicación de la atenuante de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.1 y de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 de dicho texto.

Por la defensa de los acusados F.A.N. y M.R.B. se modificó la conclusión 4ª de su escrito de defensa, interesando la aplicación de la eximente de anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 del CP, así como de la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6 del mismo texto; subsidiariamente interesó la aplicación de la atenuante de anomalía psíquica del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del CP, así como de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 de dicho texto.

Por la defensa de la acusada C.L.R.V. se modificó la conclusión 4ª de su escrito en el sentido de añadir la solicitud de aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP.

El Ministerio Fiscal y el resto de las defensas elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

Las sesiones de juicio oral finalmente tuvieron lugar los días 1 y 2 de febrero de 2017, no habiendo sido necesario extender su celebración al día 3 de dicho mes.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente juicio se han seguido las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se considera probado y así se declara expresamente lo siguiente:

V.L.A. y V.E.A.R. se divorciaron en virtud de sentencia de fecha 10-07-2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, la cual atribuía a la madre la guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, xxx y yyy, nacidos respectivamente el xxx-09-1995 y el xxx-12-2000, estableciéndose un régimen de estancias y comunicaciones con el padre.

En fecha 17-12-2008, V.E. formuló denuncia contra V. por presuntos abusos sexuales hacia su hija, la cual dio lugar a las Diligencias Previas 683/08 del Juzgado de Instrucción de Castropol, archivadas por auto de fecha 15-07-2009, confirmado por la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

Durante la tramitación de las diligencias penales, el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, acordó como medida cautelar en un momento inicial la suspensión del régimen de visitas atribuido a V. en la sentencia de divorcio. Tras el archivo de la causa penal, V.E. comenzó a incumplir el mencionado régimen, lo que dio lugar a que el padre, en fecha 1-09-2009, presentase escrito solicitando la inmediata entrega de los menores, de modo que el Juzgado, al objeto de resolver sobre dicha petición, convocó a las partes a una comparecencia para el 9-09-2009, siendo citadas tanto V.E. como su letrada C.L.R.V., para que acudiesen en la mencionada fecha con los niños, no obstante lo cual no comparecieron.

Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón dictó, con fecha 9-09-2009, auto acordando que los

menores Xxxxx y Yyyyyy pasasen a convivir con su padre, quedando suspendido todo tipo de comunicación y estancias con la madre en tanto en cuanto ésta no solicitase en forma su reanudación y permitiera con su asistencia la celebración de una vista.

Al objeto de llevar a efecto la citada resolución, la Guardia Civil de Ribadeo citó personalmente a V.E. el día 10-09-2009 para que compareciese con sus hijos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, requerimiento que fue desatendido.

En fecha 28-09-2009, y ante el hecho de que nada sabía de sus hijos, V.L. formuló ante la Comisaría de Policía de Gijón, denuncia por la desaparición de Xxxxx y Yyyyyy, de 8 y 14 años de edad en aquel momento.

En marzo de 2010, V.L. interpone demanda interesando la modificación de las medidas acordadas en relación a los hijos en la sentencia de divorcio, la cual fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón al número 231/2010. V.E., a pesar de encontrarse en ese momento en paradero desconocido, contestó a la demanda a través de la letrada C.L.R.V., si bien ni una ni otra comparecieron al juicio celebrado el 10-06-2010, recayendo en esa misma fecha sentencia que acordaba, entre otros pronunciamientos:

Privar a V.E. de la patria potestad que ostentaba respecto de sus hijos Xxxxx y Yyyyyy, pasando a ostentar en exclusiva tal derecho Don V.L..

Atribuir a Don V.L. en exclusiva la guarda y custodia de sus hijos.

Suspender todo tipo de comunicación y estancias de los hijos con V.E., en tanto no fuese posible realizar un

informe psicosocial para valorar si esas relaciones serían beneficiosas o perjudiciales para los niños.

Dicha sentencia fue recurrida por V. a través de la Letrada mencionada, siendo confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Gijón.

Así pues, la acusada, V.E.A.R., mayor de edad y sin antecedentes penales, a sabiendas de su deber de entregar los hijos a su padre, con la finalidad de evitar el cumplimiento de las citadas resoluciones judiciales, se ocultó con los menores sin dar a conocer su paradero, permaneciendo en esta situación desde septiembre de 2009 hasta que fueron encontrados por la Policía Judicial el 3-05-2011 en la vivienda sita al nº 7 de la calle xxxx de la localidad de Ribadeo (Lugo).

Durante el periodo en que estuvieron ocultos, los menores estuvieron sin escolarizar y sin control médico alguno, permaneciendo la mayor parte del tiempo recluidos en la vivienda, de la que apenas salían para evitar ser descubiertos.

La coacusada C.L.R.V., durante todo el tiempo que duró la sustracción de los menores, estuvo en contacto permanente con la madre de los mismos, dándole instrucciones de cómo debía actuar para no ser descubierta por la policía.

Durante dicho periodo, los acusados F.A.N., M.R.B., padres de la acusada V.E., y los acusados M.J., I. y S. A.R., hermanos de la misma, estaban al tanto del paradero de ésta y de sus hijos, si bien no ha resultado acreditado que dichos familiares hubiesen proporcionado a V. los alimentos y dinero en metálico necesarios para mantenerse oculta con los menores durante casi dos años. S. A.R. alquiló el inmueble donde la acusada y los menores fueron hallados, siendo ésta quien abonaba las rentas del mismo.

No ha resultado acreditado que la intención de los familiares mencionados al no dar a conocer el paradero de V. y de sus hijos fuese otra que la de proteger a estos de lo que consideraban una situación injusta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se imputa a cada uno de los acusados, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, la participación en dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal. Además, la acusación particular les imputa la comisión de dos delitos de abandono de familia del artículo 226.1 del mismo texto legal.

En el acto del juicio, las defensas de todos los acusados, en disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, plantearon diversas cuestiones previas cuya resolución quedó diferida al momento del dictado de la sentencia.

En este sentido, la defensa de la acusada Doña M.J., actuando a modo de portavoz de las restantes defensas, expuso las cuestiones previas en las que todas las partes acusadas coincidían, con alguna matización o ampliación posterior por parte de alguno de los restantes Letrados defensores.

Con carácter fundamental, se planteó la nulidad de actuaciones derivada de la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas en la causa por haberse realizado vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE. Concretamente, solicitaron la nulidad de la providencia de

5-01-2010 acordando librar oficio a las compañías telefónicas correspondientes a fin de obtener el tráfico de llamadas y mensajes entrantes y salientes de los teléfonos en ella mencionados, e igualmente la nulidad del primer auto de intervención telefónica de fecha 21-10-2010, así como la de todos los autos posteriores que acordaron la intervención de otros teléfonos, las prórrogas de los mismos, y en general, la nulidad de todas las diligencias de instrucción practicadas como consecuencia de la información recabada a partir de las primeras intervenciones en cuanto vinculadas por la llamada "conexión de antijuridicidad" del art. 11.1 de la LOPJ.

En este punto, respecto de la citada providencia de fecha 5-01-2010, se aduce que la misma supone una injerencia en la intimidad de Don I., titular de los teléfonos referidos en la misma, cuya investigación debía haberse acordado por auto motivado al afectar a un derecho fundamental y no a través de una simple providencia sin fundamento alguno.

Por lo que respecta al auto de fecha 21-10-2010, se impugna éste en base a lo que las defensas consideran deficiente motivación, por estimar que la intervención de las comunicaciones acordada se había basado en meras conjeturas insuficientes para legitimar la injerencia en las comunicaciones, con el consiguiente quebranto de los principios de excepcionalidad e idoneidad de la medida, argumento éste que las defensas extendieron al resto de las resoluciones por las que se prorrogaron las intervenciones o se acordaron las de otros teléfonos.

Asimismo, se alude a la identificación arbitraria de las voces por parte de los funcionarios policiales que llevaron a cabo las intervenciones, y a la falta de un adecuado control judicial de la ejecución de la medida al no constar la entrega de las diferentes grabaciones por la fuerza actuante para llevar a cabo su transcripción.

Se menciona también como motivo de nulidad la ruptura de la cadena de custodia, al presuponer los acusados que la causa llega al Juzgado de Instrucción nº 1 de Mondoñedo procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Gijón sin las grabaciones que deberían acompañarla, de forma que ni los CDs que obran actualmente en la causa ni sus transcripciones podrían ser utilizados como prueba al existir la duda de que tales soportes fuesen los originales que en su día se incorporaron a la instrucción.

Por todo ello se concluye que, siendo nulas las intervenciones, todo lo averiguado a través de dichos medios carece de virtualidad probatoria y conlleva la nulidad de todo lo actuado.

Por su parte, la defensa de la acusada Doña C. añadió otra causa de nulidad de las intervenciones telefónicas que afectaban a su representada, por estimar que vulneraban el derecho de confidencialidad entre letrado y clientes, al ser aquélla Letrada de los acusados.

A su vez, la defensa de la acusada Doña S. alegó la nulidad de toda la prueba derivada de las pesquisas policiales llevadas a cabo con la red social Tuenti con el fin de averiguar el perfil del menor Xxxxx en dicha red, por estimar que tales pesquisas se hicieron sin la necesaria autorización judicial.

Finalmente, se invocó por las defensas la inadmisibilidad del escrito de acusación particular por haber sido éste presentado fuera de plazo.

Así las cosas, es obligado el examen previo de las cuestiones planteadas, ya que de prosperar alguna de ellas, podría darse la imposibilidad de entrar a conocer de la cuestión de fondo.

SEGUNDO.- Pues bien, comenzando por el examen de la última de las cuestiones planteadas, ésta hace referencia a que el escrito de calificación de la acusación particular se habría presentado una vez transcurrido el plazo conferido tras haber solicitado su prórroga, extemporaneidad que debería determinar su rechazo, pues de no entenderlo así, afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva de los acusados. Aducen en apoyo de su tesis que el propio auto de apertura de juicio oral deniega la admisión del escrito de la acusación particular, puesto que si bien hace referencia al mismo en la relación de hechos, en su parte dispositiva únicamente abre juicio oral por el delito de sustracción de menores, omitiendo el delito de abandono de familia mencionado por la acusación privada.

Ahora bien, la presentación tardía de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia, tanto si se trata del escrito del Fiscal, en cuyo caso el retraso podría servir para valorar la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas pero sin repercusiones en el proceso, como si se trata, como en este caso sucede, del escrito de la acusación particular, pues es jurisprudencia reiterada la que estima que los plazos concedidos para formular los escritos de acusación no son plazos de caducidad. Por el contrario, se estima que agotado el plazo concedido para formular el correspondiente escrito de acusación sin que se haya presentado éste, habría que proceder al señalamiento de un nuevo plazo, siendo conveniente que éste fuese acompañado de la advertencia formal correspondiente. Por lo tanto, anudar al mero incumplimiento del plazo el efecto de tener por precluido el trámite y, por tanto, por apartada del proceso a la acusación de que se trate, sería desproporcionado, pero aún en este caso, a la acusación particular se le permitiría participar en las sesiones del plenario y formular escrito de conclusiones definitivas respetando los hechos objeto de la acusación del Ministerio Fiscal.

En base a lo expuesto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de entender que en estos casos, el rebasamiento del término concedido integra un defecto

formal y no grave que no determina la nulidad de la calificación emitida fuera de plazo, sanción excesivamente rigurosa en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, máxime tratándose de delitos de carácter público como los que nos ocupan, pues tal consecuencia es frontalmente contradictoria con la naturaleza del proceso penal.

Por otra parte, el hecho de que el auto de apertura del juicio oral sólo hubiese aludido en su parte dispositiva a la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Fiscal abriendo el juicio oral por un delito de sustracción de menores, no implica sin más que dicha resolución excluyera el delito de abandono de familia referido por la acusación particular al no existir un pronunciamiento expreso al respecto. En efecto, si el juez de instrucción, en el auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento, que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos contenidos en los escritos de acusación con sus calificaciones, en cuyo caso, las partes acusadas no podrán alegar indefensión ni vulneración del derecho a ser informados de la acusación, pues conforme al artículo 784 de la LECR, habrán sido emplazados con entrega de copia de los escritos de acusación, con lo que tendrán pleno conocimiento de la imputación contra ellos formulada tanto en su contenido fáctico como jurídico.

Y así ha sucedido en el presente caso, en el que, dado traslado a las defensas de los escritos de acusación, éstas formularon los respectivos escritos de defensa teniendo en cuenta también el escrito de la acusación particular sin aducir nada sobre esa hipotética extemporaneidad en ningún momento anterior al acto del juicio oral, pudiendo proponer prueba y hacer alegaciones al respecto, por lo que, en definitiva, no se aprecia que la alegada extemporaneidad hubiese supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni que por tanto, haya existido indefensión alguna por tal motivo.

TERCERO.- Las restantes cuestiones planteadas con carácter previo aluden de modo preponderante a la vulneración del art. 18.3 de la CE, precepto que regula como derecho fundamental el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que las pretensiones de los acusados se encaminan al mismo objetivo, cual es la anulación de las actuaciones practicadas en torno a las intervenciones telefónicas acordadas. No obstante, para su mejor comprensión, abordaremos la cuestión diferenciando los motivos expuestos por las defensas.

Ahora bien, antes de proceder al examen de los mismos, conviene recordar algunas nociones generales en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones que se considera vulnerado.

Y en tal sentido, debe indicarse que si bien el art. 18.3 de la CE regula el Derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental, éste no es un derecho absoluto, sino que, como acontece con el resto de derechos fundamentales, es susceptible de ciertas restricciones o injerencias legítimas en aras a la consecución de fines de importancia justificativa suficiente entre los que se halla la prevención del delito grave, que también constituye un interés constitucionalmente legítimo.

Pues bien, cuando se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones, ya que éstas pueden operar en el proceso como medio de investigación o fuente de prueba, o bien pueden operar como prueba directa en sí, por lo que la naturaleza de los requisitos exigidos en cada caso así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes.

En efecto, como fuente de prueba, deberán respetarse ciertas exigencias de legalidad constitucional cuya observancia es necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de privacidad de las personas, y una vez superados estos controles de legalidad constitucional, deberán concurrir otros de estricta legalidad ordinaria sólo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas como medio de prueba.

Los requisitos de legalidad constitucional que deberán reunir tanto la resolución habilitadora de las intervenciones como sus sucesivas prórrogas son fundamentalmente los siguientes: judicialidad, excepcionalidad, proporcionalidad de la medida, motivación suficiente y control judicial de la misma.

1) La nota de la judicialidad tiene como consecuencias que solo la autoridad judicial puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad y que dicho sacrificio lo sea con la exclusiva finalidad de proceder a la investigación de un delito concreto y la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección, lo que significa que en esta materia rige el principio de especialidad en la investigación y además se exige que la intervención se efectúe en el marco de un proceso penal abierto.

2) La excepcionalidad de la medida se traduce en que la intervención telefónica no es un medio normal de investigación, sino excepcional, en cuanto supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, siendo además dicha nota completada con las exigencias de idoneidad, necesidad y subsidiariedad de la medida formando un todo inseparable, lo que supone que ésta ha de ser útil para la investigación y que no exista razonablemente otro medio de averiguación que exija un menor sacrificio de los derechos fundamentales.

3) La proporcionalidad de la medida supone sólo habrá de adoptarse en los casos en los que las circunstancias que concurren y la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción, por lo que sólo será adecuado el sacrificio de los derechos fundamentales en la investigación de delitos graves, siendo reiterada la Jurisprudencia que determina que la gravedad del delito que se trata de investigar no se valora solo atendiendo a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino también a la trascendencia social del mismo.

4) La motivación de la resolución judicial acordando la intervención telefónica ha de ser suficiente, bastando en general con que puedan conocerse las razones del sacrificio del derecho fundamental, siendo jurisprudencialmente admitida la fundamentación por

remisión a los oficios policiales que solicitan la medida, siempre que el contenido de los mismos contenga los elementos necesarios para conocer con exactitud las condiciones en que se produce la autorización.

5) Finalmente, ha de existir control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

Como ya se indicó, una vez superados estos controles de legalidad constitucional, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria sólo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas para poder ser estimadas como medio de prueba. Tales requisitos se refieren al protocolo de incorporación al proceso, siendo éstos la aportación de las cintas originales íntegras y su efectiva disponibilidad para las partes, así como la audición o lectura de las mismas en el juicio oral a fin de dotar a esta prueba de la necesaria oralidad o contradicción, salvo que, dado lo compleja o extensa que pueda ser la audición, se renuncie a la misma.

CUARTO.- Pues bien, sentado lo anterior, la primera de las cuestiones planteadas hace referencia a la nulidad de la providencia de 5-01-2010 acordando librar oficio a las compañías telefónicas correspondientes a fin de obtener el tráfico de llamadas y mensajes entrantes y salientes de los teléfonos en ella mencionados, y ello por considerar que una resolución de mero trámite en la que no se analizan los elementos necesarios para la intervención de las comunicaciones, no puede acordar la obtención de unos datos que afectan a la intimidad del titular de dichos teléfonos, ni por tanto podrán tales datos servir como fuente de prueba válida de la culpabilidad de los acusados.

Sin embargo, y con independencia de la regulación actual de esta materia y como apuntó el Ministerio Fiscal, la solicitud del listado de llamadas entrantes y salientes o de la titularidad y datos asociados a la línea, era una medida que podía ser acordada a medio de providencia por ser menos restrictiva de derechos fundamentales que la intervención telefónica. Efectivamente, la medida acordada a través de la providencia citada supone una actuación equivalente a una vigilancia convencional, pues saber con quién habla el titular de la línea o con qué frecuencia son datos de obtención lícita porque no implican una intromisión en el marco de la privacidad de las comunicaciones.

En tal sentido, el TS ha venido considerando que la obtención de los datos mencionados no implica vulneración de derecho fundamental alguno al no corresponderse su conocimiento con el conocimiento de los propios contenidos de las conversaciones, que son los que propiamente integran el derecho al secreto de las comunicaciones merecedor de estricta protección. Por lo tanto, la cesión de los datos de las llamadas entrantes y salientes de un determinado teléfono judicialmente acordada forma parte de la normalidad jurídica y tecnológica y no supone una medida excepcional como ocurre con la intervención de las conversaciones propiamente dicha.

Actualmente, el artículo 588 ter j) de la LECR, regula la posibilidad de incorporación al proceso, mediante autorización judicial, de los datos electrónicos de tráfico o asociados conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación, y ello en cumplimiento de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.

A su vez, en los artículos 588 ter k) a 588 ter m), se regula el acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos, que en algunos casos puede realizarse directamente por la propia Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal (art. 588 ter m).

En el presente supuesto, al haber sido la autoridad judicial quien acordó la cesión de datos, y existiendo por tanto un control judicial de la misma, no se comparte el criterio de exigir que dicha autorización judicial deba reunir los requisitos de forma y de motivación propios de la intervención de conversaciones, por lo que, en definitiva, no se estima que por virtud de la providencia impugnada se hayan vulnerado derechos fundamentales, lo que se traduce en que el resultado obtenido con esta actuación ha de ser validado.

A mayor abundamiento, siendo recurrible la providencia cuestionada, no resultó en su día impugnada por quienes ahora pretenden su nulidad, y además, salvo en el caso de la defensa de la acusada Doña M.J., los correspondientes escritos de defensa se presentaron sin hacer referencia

alguna a la nulidad invocada por vez primera en el plenario.

Lo hasta aquí expuesto es igualmente aplicable a la cuestión planteada por la defensa de la acusada Doña S. relativa a la nulidad de toda la prueba derivada de las pesquisas policiales llevadas a cabo con la red social Tuenti, y ello por considerar que tales pesquisas fueron realizadas por la Policía sin la necesaria autorización judicial, lo que no se corresponde con la realidad. Así, habiendo solicitado el denunciante el rastreo de las comunicaciones informáticas de su hijo Xxxxx en la red social Tuenti, la Instructora accedió a ello a medio de providencia acordando librar a tal efecto el correspondiente oficio a la Policía Judicial, por lo que, al igual que en el caso anterior, se entiende que ha existido el necesario control judicial de la medida.

QUINTO.- En segundo lugar, se alude a la nulidad del primer auto de intervención telefónica de fecha 21-10-2010 en base a diferentes motivos que las defensas extendieron al resto de las resoluciones por las que se prorrogaron las intervenciones y por las que se acordaron las intervenciones de otros teléfonos, siendo éstos los siguientes:

- su deficiente motivación, basada en meras conjeturas, con la consiguiente vulneración de los principios de excepcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida;

- la falta de un adecuado control judicial de la ejecución de la medida al no constar la entrega de las diferentes grabaciones por la fuerza actuante para llevar a cabo su transcripción;

- la identificación arbitraria de las voces por los funcionarios policiales que llevaron a efecto la intervención;

- la ruptura de la cadena de custodia, al existir duda de que los CDs que obran actualmente en la causa sean los originales que en su día se incorporaron a la instrucción.

A tal efecto, abordaremos la cuestión diferenciando los distintos motivos expuestos.

Pues bien, comenzando por la alegación de nulidad a causa de la supuesta ausencia de motivación del auto que dio inicio a las intervenciones, la misma ha de ser rechazada. En primer lugar, porque según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en el momento inicial del procedimiento en el que se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para avanzar en una investigación.

Y en este sentido, el análisis del contenido del auto de fecha 21-10-2010 permite constatar la existencia de indicios bastantes para la adopción de la medida y de la proporcionalidad de ésta, apreciándose en dicha resolución una motivación suficiente y comprensiva de las circunstancias tenidas en cuenta por el Juez de Instrucción para acordar la intervención de las comunicaciones.

Además, no cabe olvidar que la medida se adopta para la investigación de un delito determinado, sustracción de menores, el cual ha de ser calificado como grave, tanto por la pena que conlleva como por la trascendencia social de este tipo de sucesos, máxime si, como en este caso acontecía, en el momento de su adopción el 21-10-2010, los menores llevaban desaparecidos más de un año sin que se hubiese tenido la más mínima noticia de su paradero.

Por otra parte, desde la denuncia del padre por la desaparición de los hijos en septiembre de 2009 y antes de la adopción de la medida cuestionada, se habían practicado numerosas diligencias dirigidas a averiguar el paradero de los menores.

Así, se había oficiado a numerosas entidades bancarias a fin de averiguar posibles cuentas de la madre y sus movimientos, a la Tesorería de la Seguridad Social, a los Servicios de Salud de Asturias y Galicia y al Ministerio de Educación, de donde resultó que los menores no habían

recibido atención médica ni habían sido escolarizados durante el tiempo que llevaban desaparecidos...Se había requerido a la letrada que llevaba los asuntos de la madre para que facilitase un domicilio a efectos de notificaciones, negándose ésta a facilitarlo, se habían practicado gestiones por parte de la Guardia Civil de Ribadeo con los abuelos maternos manifestando éstos desconocer el paradero de su hija y nietos, pese a lo cual, se había podido averiguar que desde el perfil del menor Xxxxx en la red Tuenti y tras su desaparición, se habían producido varias conexiones a Internet desde el domicilio de los abuelos, estimándose que lo más probable era que la familia materna estuviese al tanto del paradero de V.E. y de los niños.

Tales consideraciones determinan que la medida cuestionada se adoptó como único remedio para poder avanzar en la investigación de un delito grave cuando las demás diligencias habían resultado infructuosas y ante la necesidad de localizar a unos menores que llevaban más de un año desaparecidos. Esta circunstancia vino a ser ratificada por los agentes que depusieron como testigos en el acto del juicio, quienes manifestaron que al no haber dado resultado las numerosas gestiones practicadas con anterioridad, no cabía otra opción, por lo que en ningún momento se ha contravenido lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE ni se ha producido la vulneración de los principios de excepcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida alegada por las defensas.

Por lo tanto, el referido auto, no sólo motiva adecuadamente la adopción de la medida teniendo en cuenta el momento inicial de la investigación en que fue dictado, sino que las diligencias acordadas eran absolutamente proporcionadas y adecuadas a la entidad de los indicios existentes en ese momento.

Así, de la propia lectura del mismo se desprende que no nos encontramos ante una resolución estereotipada que podría dictarse en cualquier procedimiento, sino que por el contrario, por el Instructor se analizó expresamente la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar la intervención, grabación y escucha telefónicas, con expresión de la necesidad y utilidad de la medida en el concreto caso investigado.

Por todo ello se estima que la resolución judicial cuestionada respetó las exigencias de tutela del derecho constitucional afectado, estimando fundadamente que éste debía ceder ante la necesidad de obtener datos para la investigación del delito grave que indiciariamente se estaba cometiendo.

En consonancia con lo expuesto, debe rechazarse igualmente la impugnación, por otra parte genérica, que las defensas realizan de todos los demás autos en los que se acuerda la prórroga o se autorizan nuevas intervenciones, pues en todos los casos las respectivas resoluciones fueron debidamente motivadas y precedidas de los correspondientes oficios dando cuenta del resultado de las investigaciones, por lo que en modo alguno cabe apreciar que, como aducen las defensas, las intervenciones telefónicas acordadas respondan a una prospección general, máxime teniendo en cuenta las gestiones llevadas a cabo en otros ámbitos.

En este punto, es perfectamente lógico que las resoluciones posteriores a la inicial se fundaran, entre otros motivos, en la utilización por los acusados de un lenguaje "cifrado" en sus comunicaciones, al utilizar determinadas claves o términos como "Dios", "mamá" o "Melquíades", para referirse respectivamente a V., la letrada C. o al denunciante, y en el dato de que los usuarios mantuviesen conversaciones en relación al tema de los niños empleando expresiones cuya ambigüedad no parecía justificada por el desarrollo de la conversación.

Tampoco cabe apreciar defecto alguno en el control judicial de las intervenciones telefónicas por no constar la entrega de las diferentes grabaciones por la fuerza actuante para llevar a cabo su transcripción, pues no cabe confundir dicho control con una inexistente necesidad de que el Instructor, antes de proceder a la prórroga de una intervención oiga directamente o cuente con la transcripción literal adverada por el fedatario judicial de las escuchas. Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone esa audición, sino que basta con que el Instructor haya podido valorar los resultados de las escuchas hasta ese momento practicadas con examen del informe policial, pues los informes de quienes materialmente están realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin por estar siempre abierta la facultad del instructor de exigir nuevas explicaciones o concreciones.

Y en este caso, la Instructora contó, a efectos de acordar las sucesivas prórrogas e intervenciones telefónicas derivadas de las anteriores con los informes de evolución correspondientes con la transcripción de las conversaciones más relevantes, por lo que tal causa de nulidad ha de ser igualmente desestimada.

Se alega también como motivo de nulidad la identificación arbitraria de las voces por parte de los funcionarios policiales que llevaron a efecto la intervención. Ahora bien, todo lo expuesto hasta el momento es suficiente para garantizar la legitimidad de la interceptación de las conversaciones aunque las personas que conversasen no estuvieran inicialmente identificadas con certeza por su nombre, que es lo que parecen exigir las defensas.

Además, las intervenciones telefónicas fueron ratificadas en el acto del juicio por los agentes policiales que participaron en su observación, describiendo la mecánica que se había seguido para su elaboración sin que ninguna de las defensas les hubiese interrogado sobre la forma en que habían identificado a los interlocutores. Por otra parte, lo cierto es que ninguno de los acusados, una vez alzado el secreto del sumario y conociendo la imputación que se dirigía contra cada uno de ellos, puso objeción alguna en cuanto a la identificación de la voz respectiva ni solicitó una pericial al efecto de despejar las dudas sobre la atribución de las conversaciones grabadas.

Pero en cualquier caso, de ningún modo la validez de los autos autorizantes de las intervenciones o prórrogas se ve afectada por la falta de la plena identificación de alguno de los interlocutores de las líneas intervenidas en los momentos iniciales de la investigación. Además, si bien las defensas impugnaron de forma genérica las conversaciones por el motivo citado, nada alegaron sobre que su contenido no se correspondiera con las transcripciones efectuadas.

Siguiendo con el examen de las causas de nulidad invocadas y por lo que respecta a la alegada ruptura de la cadena de custodia, las defensas alegan que no hay certeza de que los CDs que obran actualmente en la causa sean los originales que en su día se incorporaron a la instrucción, conclusión que extraen de la petición del Ministerio Fiscal

al Juzgado de Mondoñedo en fecha 12-08-2014 solicitando la entrega de copia de la totalidad de los soportes de las grabaciones, de la providencia de 23-09-14 accediendo a lo solicitado, así como del exhorto librado al Juzgado de Instrucción nº 4 de Gijón en el mismo sentido.

Pues bien, tal conclusión es errónea, pues como indicó la representante del Ministerio Fiscal en el plenario, la solicitud del Ministerio Público no implicaba que los soportes de las grabaciones no estuviesen en la causa, toda vez que habían sido recibidos con la misma tal como se hace constar en el auto de incoación de las diligencias previas 136/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Mondoñedo, por lo que la Fiscalía simplemente solicitaba una copia para su manejo, a lo que accedió el Juzgado.

Por otra parte, el hecho de que el Ministerio Público hubiese presentado su escrito de calificación sin contar con dichos soportes no tiene trascendencia alguna, remitiéndonos en este punto a lo indicado respecto del Instructor en el sentido de que para ello es suficiente con que hubiese podido valorar los resultados de las escuchas mediante el examen de los informes policiales de quienes materialmente las realizaron con la exposición de las conversaciones más relevantes, y mediante el examen de las transcripciones obrantes en autos cuya correspondencia con la realidad no había sido cuestionada por ninguno de los acusados.

En todo caso, la impugnación en este sentido se ha verificado de un modo genérico, sin alusión alguna al contenido de las escuchas ni impugnación de grabaciones concretas. Además, como ya se indicó, las defensas no efectuaron durante la instrucción de la causa ninguna alegación relativa a tales intervenciones y tampoco propusieron su audición en el plenario, por lo que no se advierte indicio alguno de la existencia de una posible ruptura de la cadena de custodia.

De cualquier forma, las supuestas irregularidades que se pudieran cometer en momentos posteriores a la ejecución de la resolución de intervención de las comunicaciones, esto es, en la incorporación de su resultado al proceso, no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones, sino en su caso, al derecho a un proceso con todas las garantías.

Así, ha señalado el Tribunal Constitucional que todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, custodia de los originales, identificación de los partícipes en la comunicación y examen del contenido de las mismas, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 de la CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios a los efectos de valoración de la prueba.

Sentado lo anterior, en el caso que nos ocupa las cintas originales se encontraban a disposición de las partes con anterioridad a la vista oral, habiendo podido éstas solicitar la audición, por lo que, habiendo tenido oportunidad de someter a contradicción el contenido de las transcripciones, y no oponiendo reproche concreto alguno a la correspondencia de las mismas con las cintas originales, ha de concluirse que no ha existido indefensión ni se ha producido vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías.

Así las cosas, establecida la validez de las intervenciones telefónicas practicadas en la causa por cumplir tanto los requisitos de legalidad constitucional como los de legalidad ordinaria, no se les puede negar valor probatorio, al haber sido correctamente incorporadas en el plenario como prueba documental las transcripciones debidamente cotejadas, las cuales se dieron por reproducidas sin que ninguna de las partes pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral.

SEXTO.- Además de las cuestiones expuestas, la defensa de la acusada Doña C. añadió como causa de nulidad de las intervenciones telefónicas el hecho de haber afectado éstas al derecho de confidencialidad entre letrado y clientes, al ser aquélla letrada de los acusados.

Sin embargo, en este punto, como señala el Tribunal Supremo, el secreto profesional que protege las relaciones de los abogados con sus clientes tiene como límite el hecho de que el abogado sea asimismo investigado, como en este

supuesto ha sucedido, por lo que dicho secreto puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los teléfonos utilizados por dicho profesional. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y que tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en que existan indicios suficientemente contrastados de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como en este caso ha sucedido.

En efecto, en el caso de autos, las conversaciones captadas a los acusados cuyos teléfonos se hallaban intervenidos con la letrada C., arrojaban indicios suficientes de la participación activa de ésta en los hechos investigados. Así, en la intervención del número xxx perteneciente a V.E., destaca la conversación mantenida el 17-04-2011 entre ésta y la letrada, en la que C. le comenta a V. que ha cogido tres teléfonos móviles que no van a estar "fichados" para estar comunicados y que por tanto tendrá que aprenderse los pins de cada uno, comunicándole su intención de quedarse con uno, darle otro a ella y el tercero a sus padres. Asimismo, en dicha conversación C. anima a V. diciéndole que es una madre luchadora y muy fuerte, y la alienta para que aguante, transmitiéndole la idea de trasladarse con los niños a una localidad cercana a Cartagena, con documentación falsa y en coche, aprovechando para desplazarse por carretera una época de desplazamientos masivos.

A raíz de la información obtenida a través de dicha intervención y ante el temor de perder el rastro de V. y los niños, es cuando la Policía Judicial solicita del juzgado oficio dirigido a las compañías telefónicas para informar de cualquier teléfono móvil que pudiera tener C., a lo que se accedió, obteniéndose así determinados números cuya intervención fue autorizada posteriormente. Es decir, la intervención de los teléfonos de la letrada fue autorizada después de la constancia de indicios sólidos de su implicación en los hechos de un modo que excedía de sus funciones profesionales.

Por tanto, si bien el trato privilegiado que se atribuye a la confidencialidad de las comunicaciones entre cliente y abogado presupone el adecuado ejercicio del derecho de defensa, no cabe trasladar éste al caso de

comprobación efectiva de actuación no profesional del abogado, cuando éste, más que de defensor, actúa como colaborador de infracciones criminales previas, simultáneas o posteriores a la comunicación con su cliente.

En este mismo sentido, en el informe del Colegio de Abogados de Gijón sobre si el silencio profesional alcanza el encubrimiento de delitos recabado por el Juzgado Instructor, dicho órgano colegial informa que si bien en ningún caso puede el abogado revelar absolutamente ningún hecho o dato que su cliente le haya transmitido cualquiera que sea la naturaleza del delito indagado en una causa penal, otra cosa es la posible intervención activa del abogado en la comisión de un delito de encubrimiento mediante actos efectivos ayudando al autor a sustraerse de la búsqueda policial.

En definitiva, se desestima la totalidad de las cuestiones previas planteadas.

SÉPTIMO.- Entrando ya en el análisis de los hechos declarados probados, como se ha dicho, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular se imputa a cada uno los acusados la comisión, en diferentes grados de participación, de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º y 5 del Código Penal, el cual sanciona con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años, *al progenitor que sin causa justificada para ello, sustrajere a su hijo menor, considerándose a tal efecto como sustracción la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.* Asimismo, dicho precepto, en su apartado 5, indica que *las penas señaladas se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas descritas.*

Este tipo penal fue introducido por la introducido por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, configurándose como una suerte de desobediencia específica consistente en la sustracción del menor por el progenitor que legalmente no ostente la guarda y custodia, sin causa justificada para ello.

La conducta sancionada se compone de elementos objetivos y subjetivos. Así, desde el punto de vista

objetivo, se exige la existencia de una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia cuyo contenido dispositivo sea vulnerado por la retención del menor, que el incumplimiento del deber establecido en la resolución sea grave, no bastando el simple incumplimiento, y que la sustracción del menor no esté justificada, considerándose causa justificada aquélla que permita fundar la no restitución del menor en un motivo que razonablemente ampare su proceder por la vía de hecho, como podría ser que el menor no tuviere sus necesidades vitales cubiertas, o el temor a un episodio de violencia por parte del progenitor que tuviere atribuida la custodia.

Desde el punto de vista subjetivo, se exige la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, y ello con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que la tiene concedida de su disfrute y cumplimiento. Por lo tanto, estamos ante una conducta que solo admite su comisión dolosa.

El bien jurídico protegido por este tipo penal es el derecho del menor a relacionarse regularmente con cada uno de sus padres, así como la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos, puesto que no cabe olvidar que el precepto se halla sistemáticamente incluido en el Capítulo "de los delitos contra los derechos y deberes familiares".

Por consiguiente, el presupuesto jurídico para la aplicación de este artículo es que un órgano judicial haya determinado con qué cónyuge se logra el bienestar integral del menor.

El sujeto pasivo es el menor cuyo superior interés ha tenido que ser antecedentemente prefijado, y el sujeto activo sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia o los parientes del mismo mencionados en el apartado 5 del precepto citado.

OCTAVO.- Pues bien, en el caso de autos, y comenzando por la principal acusada V.E., madre de los menores sustraídos, de la prueba practicada se desprende que ésta incumplió los deberes legalmente establecidos, al resultar acreditado que fue en todo momento concedora de las

resoluciones que habían ido recayendo en los procedimientos entablados y del contenido de la obligación de entregar a los menores a su padre en ejecución de aquellas, y que sin embargo, pese a conocer la responsabilidad en que podría incurrir expresada literalmente en alguna de estas resoluciones, hizo caso omiso de las notificaciones y requerimientos efectuados, pues además de no entregar los menores al padre como se había resuelto judicialmente, insistió en su postura impidiendo conocer el lugar donde se encontraban los niños y por tanto, toda relación de éstos con su progenitor desde septiembre de 2009 hasta el día 3 de mayo de 2011 en que resultaron localizados a raíz de la investigación penal desarrollada.

Ciertamente M. V. trató de justificar su actuación indicando que su intención no era incumplir las resoluciones judiciales, sino la de proteger a sus hijos frente a una situación de riesgo en el caso de ser entregados al padre, refiriéndose a unos supuestos malos tratos por parte de éste hacia el hijo y a unos supuestos abusos sexuales por parte de dicho progenitor hacia la hija, abusos que había denunciado previamente. Ahora bien, en las diligencias penales abiertas a consecuencia de la denuncia por abusos recayó auto de sobreseimiento y archivo de las mismas ante la inexistencia absoluta de indicios de perpetración del delito denunciado, resolución confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

Asimismo, mencionó también como causa de justificación de su actuar la oposición de los menores a ser entregados a su padre. Pero en este sentido, además de obrar en autos un informe en el que se alerta de una posible alienación parental de los hijos por parte de su madre, la simple voluntad de los menores no puede ser causa suficiente para dejar sin efecto lo acordado en una resolución judicial.

Desde esta perspectiva, parece oportuno recordar que, partiendo del presupuesto de que las resoluciones judiciales han de cumplirse en sus justos términos y que sólo puede admitirse el incumplimiento de las mismas cuando concurra una circunstancia que lo justifique, ha de mantenerse que, aun cuando a efectos meramente dialécticos se admitiera que concurre alguna circunstancia que hiciera creer a la madre en la conveniencia de incumplir el régimen de custodia en beneficio de los hijos, el cumplimiento de dicho régimen no puede quedar condicionado a aquella creencia y en consecuencia, la actitud de la madre frente a situaciones en las que crea que el régimen de custodia

perjudica al menor ha de ser, no la dejar sin efecto dicho régimen de forma unilateral, sino exponer y acreditar ante el juzgado correspondiente las causas de aquella oposición e interesar la modificación de dicho régimen, estando entretanto obligada a cumplirlo.

Por lo tanto, con independencia de la preferencia de los menores, la madre no podía ampararse en éstos para incumplir su obligación de entrega.

En este sentido debe indicarse que obra en autos Informe de la familia L.-A. recabado por el Juzgado de familia y realizado por el equipo psicosocial adscrito a los juzgados con el fin de valorar las circunstancias familiares existentes a 18-02-2009, cuando Xxxxx y Yyyyyy tenían respectivamente 13 y 8 años de edad y estaba tramitándose la denuncia penal citada, informe que, a la vista de la pruebas practicadas a los menores, califica sin ambages de falsa la denuncia y alerta de un síndrome de alienación parental. En sus conclusiones, dicho informe señala que la situación es la siguiente:

-un padre que no presenta ningún tipo de alteración en su estructura de personalidad, por lo que está capacitado para proporcionar a sus hijos las atenciones adecuadas;

-una madre con una estructura de personalidad neurótica que insiste en descalificar a su ex marido al que considera una persona perjudicial para sus hijos;

-unos menores cuyas declaraciones sobre los supuestos abusos del padre presentan contradicciones tan evidentes en los resultados del Análisis de Declaraciones, que han de considerarse como increíbles, y así, mientras que la niña manifiesta deseo de mantener contactos con su padre, el niño muestra cierto rechazo hacia él mediatizado por terceras personas;

-consecuentemente, en dicho informe se aconsejaba establecer un régimen de visitas supervisado por punto de encuentro mientras se resolvía el expediente penal a fin de que no se consolidase el posible rechazo de los menores hacia su padre, y concluye aconsejando el planteamiento de un cambio de la guarda y custodia para el caso de desestimarse el proceso penal, teniendo en cuenta los indicadores de inconsistencia detectados en el discurso de

los menores, los conflictos que siempre habían existido en el cumplimiento del régimen de visitas y la influencia que la madre ejercía sobre sus hijos.

Asimismo, el auto de 9-09-2009 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia n° 8 de Gijón en los autos de divorcio, en su fundamento jurídico único, hace referencia a un informe de fecha 26-06-2009 realizado en las diligencias previas por abusos seguidas ante el Juzgado de Castropol, transcribiendo una parte del mismo en la que textualmente indicaba que "Se encuentran excesivos inconvenientes que desacreditan la posible credibilidad de la existencia de los supuestos abusos denunciados. De la evaluación realizada parece desprenderse que existe una elevada probabilidad de que la denuncia penal presenta un interés secundario y prioritario, estrategia para la suspensión de visitas paternas o su control restrictivo."

Por otra parte, de las declaraciones del joven Xxxxx en el acto del juicio, se desprende que éste y su hermana, a raíz de la separación de sus padres, no habían asumido que su padre rehiciese su vida con otra persona, lo que les había generado rechazo hacia él, admitiendo que quizás habían relatado unos hechos en forma exagerada adaptándolos a sus intereses, que en aquel momento pasaban por querer estar únicamente con su madre.

Pero al margen de la relativa corta edad de los menores a la fecha de los hechos, 15 años Xxxxx y 9 años Yyyyyy, de los informes obrantes en los procedimientos de familia se desprende que su posicionamiento a favor de la acusada y en contra del padre en el conflicto de lealtades desencadenado a raíz de la crisis matrimonial, vino sustancialmente mediatizado por la interferencia parental de la madre, interferencia que fue tenida en cuenta en las resoluciones judiciales que atribuyeron la custodia de los menores al padre y suspendieron el régimen de relación de éstos con la madre.

Por lo tanto, se estima acreditado que la intención de la acusada era evitar el contacto de los niños con el padre al que había sido atribuida la custodia, y asimismo, que tenía conciencia de la significación antijurídica de su conducta y a la vez, voluntad de realizarla, pues no se trató de algo momentáneo ni de un arrebató ante la inminente pérdida de la custodia, sino de un incumplimiento grave, toda vez que la situación de retención que dio lugar

a la presente causa se prolongó durante casi dos años y se hubiera prolongado mucho más de no haber sido descubierto su paradero.

Así, ha resultado acreditado que V., después de varios requerimientos, consiguió impedir que durante casi dos años sus hijos pudieran relacionarse con su padre, primero mediante una denuncia por abusos sexuales que no prosperó y después mediante la vía de hecho, desapareciendo con los menores.

Por otra parte, frente a lo argumentado por la defensa y pese a los intentos del joven Xxxxx de suavizar la situación al declarar en el plenario que aunque habían estado escondidos, no se habían sentido secuestrados y habían estudiado en los libros que su madre les había comprado, se estima que la acusada lesionó con su proceder el bien jurídico protegido, que como se ha dicho, son los derechos de cuidado y protección de los menores, ya que éstos se vieron obligados a salir del ámbito territorial en el que estaban creciendo, así como a llevar una vida de reclusión, sin apenas salir o haciéndolo al anochecer para evitar ser descubiertos, sin recibir asistencia médica ni escolarización durante todo ese tiempo, viéndose por tanto privados, no solo de las relaciones con su padre, sino además de las relaciones sociales, educativas o de esparcimiento necesarias para unos niños de su edad, al sustraerlos de su entorno familiar, de su vivienda, de sus centros escolares, de sus amigos y de su familia paterna, lo que sin duda compromete los derechos que tiene un menor a ser cuidado y protegido.

En este sentido, el padre declaró en el plenario que tras recuperar la relación con sus hijos, todavía a día de hoy les cuesta hacer vida normal, indicando que si bien Yyyyyy alguna vez comenta algo, Xxxxx no quiere o no puede hablar del tema, que intenta sobreponerse y que no quiere ir a más psicólogos, añadiendo que los chicos perdieron el hábito de estudio, de lectura y de concentración, y que además no pudieron entrar en el curso que les correspondía por edad. También comentó que, aunque no aparece reflejado en ningún informe, los niños tenían ictericia a consecuencia de haber permanecido tanto tiempo encerrados...

En definitiva, y con independencia de lo que luego se dirá al abordar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la conducta de V.E. encaja en el

tipo penal de la sustracción de menores en su modalidad de incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial o administrativa prevista en el citado art. 225 bis 1.2.2º del CP, al concurrir tanto los elementos objetivos como los subjetivos del tipo.

NOVENO.- En segundo lugar, y en cuanto a los abuelos y tíos maternos de los menores, todos ellos han sido acusados como partícipes en el delito de sustracción de menores cometido por la madre en concepto de cooperadores necesarios del mismo.

Pues bien, la participación delictiva por cooperación necesaria viene constituida por la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo. En el caso que nos ocupa, la prueba practicada en el plenario no permite tener por acreditada la aportación realizada por cada uno de los familiares acusados, limitándose las acusaciones a atribuirles de forma genérica la aportación de los alimentos y dinero que V.E. precisaba para mantenerse oculta, pero sin que tal aportación pueda estimarse probada con la rotundidad que requiere un pronunciamiento penal condenatorio.

Así, las escuchas practicadas lo único que acreditan sin lugar a dudas es que los familiares acusados tenían conocimiento del lugar donde se encontraban los menores sin que ello permita deducir sin más una participación activa en el secuestro de los mismos. Por otra parte, la manifestación del denunciante Don V. refiriéndose a un comentario que le había hecho la pequeña Yyyyyy de que durante su reclusión habían recibido alimentos de los familiares, y la declaración del joven Xxxxx en parecidos términos, pero sin profundizar en dicho aspecto ni indicar qué parientes en concreto hacían tal aportación, no constituyen tampoco prueba suficiente de la participación de los mismos en el delito enjuiciado en el sentido referido por las acusaciones de haber dado cobertura económica y de alimentos a V. y a los niños, sin que para emitir un pronunciamiento penal de condena basten las meras sospechas o conjeturas, por muy razonables que éstas parezcan.

No basta por tanto una alusión genérica a que los parientes prestaban ayuda económica y/o alimentos a la

acusada sin concretar cuáles de ellos y en qué medida lo hacían, máxime en relación con un tipo penal como el enjuiciado que prevé penas especialmente gravosas.

A mayor abundamiento, del informe de la Policía Nacional de fecha 3-05-2011, obrante en autos y ratificado en el acto de la vista, se desprende que las pesquisas llevadas a cabo en relación a las cuentas de V., así como con la Delegación de Hacienda y con las entidades bancarias a fin de determinar la posible ayuda económica por parte de los miembros de su familia, no dieron resultado alguno que permitiera corroborar tal sospecha. Asimismo, de dicho informe resulta también que el servicio de vigilancia llevado a cabo en torno al domicilio de los abuelos concluyó sin que pudiera establecerse que V. y sus hijos hubiesen estado viviendo en el interior en algún momento. Además, los agentes actuantes hacen constar que las intervenciones practicadas ponían de manifiesto que el entorno familiar de V. tenía conocimiento de dónde se encontraban ésta y los menores y que contactaban con la misma, pero sin constatar la prestación de ayuda económica o de alimentos por parte de los familiares.

Únicamente, la testifical de Don F., propietario del piso donde residían V. y sus hijos cuando fueron descubiertos, permite tener por acreditado que fue S., hermana de V., quien había realizado el alquiler del mismo y quien pagaba las rentas correspondientes. Pero aún en este caso se duda de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. En efecto, se desconoce si tanto S. como el resto de los familiares acusados tenían conocimiento exacto de la situación jurídica de los menores en relación con los progenitores, a lo que ha de añadirse que, de las respuestas dadas por los acusados a las respectivas defensas en el acto del juicio y de la declaración de los agentes de la Guardia Civil que llevaron a cabo las escuchas, se desprende que la intención de los familiares, que además se hallaban mal asesorados por la letrada también acusada y en la que tenían total confianza, era la de proteger a V. y a sus hijos ante una situación que percibían como de gran injusticia.

En este mismo sentido, el informe pericial psiquiátrico de la coacusada V.E. al que se hará referencia al valorar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, viene a indicar que aquélla experimentó un fenómeno de fabulación que, alentado por su entorno y como se verá, por su propia letrada, hizo que sus

mentiras o fabulaciones llegasen casi a ser creídas por ella misma y a hacer su relato más convincente para los demás, en este caso, para sus familiares más cercanos. En el acto de la vista, el perito autor del informe indicó que una persona puede llegar a imponer una fabulación a los demás y hacer que sus allegados creen la misma. En análogo sentido, la psicóloga que realizó el informe pericial relativo a los acusados F. y M., padres de V., aportado por su defensa, señaló en el acto del juicio respecto de éstos, que por su edad y cultura, y probablemente existiendo ya un "caldo de cultivo" previo, creían lo que su hija les contaba, dándoles una motivación para hacer frente común con la familia y luchar con todas sus fuerzas para defender a sus nietos.

En conclusión, con la prueba practicada, lo único que podría estimarse acreditado respecto de los familiares coacusados es un mero encubrimiento, lo que determina su exención de responsabilidad conforme a lo establecido en el artículo 454 del CP.

DÉCIMO.- Por lo que respecta a la letrada coacusada, C., no cabe duda de que además del periodo de tiempo que ejerció formalmente la defensa de V.E. en el procedimiento de sustracción de menores, el cual abarca desde su personamiento para la defensa de ésta en fecha 15-03-2011 hasta la personación de una nueva letrada el 13-05 siguiente, lo cierto es que de la prueba practicada en el plenario se desprende su total implicación en los hechos como abogada de confianza de V. y con la que parecía mantener una relación que excedía de la meramente profesional.

No obstante, no cabe considerar que su participación el ilícito enjuiciado lo sea por la vía de inducción que le atribuye la acusación particular, y ello toda vez que la inducción implica una presión psicológica del sujeto activo sobre la víctima, que lleva a que sea ésta la que, voluntariamente pero de forma viciada, adopte una decisión manipulada que no responde a su libre albedrío sino a la situación de preeminencia moral o de otro tipo del sujeto activo, circunstancias que no concurren ni han resultado acreditadas en el presente supuesto. Además, tampoco en el escrito de dicha acusación se mencionan los actos en que hubiera consistido tal presunta presión psicológica.

Sin embargo, , tal como estima el Ministerio Fiscal, sí cabe estimar su participación en calidad de cómplice de los delitos cometidos por V.E..

Así, de las intervenciones practicadas se desprende que C. mantenía numerosos contactos con los miembros de la familia, especialmente con M. y S., resultando acreditado que en una llamada de S. a C. realizada el 25-04-2011, ésta, tras preguntar si habían visto movimientos extraños y contestar S. que había un señor con gafas en un coche matrícula de Orense, C. le insiste en que extremen las precauciones y si es necesario, V. y los niños se cambien a otro sitio. Y en otra conversación de fecha 2-05-2011, al comentar su interlocutor que V. había salido en televisión, C. le dice que los niños tienen que seguir guardados.

Igualmente, cuando I. la llama en la fecha en fueron descubiertos V. y sus hijos, 3-05-2011, C. le tranquiliza diciéndole que a la declaración de V. va a asistir ella y que los "nenos" ya van instruidos, que ya había estado hablando con Xxxxx y le había dado las pautas que tenía que seguir y que tenía qué hacer.

En relación con V., de las intervenciones resulta que ésta mantenía con C. una relación de amistad y que la letrada no se limitaba a informarle de aspectos legales, sino que participaba de forma muy activa en las decisiones de V., llegando a decir a ésta, en conversación de fecha 17-04-2011, que había cogido tres teléfonos móviles para estar comunicados que no iban a estar "fichados". Asimismo, es C. la que planea que V. se traslade con sus hijos a una localidad cercana a Cartagena, sugiriendo que se desplacen por carretera con documentación falsa aprovechando una época de desplazamientos masivos.

El día en que V. y sus hijos son descubiertos, C. llama a V. recomendándole que se escape con lo puesto aprovechando la salida de los niños de la guardería de enfrente para subir al coche, indicándole que los niños fueran en el asiento de atrás tapados con una manta para que no se les viese la cabeza y que tomase dirección Vegadeo o Asturias por el puente para evitar los controles. Asimismo le dice que si los encontrasen, tuviese el móvil a mano, advirtiéndole de que no contestasen a nada mientras no que ella no estuviese presente...hablando también C. con Xxxxx para decirle que se comportase como un hombre.

De tales intervenciones se desprende la intervención activa de la letrada en la comisión del delito enjuiciado mediante actos efectivos ayudando a la acusada a sustraerse de la búsqueda policial. Ahora bien, como se dijo, tal intervención no ha de ser calificada como inducción, la cual requiere que la influencia del inductor se ejerza sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción, y que la incitación sea lo suficientemente intensa como para mover al inducido a ejecutar el hecho deseado, circunstancias que no concurren o no se acredita concurren en el supuesto que nos ocupa, sin perjuicio de que, una vez decidida la acusada a ejecutar el hecho, hubiese mediado posteriormente un consejo o una aprobación que sin embargo no pueda estimarse que le hubiesen determinado a cometerlo.

En cambio, sí que cabe apreciar la existencia de complicidad, la cual es una forma de participación accidental y no condicionante en el delito cometido, que concurre cuando entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción existe una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite o tienda a facilitar la realización del delito por parte del autor principal. Así, el dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, circunstancias que se estima concurren en la conducta de la letrada coacusada, como se desprende de lo expuesto.

UNDÉCIMO.- Por la acusación particular también se imputa a los acusados, además de la sustracción de menores, la comisión de dos delitos de abandono de familia del artículo 226 del CP, según el cual : *"1.El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, ...o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ...que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses."*

Este tipo penal castiga al sujeto que teniendo legalmente conferida la custodia o asistencia, en este caso de sus descendientes, incumple los deberes asistenciales derivados de la patria potestad establecidos en el artículo 154 del CC. La expresión "dejare de cumplir los deberes inherentes" sugiere que debe existir un incumplimiento generalizado de todos los deberes asistenciales, dado el uso del plural y teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del derecho penal.

Pues bien, en este caso no concurre el presupuesto objetivo del tipo penal al no tener la acusada conferida la custodia de sus hijos. Igualmente, tampoco concurre el elemento subjetivo del mismo, el cual consiste, según reiterada jurisprudencia, en la denominada "voluntaria y maliciosa omisión del cumplimiento de los referidos deberes" o "dolo específico de abandono", dolo que en este caso no se da en modo alguno.

En efecto, con independencia de la falta de escolarización y de control sanitario derivado de la situación de ocultamiento y de las repercusiones que ello haya tenido en el desarrollo posterior de los hijos, la prueba practicada no permite acreditar que la acusada hubiese tenido intención de desamparar a los niños respecto de sus necesidades más vitales de salud, alimentación, vestimenta o higiene, sin que tampoco pueda estimarse que éstos se hallaren en una situación de abandono al ser descubiertos.

Así, al ser remitidos los menores al Centro de Salud Mental infantil de Gijón tras ser encontrados, la facultativa que los examinó informó que éstos estaban muy pálidos pero que aparentaban tener un nivel cognitivo adecuado a su edad. Trasladados a continuación al Hospital de Cabueñes, por personal del mismo se informó que Xxxxxx presentaba buen estado general, que se mostraba orientado y colaborador pero cohibido a la hora de contestar, aunque lo hacía con coherencia, indicando respecto de Yyyyyy, que ésta no presenta patología alguna, siendo su examen físico y ginecológico normal.

En consecuencia, no resultando acreditados los elementos objetivos ni subjetivos del tipo, no cabe estimar acreditada la comisión del delito de abandono de familia imputado por la acusación particular.

DUODÉCIMO.- Como corolario de lo indicado en los fundamentos anteriores, cabe concluir que la acusada V.E.A.R. es responsable en concepto de autora de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2º del CP, y C.L.R.V. es responsable en concepto de cómplice, también de dos delitos de sustracción de menores del mismo precepto citado, todo ello conforme a lo previsto en los artículos 27, 28 y 29 del CP, toda vez que la participación libre y directa de dichas acusadas en las

infracciones que se les imputan quedó plenamente acreditada con la prueba practicada. Así, mientras que V.E. ha de ser considerada autora directa, C. lo es por complicidad al colaborar con la primera en la ejecución del delito mencionado.

Por otra parte, debe precisarse que procede la condena de cada una de las acusadas por dos delitos de sustracción de menores y no por un único delito, y ello toda vez que el bien jurídico protegido por el tipo penal citado es, como se ha dicho, el derecho del menor a relacionarse regularmente con cada uno de sus padres, y no solo la protección de la paz en las relaciones familiares como pretenden las defensas. Por lo tanto, estamos ante supuestos en los que concurren un mismo sujeto activo y dos sujetos pasivos o víctimas, por lo que existen dos bienes jurídicos individuales necesitados de protección que dan lugar a otros tantos delitos, pues cada lesión individual hace nacer un delito autónomo.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las defensas de ambas acusadas, V.E. y C., alegaron respecto de sus representadas la concurrencia de la eximente de alteración o anomalía psíquica del artículo 20.1 del CP, y subsidiariamente, la aplicación de la atenuante del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 de dicho texto legal, añadiendo la defensa de V.E. la concurrencia de la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6 del citado Código. Igualmente, ambas defensas invocaron la aplicación, como muy cualificada, de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del mismo texto.

Pues bien, la apreciación de la enajenación mental, ya sea como eximente, completa o incompleta, ya como atenuante, requiere no sólo la existencia de una patología precisa, sino que ésta haya tenido incidencia efectiva en la comisión del hecho. Se necesita pues, un nexo causal que enlace la enfermedad con el delito, al menos como factor incidente en su comisión.

En el caso de V.E., el informe pericial psiquiátrico realizado por el psiquiatra designado por el IMELGA para valorar su capacidad volitiva actual y pasada en relación con la toma de decisiones relacionadas con el bienestar de sus hijos, la comprensión de los actos que se le imputaban y de sus consecuencias legales, informe que fue ratificado en el acto del juicio por su autor, indica que dicha acusada, a raíz de una separación matrimonial para ella inesperada que alteró su proyecto existencial de matrimonio y familia, se vio sometida a un stress importante que hace presuponer la existencia de un trastorno adaptativo. Añade que en la exploración practicada, V. se había presentado a sí misma como una víctima de su ex marido y de una arbitrariedad injusta por parte del magistrado de familia, si bien el perito considera que su relato es fruto de una actitud litigante y no de un sistema delirante, el cual descarta al advertir en la paciente signos de insinceridad consciente con ánimo lesivo hacia quien había truncado su proyecto vital.

Dicho informe concluye que si bien al tiempo de la exploración la referida capacidad volitiva se encontraba restablecida, al tiempo de los hechos imputados no era plena, encontrándose atenuada por la existencia de un fenómeno de fabulación (falso relato con el que se trata principalmente de suscitar la admiración-simpatía en el oyente), en el que cabe la posibilidad de que la mentira llegue a ser casi creída por quien la emite, pero sin llegar a la convicción del delirio, indicando que es dicho fenómeno el que determina las acusaciones efectuadas por aquella y la conducta consecuente. No obstante, el psiquiatra considera que la acusada no tenía afectada la capacidad de comprensión de los actos imputados y de sus consecuencias legales al no presentar ningún deterioro ni déficit cognitivo significativo.

Por otra parte, en el informe se indica que en este caso, la fabulación y la mentira parecen coexistir, además de aparecer un factor de retroalimentación positiva por parte de otras personas que podrían haber entrado en la dinámica de la distorsión percibida en V. para reafirmar, mantener e incluso incrementar, una visión inadecuada de

las experiencias matrimoniales y de las posteriores a la separación, lo que produjo que progresivamente el relato llegase a ser más creíble para ella y convincente para los demás.

Tales conclusiones, no desvirtuadas por otra pericial contradictoria y corroboradas en el acto del plenario por el autor del informe, no determinan una exención de responsabilidad completa ni incompleta, sino como indica el perito, una atenuación de la misma en los términos indicados por el Ministerio Fiscal, pues el fenómeno de fabulación sufrido por la acusada no afectó a su capacidad de comprender la ilicitud de sus actos.

En cuanto a la eximente de miedo insuperable invocada por la defensa de V.E., son requisitos esenciales para su apreciación: 1) la existencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de su voluntad, 2) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo real y acreditado, 3) que el miedo sea insuperable, esto es invencible, en el sentido de que no sea dominable por el común de los mortales y 4) que el miedo sea el único móvil de la acción.

Pues bien, en el presente supuesto, en el planteamiento de la citada exención por parte de la defensa solo se invocó su concepto, pero sin desarrollo alguno de su contenido, y en todo caso, no concurren en la acusada, ni siquiera de forma aproximada, los requisitos mencionados. A mayor abundamiento y como apuntó el Ministerio Fiscal, el hecho de haber durado la ocultación casi dos años es por sí solo incompatible con la concurrencia del miedo insuperable. En consecuencia, no procede apreciar la concurrencia de dicha causa modificativa de la responsabilidad, ni siquiera en forma de atenuante.

En segundo lugar, por lo que respecta a la coacusada C., el informe médico forense de la misma realizado el 4-

05-2011, menciona que ésta había sido diagnosticada de hipotiroidismo, enfermedad de Dandy-Walker (alteraciones congénitas del sistema nervioso central) y epilepsia, así como un ingreso en el Centro Psiquiátrico de Calde (Lugo) por un episodio de desorientación espaciotemporal acaecido el 29-11-2011. Asimismo, hace constar que la acusada refiere la existencia de varios expedientes sancionadores en Colegio de Abogados por quejas de los clientes que ella atribuye a sus padecimientos, constatando finalmente que al tiempo de la exploración, la paciente no presentaba alteraciones psicopatológicas y que conservaba las capacidades volitivas e intelectuales.

Lo expuesto por la médico forense viene corroborado por la abundante prueba documental aportada por dicha acusada, entre la que cabe destacar:

- la Resolución de fecha 28-01-2016 de la Comisión de Prestaciones de Las Palmas que reconoce a C. una Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo por las patologías de fibromialgia y trastorno bipolar.

- la Resolución de fecha 2-02-2015 del Gobierno de Canarias, que reconoce a la misma un Grado de Discapacidad del 65% por Trastorno bipolar, migrañas, epilepsia y secuelas de fractura traumática.

- la Propuesta de Resolución de la Prestación de Incapacidad Permanente del P.U., en la que se hace constar que la paciente presenta un cuadro abigarrado en el que, partiendo de un estado depresivo inicial, se van sumando diversos diagnósticos (fibromialgia, trastorno bipolar, disfunción tiroidea, epilepsia, malformación de Dandy-Wolker...) que documentan y explican la naturaleza de la sintomatología y su tórpida evolución, datando el comienzo de la misma en 2008, es decir, coincidiendo con el inicio de la problemática judicial de V. y su asesoramiento por parte de la informada. Igualmente, dicha Propuesta hace constar que el tratamiento para corregir el hipotiroidismo

contribuyó a agravar la descompensación de los periodos de hiperactividad y ansiedad propios del trastorno bipolar, y que la complejidad de los síntomas y la larga evolución del cuadro tuvieron fuerte influencia en la vida personal y laboral de la acusada.

Por lo tanto, se ha acreditado la existencia de un trastorno bipolar, pero lo cierto es que, como indica reiterada jurisprudencia, no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica, pues el sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico consistente en la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, lo que en este caso no ha resultado acreditado.

En efecto, en el caso de autos no se ha practicado prueba alguna sobre la posible influencia de la base patológica de la acusada en sus facultades intelectivas y volitivas en la ejecución del concreto hecho delictivo enjuiciado, lo que impide la estimación de la enajenación mental como eximente completa o incompleta, tal como pretende la defensa. En este sentido, cabe recordar que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal requieren para su apreciación que los elementos constitutivos de las mismas estén tan acreditados como el hecho integrador de la infracción típica, incumbiendo su prueba a la parte que los alega.

Así, pese a que por la letrada de la acusada, en el lógico ejercicio de su derecho de defensa, se intentó hacer valer la concurrencia de al menos una eximente incompleta sobre la base del cuadro padecido por su representada, no es posible asumir tal concurrencia, toda vez que no ha resultado acreditada la influencia de su padecimiento en la comisión de los concretos hechos enjuiciados, por lo que únicamente cabe apreciar la atenuante del art. 21.7 del CP en relación con el art. 20.1 del mismo texto legal.

Finalmente, y cuanto a la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP, cabe recordar que el carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de criterios objetivos tales como la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares y el comportamiento de los litigantes y del órgano judicial. En el presente caso, la causa ha tenido sin duda una larga duración como consecuencia de la práctica de las necesarias averiguaciones y diligencias dirigidas a la localización de los menores, pero aun tratándose de una causa compleja desde el punto de vista de las diligencias que fue necesario practicar, nos encontramos con que, habiendo finalizado la instrucción al haberse dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Gijón auto de continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado, desde la inhibición del procedimiento penal al Juzgado de Mondoñedo en enero de 2013 y hasta la celebración del juicio en 2017, ha transcurrido un espacio temporal un tanto desproporcionado que en este periodo no se halla justificado por las circunstancias de los hechos ni por sus autores. A mayor abundamiento, y pese a oponerse a la apreciación de dicha atenuante, la propia acusación particular denunció en marzo de 2014 la paralización del procedimiento.

No obstante lo expuesto, las partes que invocan ahora tal circunstancia no lo hicieron hasta el acto del juicio en la fase de modificación de conclusiones provisionales, no solicitaron en ningún momento anterior una mayor agilidad procesal ni concretaron tampoco los perjuicios que pudieran haber sufrido, lo que determina la apreciación de la circunstancia atenuante solicitada en su modalidad simple.

DÉCIMOCUARTO .- Respecto a la individualización de la pena, ha de tenerse en cuenta, respecto de cada una de las dos acusadas que resultan condenadas, la concurrencia de las dos atenuantes citadas, por lo que por aplicación del artículo 66.1.2ª del CP procede en ambos casos imponer la

pena inferior en grado. En consecuencia, las penas que se imponen son las siguientes:

Respecto de V.E., procede imponer a la misma, por cada uno de los dos delitos de sustracción de menores cometidos, la pena de año de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por periodo de 2 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En cuanto a C., procede tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 del CP, en cuanto procede imponer al cómplice la pena inferior en grado a la fijada para el delito cometido por el autor, y una vez calculada ésta, aplicar el artículo 66.1.2ª. Teniendo en cuenta tales disposiciones, procede imponer a dicha acusada, por cada uno de los dos delitos por los que resulta condenada, la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por periodo de 1 año, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo ha de indicarse que, toda vez que ningún pronunciamiento al efecto se solicita en los escritos de acusación, una vez firme la presente resolución, procederá dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas durante la instrucción de la presente causa.

DÉCIMOQUINTO.- Todo responsable criminalmente lo es también civilmente (art. 116 del C.P.). En este supuesto, la acusación particular solicita una responsabilidad civil a satisfacer por los condenados derivada del daño moral sufrido por el padre a consecuencia de no haber noticias de los menores durante casi dos años, daño que cifra en 80.000 euros.

Pues bien, en este punto conviene recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la indemnización de daños morales no es una secuela obligada de toda infracción, por lo que se requiere la constatación como hecho probado de algo de más que la simple condición de víctima. Así, la jurisprudencia ha precisado que si bien los daños morales pueden tener un equivalente económico, éste tiene que responder a un cifrado de cierta objetividad razonada, con una mínima base probatoria, debiendo la pretensión indemnizatoria ser ejercitada por la parte mediante la invocación de hechos concretos y delimitados en que basar la responsabilidad civil correspondiente, los cuales habrán de ser acreditados, lo que no ha sucedido en nuestro caso en lo concerniente a los daños morales.

En consecuencia, no procede establecer indemnización alguna por daño moral, pues, con independencia de que la situación que se produjo pudo lógicamente ocasionar un estado de ansiedad y sufrimiento que podría ser susceptible de valoración económica, ningún plus de afección psicológica o moral se ha acreditado en el curso de la vista oral ni tampoco hay constancia de circunstancias especiales para establecer cantidad alguna por el expresado concepto.

DÉCIMOSEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 123 del C.P. y 240 de la LECR, las costas se imponen a los acusados que resultan condenados, costas que en este caso han de incluir las de la acusación particular, procediendo declarar de oficio las correspondientes a los acusados que resultan absueltos.

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo **condenar y condeno** a V.E.A.R. en concepto de autora de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2° del CP, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógicas de anomalía o alteración psíquica y dilaciones indebidas, a la pena, para cada uno de ellos, de año de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por periodo de 2 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/7 parte de las costas devengadas, incluidas en la misma proporción las de la acusación particular.

Que debo **condenar y condeno** a C.L.R.V., en concepto de cómplice de la comisión de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis 1.2.2° del CP, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógicas de anomalía o alteración psíquica y dilaciones indebidas, a la pena, para cada uno de ellos, de 6 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por periodo de 1 año, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/7 parte de las costas devengadas, incluidas en la misma proporción las de la acusación particular.

Que debo **absolver y absuelvo** a los acusados F.A.N., M.R.B., I.A.R., M.S.A.R. y M.J.A.R. de los delitos de sustracción de menores de los que venían siendo imputados, con declaración de oficio de las 5/7 partes de las costas correspondientes.

Que debo **absolver y absuelvo** a los acusados V.E.A.R., C.L.R.V., F.A.N., M.R.B., I.A.R., M.S.A.R. y M.J.A.R. de los delitos de abandono de familia por los que venían siendo imputados, con declaración de oficio de las costas correspondientes a dicha imputación.

Una vez firme la presente resolución, quedarán sin efecto las medidas cautelares adoptadas durante la instrucción de la presente causa.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Lugo que en su caso se preparará ante este Juzgado en el plazo de diez días a contar desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en Primera Instancia, la pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe, en Lugo.