



Roj: **SJP 51/2018 - ECLI:ES:JP:2018:51**

Id Cendoj: **18087510012018100001**

Órgano: **Juzgado de lo Penal**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **71/2018**

Nº de Resolución: **257/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MANUEL PIÑAR DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP 51/2018,**
SAP GR 25/2019,
STS 1403/2021

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE GRANADA

Avda del Sur 5 2ª planta Edificio Judicial La Caleta

Fax: 958 02 86 54 Tel.: 958 05 92 04/05

N.I.G. : 1808743P20170022930

CAUSA: Procedimiento Abreviado 71/2018.

Ejecutoria:

Negociado: JR

Juzgado de procedencia : JUZGADO DE INSTRUCCION Nº2 DE GRANADA

Procedimiento origen : Pro.A. 197/2017

Hecho : Sustracción de menores (Art 225.b CP)

Contra : María Cristina

Procurador/a : Sr./a. ROCIO NIETO MARTINEZ

Abogado/a : Sr./a. JUAN MANUEL PEREZ GARCIA

Acusación Particular: Jose Manuel

Procurador/a :: PAULA ARANDA LOPEZ

Abogado/a :: ENRIQUE FABIAN ZAMBRANO CAÑIZARES

Responsabilidad Civil :

Juicio Oral 71/18

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1

GRANADA

SENTENCIA NUM. 257/18

En la ciudad de Granada a 18 de julio de dos mil dieciocho.

Habiendo visto el ILMº SR. D. Manuel Piñar Diaz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal numero UNO de Granada la presente causa número 71/18, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Granada PA nº



197/17, seguida por un delito de sustracción de menores y desobediencia, contra María Cristina , con DNI nº NUM000 donde constan el resto de sus circunstancias personales, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representada por el Procurador/a Sr/a. Nieto Martínez y defendida por el Letrado/a Sr/a. Pérez García, con ejercicio de la acusación particular por Jose Manuel representado/a por el/la Procurador/ra Sr./Srª Aranda López y defendido/a por el/la Letrado/da Sr./Sr Zambrano Cañizares; es parte el Ministerio Fiscal y teniendo en consideración los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se dio inicio a las actuaciones por denuncia recogida en atestado. Practicadas las diligencias de investigación, el Juzgado de Instrucción dio traslado al Ministerio Fiscal; se solicitó la apertura del Juicio Oral y se formuló acusación contra .

Abierto el Juicio Oral se dio traslado a la defensa, que presentó su escrito de calificación provisional, tras lo cual el Juzgado elevó las actuaciones a reparto para su enjuiciamiento.

SEGUNDO: Turnada la causa por reparto a este Juzgado, se señaló día para juicio, acto que tuvo lugar en forma oral y pública, con la asistencia del Ministerio Fiscal, acusación particular de la acusada y del letrado que ejerce la defensa; se practicaron las pruebas pertinentes, dándose cumplimiento a todas las formas legales, según consta en el acta .

TERCERO: El Ministerio Fiscal y acusación particular en sus conclusiones definitivas calificaron los hechos como constitutivos de dos delitos de sustracción de menores en concurso de normas con un delito de desobediencia, comprendidos en los artículos 225,bis 1, bis 2.1º y .2º y 556 del Código Penal penados conforme al art 8.1 y 4 , y estimaron responsable del mismo en concepto de autora a la referida acusada sin la concurrencia de circunstancias modificativas, solicitando las penas y responsabilidades de 2 años y 6 meses de prisión por cada delito de sustracción de menores con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, indemnización y costas.

CUARTO: La defensa de la acusada solicitó la libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Tras haber visto y oído las pruebas practicadas este Juzgado declara probado que " María Cristina , mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo unida sentimentalmente a Jose Manuel y de esa unión nacieron los menores Alvaro y Juan Luis los días NUM001 de 2006 y NUM002 de 2014, respectivamente.

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

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

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

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

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



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

Desatendido el anterior requerimiento el mismo juzgado dictó resolución el 24 de julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16, 30 horas en el punto de Encuentro Familiar ubicado en la CALLE000 número NUM003 de esta ciudad, desplazándose hasta el mismo el padre de los niños, junto a la autoridad consular de Italia y una dotación policial, sin que la acusada se presentara ni diera explicación sobre su inasistencia.

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- ANÁLISIS Y VALORACION DE LAS PRUEBAS.

La acusada admitió en juicio que vivía en DIRECCION000 Italia, en la misma casa que Jose Manuel, aunque estaban separados, junto a los dos hijos comunes que estaban escolarizados allí.

Explicó que se vino con los dos menores y tenía billete de vuelta para el 27 de junio, pero no volvió porque no quería vivir bajo la tortura de Jose Manuel, y aunque era consciente de que la justicia le reclamaba los niños, no creía que le obligaran a entregárselos a él porque la maltrataba y tenía que protegerlos.

Añadió que el 2 de agosto de 2016 manifestó a Jose Manuel que no iba a volver porque no aguantaba la vida que le daba, pidió la guarda y custodia del hijo menor y comunicó al padre por correo electrónico que podía ver a los niños cuando quisiera, negándole la entrega por el maltrato que había, y como iba presentando escritos, mientras esperaba las respuestas, creía que podía mantenerlos con ella y así se lo decía su abogado, a pesar de que él hablaba con ellos y sabía dónde estaban. Y cuando se asesoró en el Centro de la Mujer, le dijeron que tenía que denunciar los maltratos y lo hizo el 12 de julio, pero la denuncia se archivó por falta de competencia.

Sobre la cuestión de si era consciente de que podría estar cometiendo un delito por la retención de los menores, manifestó que sus abogados solo le dijeron que podía tener dificultades si no los entregaba.

No especificó hechos, fechas o lugares concretos de maltrato ni de tortura, aunque si refirió que Jose Manuel lo hizo en 2009 por lo que fue condenado y tras ese episodio, por el que estuvieron un tiempo separados, le dio otra oportunidad, se marcharon a vivir a Italia y nació el segundo hijo.

Jose Manuel negó haberla maltratado después de aquel episodio de 2009. Expuso que vivieron en Italia desde 2012, ella se vino con idea de volver y a la fecha en que debía hacerlo, le dijo que se hallaba mal e iba a retrasar la vuelta, hasta que el 2 de agosto de 2016 le comunicó que no regresaría y podía ver a los niños cuando quisiera (ff 445 y 446). A partir de ahí los contactos con sus hijos se fueron limitando, hasta que en noviembre de 2016 ella deja de responder a sus llamadas y tampoco lo hacían en el teléfono de la madre de María Cristina y no puede contactar con los menores, hasta el 28 de agosto de 2017.



En los folios 523 a 526 se contiene la pericial del equipo Psicosocial 3 de la Delegación del Gobierno de Granada, que tras examinar, a petición judicial, al hijo mayor Alvaro de 10 años, concluye que presenta una adaptación positiva a su entorno, sin desajustes psicológicos significativos, considera que ambos progenitores lo quieren y lo cuidan, aunque le guasta más el modelo educativo de la madre, que quiere vivir con la madre, aunque no le importa ver a su padre en verano y no se observa a lo largo de la evaluación del menor que su restitución al contexto paterno suponga un grave peligro para su integridad física o psíquica. No se detecta en ese informe rastro alguno de las secuelas y vestigios que deja en un menor el hecho haber tenido que "ponerse en medio del padre y la madre, para proteger a esta cuando recibía golpes", o tener que imitar "estar enfermo y no ir al colegio para quedarse con la madre y protegerla" o haber "recibido frecuentes golpes en la cabeza", expresiones estas contenidas en el informe del 1383 vuelta, y en la denuncia de 12 de julio de 2016 del folio 1571, donde menciona también que Jose Manuel la encerraba en un habitación durante horas, le daba patadas, le escupía en la cara, le tiraba de los pelos, la arrastraba, trató de estrangularla... sus hijos sobre todo el mayor, han sufrido mucho y presenciado varias cosas.

María Cristina aporta comunicaciones e informes periciales que adolecen todos de la misma falta de sustento probatorio, pues dan por veraces estos episodios de maltrato, pese a no haber quedado probado ninguno de ellos dentro de un proceso.

En el f 1562, los Servicios de Atención a la Mujer de DIRECCION003 , mencionan en una comunicación que el menor ha relatado episodios de malos tratos y recomienda su examen por la DIRECCION005 .

Falto de rigor es igualmente el informe de la Acción Social por la Igualdad del f 1652, porque menciona que el menor ha sido apartado de un entorno de violencia, expresión igualmente imaginaria. Menciona que el menor ha relatado vivencias de haber presenciado episodios de malos tratos psicológicos y físicos del padre hacia la madre, usando asimismo expresiones que dan certeza a unos hechos que después no se contienen en el informe de los folios 523 a 526. En este informe del f 1652 no se especifica la metodología usada a la hora de entrevistar al menor y las circunstancias en las que se produce esa narración de episodios de malos tratos, ni menciona los datos concretos que hubiera aportado, a diferencia de la seriedad y profesionalidad mostrada en el citado de los folios 523 a 526. Por ello su contenido, más próximo a la opinión que al informe, carece de relevancia probatoria.

La misma calificación merecen los informes de los f 1554 y 1683 a la hora de relatar que los maltratadores tienen como objetivo controlar, someter, aleccionar e imponer normas, y que de ser entregado el menor al padre puede seguir los mismos patrones de maltrato que este, pues eso ocurrirá en los casos en que se esté ante el caso de un maltratador y ese no es este.

Nada aporta tampoco el informe de la psicóloga Camino del f 2033, donde concluye que María Cristina "muestra síntomas de haber padecido trastorno de estrés postraumático, cuyo origen se localiza en la percepción de la convivencia familiar realizada en DIRECCION000 ", es decir que no aprecia malos tratos como origen de ese estrés derivado solo por una percepción de la convivencia familiar, en la que como suele ocurrir, seguramente había momentos de tensión, desacuerdos, disputa o discusión, pero de ahí al maltrato hay una diferencia.

En el folio 1579 se contiene un informe policial de valoración de riesgo medio, pero carece de fundamento, pues se sustenta solo en los datos que María Cristina relata en la denuncia de 12 de julio de 2016, se emite sin examinar al supuesto agresor y como se ha dicho, a día de hoy, los hechos allí denunciados, son inexistentes, porque no se han probado en ningún proceso, esos episodios de violencia que ella manifestó en el folio 1571.

Y finalmente la documental unida (Folios 9 a 194 y 230 a 803) acredita el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada, sobre la restitución de los menores Alvaro y Juan Luis a Italia, la apelación ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, el requerimiento de 11 de julio de 2017 y la providencia de 24 de julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16 30 horas en el punto de Encuentro Familiar. Igualmente consta el requerimiento de 24 de julio de 2017 y la petición de nulidad de las actuaciones de ejecución llevadas a cabo por el juzgado de Primera Instancia 3, y su desestimación el 9 de agosto de 2017 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, que volvió a recordar a la acusada la obligación que pesaba sobre ella de restituir inmediatamente a los menores.

La acusación particular aportó referencia documental de video grabaciones donde aparece la acusada y se vierten unas manifestaciones el 25 de julio de 2017, donde se exhibe una resolución judicial de las que obligaba entregar a los niños el 26 y ella manifiesta que no los entrega, y en otro pasaje aparece un grupo de personas que le muestran apoyo; y otras declaraciones a una emisora de esta en relación a la entrega de los menores, donde expresamente la niega.

La acusada no ha acreditado haber sufrido malos tratos entre 2009 y 2016, ni siquiera haberlos denunciado.



Cierto que en 2009 el juzgado Penal 2 de Granada en sentencia (F 1780) de 26 de mayo, condenó por delito de malos tratos a Jose Manuel al estimar probado que estando este, junto al hijo común de 3 años, en el domicilio familiar de la CALLE001 NUM002 de Granada, a las 05,30 horas del 7 de mayo de 2009, llegó María Cristina y él le pidió explicaciones acerca de donde había estado toda la noche, lo que motivó una discusión entre ambos, en el curso de la cual, él golpeó a María Cristina .

Tras este incidente la pareja se reconcilia y se traslada a vivir a DIRECCION000 , Italia, y no se inicia ningún procedimiento contra Jose Manuel por malos tratos, salvo la denuncia que ella interpone el 12 de julio de 2016, ante el Juzgado de Violencia 2 de Granada, cuando empezó a mostrar excusas para no volver a Italia. Tras diversos avatares, acabó siendo remitida a las jurisdicción de aquel país, sin que conste que se haya tramitado la misma, ni haya surtido otro efecto aunque María Cristina obtuvo una ayuda en España de las que se conceden a mujeres maltratadas.

No es creíble la certeza de los hechos contenidos en esta denuncia, porque ningún Juzgado ha declarado la veracidad de los mismos. Porque la misma se interpone en un tiempo en el que ya se ha dado inicio a ese conjunto de actuaciones llevadas a cabo por la acusada para consolidar su decisión de no volver y no entregar a los niños. Cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes, se exige un análisis cauteloso, sobre todo si en ellas se relatan hechos pasados, que se pudieron denunciar antes. Sabido es el efecto tuitivo que despliegan los poderes públicos con respecto a las personas afectadas por malos tratos, uno de los cuales es apartar a los menores del maltratador, y, lógicamente, con esa perspectiva, no es extraño, como muestra la práctica, que en algunos casos, se recurra a esta vía como medio de obtener ventajas procesales.

No explicó ni se comprende que si fue maltratada en Italia entre 2012 y 2016, al nivel que ella dijo, de tortura y terror, no denunciara allí al momento en que se producía cada uno de los varios episodios que tuvieron lugar, según ella, tratándose de un país con una legislación y cultura de rechazo a estas conductas, similar a la nuestra. Si hubiera residido en otro país con una cultura de las que manifiestamente no combaten el maltrato, sería comprensible que no hubiera denuncia e incluso podría tener sentido haber callado los hechos hasta en su círculo más íntimo. Pero no es el caso de Italia. Y ni en este país, ni en España inicia actuación alguna en respuesta a esos supuestos episodios, ni siquiera aporta dato alguno indiciario de haber tenido lugar alguno de ellos, a nivel incluso de haberlo contado a familiares o allegados.

Y sobre todo, pesa a la hora de restar credibilidad a su alegación de huir del maltrato, el hecho de que la perito forense en el folio 523 y ss, haya concluido que no ha apreciado en el menor vestigios de maltrato ni de haberlos presenciado hacia la persona de la madre.

La experiencia en este tipo de sucesos, muestra que los maltratadores habituales, que efectivamente desarrollan una forma de tortura, suelen ser personas de mente atávica y primigenia, con escasos mecanismos de autocontrol y empatía, que contagian todo su entorno con un hábito de causar daño que no pueden controlar. Por ello no suelen reparar ni ponerse límites en presencia de menores, pues actúan por impulsos y en una situación de esas, es muy raro que no haya episodios que tengan lugar en presencia de los menores ni que estos sean perceptores de ese ambiente, que suele dejarles una imborrable huella y los profesionales psicólogos, saben como detectarla, porque se vuelven retraídos, preocupados, irritables, temerosos, abstraídos, más si ellos son las víctimas. Las manifestaciones de ella en esa denuncia de 12 de julio de 2016 alusivas a que el hijo mayor ha presenciado malos tratos, tenía que interponerse entre ella y le padre para evitar golpes o simular enfermedad para protegerla, han carecido del más mínimo y elemental sustento probatorio.

Por sus manifestaciones en juicio y por las que hacía en público a medios de comunicación, aportadas por la acusación, no cabe duda que María Cristina era sabedora de la obligación que tenía de entregar los menores al padre y de forma consciente y deliberada lo incumplió. Y el argumento de haber huido para protegerse ella y proteger a sus hijos de malos tratos cuando éstos no han sido refrendados por una resolución judicial que los declare probados, carece de virtualidad justificadora, y en las circunstancias en que produce la denuncia de julio de 2016, no puede sino entenderse como un recurso procesal pre constituido ad hoc para reforzar la decisión deliberada y consciente de retener a los menores y no entregarlos al progenitor y, al fin, hacerse con la guarda y custodia por vía de hecho. Ya lo dijo él en la vista: ella quiso llegar a un acuerdo sobre la guarda y custodia. Su pretendido afán de proteger a sus hijos, entra en contradicción con sus actos, pues no ha reparado en el daño futuro que puede causar a estos, el hecho de aparecer en varios medios acusando al padre de ambos de torturador, mientras grupos de personas de forma irreflexiva y visceral, le muestran su apoyo. En un mundo donde toda la información queda registrada y documentada a disposición de cualquiera, esos datos pueden ser también conocidos por sus hijos en el futuro y desde luego que el impacto en ellos no se augura bueno.

Los hechos muestran que ella decide separarse en el verano de 2016 y por si misma o porque alguien le asesora, se percata que hay un escollo importante con la guarda y custodia de los dos niños y para obtenerla



a su favor, decide explotar el argumento del maltrato. Pero se percató que pocas posibilidades tiene de privar de la custodia al padre, sacando a relucir la sentencia de 2009, pues con la reconciliación posterior indica que ese episodio puede no ser suficiente, al vivir juntos durante varios años y concebir otro niño. En esas circunstancias de ulterior reconciliación, con nacimiento de otro hijo, ve que es difícil explotar el maltrato de 2009 como recurso argumental en su favor, por lo que decide interponer denuncia el 12 de diciembre de 2016 y relatar otros sucesos ocurridos en el pasado, entre 2012 y 2016, en los que también el hijo habría sido víctima según ella, durante la convivencia que tuvieron en Italia, que pudo haber denunciado en su momento, a la vez que orquesta una campaña valiéndose de medios de comunicación y organismos públicos, que le dan su incondicional apoyo, todo ello con la mal calculada creencia de que así obtendría ventajas a su favor. Su propia defensa se percató de la debilidad de esta argumentación, y, pese al renuente cinismo de María Cristina en mantener este argumento del maltrato, en consecuente buen ejercicio profesional y de respeto a los principios legales tanto en el curso del juicio y de sus informes, lo dejó de lado y pasó de soslayo sobre su exposición, limitándola a poner de relieve lo único que hay acreditado, que es una condena en 2009 y una denuncia no tramitada, interpuesta en 2016.

SEGUNDO.- TIPIFICACION DE LA CONDUCTA Y PARTICIPACION DEL/LOS ACUSADO/OS.

Los hechos probados constituyen dos delitos de previstos en el artículo 225 bis 1 del Código Penal de los que responde como autora María Cristina .

El artículo citado establece pena de prisión de dos a cuatro años para el progenitor que sin causa justificada, sustrajere a su hijo menor, entendiéndose por sustracción el traslado del mismo de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quién conviva habitualmente o de la persona o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda y custodia (225, bis 2 1º); o la retención de un menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa. (art 225, bis 2 2º).

Del tenor de estos dos últimos párrafos, se deriva que el delito se puede cometer tanto en los casos en que se incumple una resolución judicial o administrativa que atribuya la guarda y custodia a un determinado progenitor, como en aquellos otros en que uno de los progenitores custodios simplemente traslada al menor de su lugar de residencia sin consentimiento del otro progenitor con quién conviva habitualmente.

En este caso, la acusada, incurre en delito por las dos modalidades, pues consuma la modalidad del párrafo 1º en un primer momento, en mayo de 2016, cuando traslada a los menores desde Italia, donde residían habitualmente en compañía de ella y el padre, a España, bajo el pretexto de ver al resto de sus familiares, pero adopta la decisión de no volver ni devolverlos a aquel país, aunque a Jose Manuel se la va manifestando de forma progresivamente meditada, primero bajo el achaque de no hallarse bien, para al fin manifestarle de forma expresa que no iba a volver con los niños.

Posteriormente, el 11 de julio de 2017, consuma el párrafo 2º, cuando hay una resolución judicial firme del Juzgado de Primera Instancia 3 de Granada que le impone la inmediata devolución de los menores, y, de forma deliberada y consciente, vuelve a mostrar su voluntad de no entregarlos. Esta voluntad la vuelve a expresar el 26 de julio, no acudiendo a la entrega en el punto de encuentro que se le señalaba por el Juzgado, como ya había adelantado que haría en una comparecencia ante los medios de comunicación, donde otra persona, que al parecer había asumido el papel de asesora, exhibía esta última resolución.

La S AN de 15-3-16, se refiere a la modalidad delictiva acogida por el art 225, 2, 1º.

Se trata de un caso en que "la sentencia de instancia establece que el progenitor denunciado no puede ser sujeto activo del delito al ser un progenitor custodio y no haber un pronunciamiento judicial o administrativo que regulara la potestad de ambos progenitores en relación a la menor , con cita de abundante jurisprudencia, que se apoya esencialmente en su interpretación en la lectura de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002 que introdujo la sección 2ª denominada "de la sustracción de menores" dentro del capítulo tercero intitulado "de los delitos contra los derechos y deberes familiares".

Recuerda la Audiencia Nacional que "leída la exposición de motivos parece que la novedad del legislador consistente en la figura delictiva de la sustracción de menores estuviera vinculada a la exigencia de una resolución judicial, al destacar que "resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico", en los supuestos "donde se verifica la sustracción o de negativa a restituir al menor o de negativa a sustituir al menor es uno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia hayan sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor". *La doctrina de las Audiencias Provinciales no consideraba típico el traslado de un menor por un progenitor sin consentimiento de otro, si no mediaba resolución judicial o administrativa sobre el derecho de custodia .*

Pero es lo cierto que el Tribunal Supremo en Auto de 2 de febrero de 2012 , dictado en una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y el Juzgado de instrucción núm. 18 de Madrid,



nos enseña, aunque sea por vía tangencial que el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/2008, establece qué entiende por sustracción y cuáles son los deberes de los Estados en vía civil; de ahí que se considere traslado ilícito -artículo 3 a) del Convenio- el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjunto, a una persona."

Y continúa razonando la sentencia en un caso idéntico al enjuiciado que "en aquel supuesto de residencia en el extranjero con ambos progenitores, se predicada que el traslado del menor debía ser consentido por ambos y, concretaba finalmente que el "el artículo 225 bis 1 tipifica la conducta del progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo. No se hace mención o diferencia alguna respecto del derecho de custodia. El artículo 225 bis 2 establece la interpretación auténtica de lo que, a efectos de este artículo, debe considerarse sustracción, y la definición del 1º no deja lugar a dudas: "El traslado de un menor de su lugar de residencia sin del progenitor con quien conviva".

Estamos de acuerdo en el criterio legal expreso, porque *solo en el apartado 2.2º se exige que la retención del menor incumpla gravemente una resolución judicial o administrativa ."*

Añade que "en definitiva, en disputas parentales sobre el menor, la reforma afecta a la conducta de privación de la custodia del menor al otro progenitor, ofreciendo la misma respuesta que conlleva la respuesta penal unívoca, en la pena de prisión como en los efectos civiles, la pérdida de la custodia.

Además, el artículo 3 del Convenio nos informa sobre lo que se entiende por sustracción de menores. Así establece que el traslado o la retención de una menor se considerarán ilícitos a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia, atribuido separada o conjuntamente, a un apersona, a una institución, o cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente del Estado en que el menor tenía su residencia habitual, y b) exigiendo que ese derecho se ejerciera de forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o la retención; explicando que *el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar tanto de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado (donde el menor tenía su residencia) .*

Concluye "que la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal. Lo que es ilícito civilmente se traslada al campo penal, por aplicación de artículo 225, bis 2,2, y la trasposición del artículo 3 que es fuente normativa." Y aclara que "el artículo 5 del Convenio señala que "a los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. En última instancia, *la protección del lugar de residencia del menor, y por tanto de su entorno afectivo, es el eje del artículo 225 bis.2.1º y 2o, primando el interés del menor sobre las desobediencias judiciales o administrativas y las propias discrepancias de la pareja genitora, protegiendo su marco habitual de referencia, ubicado en la residencia fijada por decisión parental, resolución judicial o administrativa. Se trata del interés del menor frente al ejercicio arbitrario del derecho de custodia ejercido ope legis ."*

A la modalidad prevista en el 225 bis 2, 2º, se refiere la STC 196/13 de 2 de Diciembre .

En ella se razona que "el tipo penal, según la jurisprudencia, tiene por objeto sancionar ciertos comportamientos que atentan contra los derechos del progenitor custodio y, en última instancia, contra el superior interés del menor. Si bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del "deber" a que se refiere el tipo penal.

Se exige por tanto, acreditar que autor tenía conocimiento de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas -elemento intelectual-, actuó con la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de transgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles -elemento volitivo-, ya que el dolo abarca los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil."

Sobre si la acusada cometió uno o dos delitos de sustracción de menores por ser estos dos, la cuestión no es pacífica, pues obviamente el propósito es único y esto podría dar lugar a interpretar que se comete un sólo delito; y por otra parte tratándose de dos menores, también hay cierta lógica en argumentar que hay dos delitos.

Ni la jurisprudencia ha sido unánime en este punto y la cuestión parece que debe resolverse mirando al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores. En este se protege no sólo la efectividad de las resoluciones judiciales que haya podido establecer cierto régimen de guarda custodia, y el status familiar quo creado por ellas, sino también el derecho de los padres a relacionarse con los hijos y de estos con los padres, que tiene un rango constitucional en nuestro ordenamiento según el artículo 39 de la Constitución



Española que en su párrafo 4 alude a los Convenios Internacionales como fuente de la protección de menores, y, como se ha dicho, el artículo 5 del Convenio de la Haya de 215 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que "a los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

De ahí que el delito de sustracción tiene como sujetos pasivos del mismo tanto al progenitor que queda privado de las relaciones con sus hijos como a estos cuando son privados de las misma con el progenitor. En definitiva se trata de indagar si en el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores se involucran o no bienes jurídicos y derechos de tipo personal, pues el criterio del código penal cuando éstos se lesionan por un acto delictivo, es el de considerar que hay tantas infracciones como personas afectadas. El caso más claro se aprecia en los delitos contra las personas, donde, por citar el caso de las lesiones, aunque una única acción de lugar a varios lesionados la conducta se sanciona como tantos delitos sean las víctimas. Desde la perspectiva de los menores, fueron dos los que se vieron privados de la relación con el padre, y por tanto, dos fueron los delitos cometidos.

Sobre la concurrencia de normas entre delito de sustracción de menores y delito de desobediencia es cierto que la desatención mostrada por la acusada frente a las resoluciones que le imponían entregar a los menores, integran claro supuesto de delito de desobediencia autoridad.

La negativa a atender la entrega en 3 días que le dio el auto de ejecución forzosa de 11 de julio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada como la negativa de desatención al requerimiento contenido en la providencia de 24 de julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16, 30 horas en el punto de Encuentro Familiar, integran el contenido típico del delito de desobediencia a la autoridad del artículo 556 del Código Penal . Pero esta conducta a efectos de penalidad, debe ser abordada desde la perspectiva del artículo 8, 3 y 4, penalizando solo el hecho más amplio y grave.

En la comisión de los delitos no son apreciables las causas de justificación de necesidad de proteger a los menores, por lo que se ha expuesto. Tampoco ese supuesto error amparado en que ella creía que podía retener a los menores a medida que iba presentando peticiones e interponiendo recursos, hasta que no se resolviera definitivamente todo, pues en la modalidad delictiva del artículo 225, bis 2,2º, no se exige una resolución judicial o administrativa con naturaleza ejecutiva, ya que el delito se comete con el mero traslado del menor sin consentimiento del otro progenitor y nada por tanto había que recurrir o estaba en espera de resolver, y, respecto de la otra modalidad de comisión, no es a la acusada a quién le compete interpretar si se debe ejecutar de forma inmediata o si se debe demorar la misma hasta que se resuelva el recurso, en definitiva si el recurso tiene o no efecto suspensivo, cuestión esta establecida por las leyes de Enjuiciamiento, cuya ignorancia no excusa su cumplimiento, máxime cuando se ha contado con asesores, como de forma pública y notoria aparecía la acusada en sus comparecencias ante los medios. Bien pudieron ilustrarla en las consecuencias que conlleva no atender un requerimiento cuando el recurso no es suspensivo, por ser esta una cuestión elemental para cualquier persona que conozca nuestro derecho.

TERCERO: INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.

En la ejecución de dicho delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Se suele admitir que la graduación de la pena debe estar fundamentalmente en función de la intensidad con la que se ataca el bien jurídico protegido y las circunstancias que rodean la comisión del hecho. Y en este caso, esa intensidad es en grado supremo, pues los menores y el padre quedaron privados de verse durante más de un año. Y las circunstancias van acompañadas de graves afrentas al honor de Jose Manuel y a la estabilidad emocional de los menores en el futuro. La acusada no solo ha negado el ejercicio del derecho del padre a relacionarse con sus hijos y de estos con el padre. Ha vilipendiado a este de forma despectiva hasta el último momento, imputándole unas conductas muy graves y reprobables, que no han existido porque no se han probado donde se debió hacer. Poniendo por delante un deseo de proteger a sus hijos del peligro que supone que vivan con una especie de monstruo, cuando tal peligro no ha sido ni detectado por la sicólogo forense, ha originado una lesión grave a derechos esenciales de la persona. Su renuente argumento de proclamar en todo momento que él es un maltratador, refiriendo sucesos que van más allá de lo constatado por la única sentencia que hubo sobre el particular, exterioriza una actitud de falta de respeto por la imagen pública de Jose Manuel , y, al darle tan amplia difusión, ha permitido que quede constancia documental con la clara probabilidad de que en el futuro, los hijos puedan acceder a la misma y queden afectados por la imagen creada sobre el padre .

Ponderando estas circunstancias se le impone la pena de 2 años y 6 meses por cada delito y privación de la patria potestad por 6 años.



En mérito al art. 58 del Código penal le será abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente y el de privaciones de otros derechos acordadas cautelarmente

CUARTO: RESPONSABILIDADES ACCESORIAS.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

En merito al art.109 del Código penal , le ejecución de un hecho delictivo, obliga a reparar los daños y perjuicios causados , mediante la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios materiales y morales (art. 110) que serán exigibles a toda persona criminalmente responsable (art. 116).

Predicar a los cuatro vientos que una persona maltrata, tortura y aterra a su familia, e incluso, que ha golpeado al hijo mayor, cuando no hay una condena firme, ni siquiera una investigación en trámite, y arengar a una multitud irreflexiva y visceral, para hacerla cómplice de ese escarnio, tratando de que la apoye de forma más o menos explícita, es una afrenta que muestra una voluntad dañina y lesiva de elementales derechos como el honor (art 18 CE) o el de presunción de inocencia con rango constitucional (art.24 2 CE) que costó a la humanidad mucho conquistar y el principio de la dignidad de la persona que es un valor constitucional acogido por el art. 10 de la Constitución española . Ello conlleva daños, no solo de tipo de moral, en cuanto que se ha atacado la dignidad y honor de la persona y su imagen, sino también de naturaleza económica incuantificable, pues la sensibilidad social que hay sobre la lacra del maltrato, ha llevado a muchas personas a aislar al maltratador convicto; a señalarlo y rehuirlo a la hora de una oferta de trabajo, de un negocio y de muchos otros aspectos de la vida social que van más allá del rechazo personal y afectan a lo económico. Ni siquiera el derecho a la defensa justifica esa desmesurada campaña, pues cuando empieza a difundir tan graves acusaciones, aún no había sido acusada ni se había abierto contra ella el proceso penal, y por tanto de nada tenía que defenderse. Y en todo caso, el derecho a defenderse autoriza a hacerlo sobre la base de hechos reales que se deben probar y acreditar, según la distribución de la carga de la prueba dentro del proceso, pero en ningún caso justifica dar a cogida a invenciones que lesionan bienes jurídicos fundamentales de otros.

Ponderando estas circunstancias indemnizará en la cantidad de 30.000 euros a Jose Manuel .

COSTAS PROCESALES.

A tenor del art. 123 del Código penal , las costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta y en este caso deben comprender las de la acusación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo CONDENAR Y CONDENO a María Cristina como autora de dos delitos de sustracción de menores , a dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Alvaro y Juan Luis , a que indemnice a Jose Manuel en treinta mil euros euros y al pago de las costas incluidas las de la acusación.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Iltma. Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado y de la que se unirá certificación a la causa de su razón lo pronuncio, mando y firmo.