

DONES JURISTES

JORNADAS "LEY 1/04 DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÈNERO. ANÁLISIS DE SEIS AÑOS DE APLICACIÓN" Barcelona, 2 y 3 de junio de 2011

INCOMPLIMENT DEL RÈGIM D'ESTADES I COMUNICACIÓ I VIOLENCIA MASCLISTA

Por Ester García López
Abogada de Dones Juristes

1) MARC NORMATIU

Donat que les Jornades van adreçades tan a persones juristes com no juristes, de manera prèvia a analitzar el tractament judicial de l'incompliment del règim d'estades i comunicació en els supòsits de violència de gènere, faré una breu exposició del panorama normatiu existent en la matèria.

1.1) Tipologia Bàsica

1.1.a) Infraccions penals constitutives de faltes.

La comissió d'infraccions penals considerades com a falta comporten fonamentalment la imposició de sancions pecuniàries i, en el cas dels incompliments del règim de visites pel progenitor custodi també es preveu la possibilitat de condemnar a realitzar treballs en benefici de la comunitat. A continuació, detallem les infraccions constitutives de falta previstes al Codi Penal.

Artículo 634 del Codi Penal

“Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días”.

Com es dedueix del contingut d'aquest precepte, el bé jurídic protegit és el principi de seguretat jurídica i de l'autoritat judicial, en el sentit de que les resolucions judicials són vinculants, de manera que totes aquelles persones que les incompleixin, sense al·legar i acreditar la concurrència de causes legals que justifiquin l'incompliment, podran ser sancionades.

En l'actualitat i en matèria d'incompliment de règim de visites aquest article és d'invocació i aplicació minoritària, de manera que, en virtut del principi d'especialitat, per sancionar aquelles conductes que consisteixin en l'incompliment del règim d'estada o visites establerts en una resolució judicial s'invoquen els articles 622 i 618.2 del Codi Penal.

Artículo 622 del Codi Penal

“Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”

Aquest article va ser introduït per la reforma operada per la Llei 9/2002, sobre sostracció de menors. De l'Exposició de Motius de l'esmentada llei es dedueix que l'únic subjecte passiu de la referida infracció penal és el progenitor no custodi. Per tant, aquest precepte només serà d'aplicació quan sigui el progenitor no custodi la persona que incompleix el règim de custòdia, és a dir, quan el referit progenitor no reculli o entregui el/la menor el dia o a les hores establertes en la sentència que estableix el règim d'estada i comunicació amb els fills i les filles.

Article 618.2 del Codi Penal

“El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

L'article 618.2 del Codi Penal va ser introduït per la Llei Orgànica 15/2003, vigent a partir de l'1 d'octubre de 2004. Amb aquesta reforma, adreçada a la sanció d'aquells incompliments de de les resolucions judicials relatives a les obligacions familiars, es va tipificar de manera específica

l'incompliment del règim d'estada i visites per part del progenitor custodi. Per tant, amb aquest article fonamentalment es castiguen els incompliments dels progenitors custodis consistents en la no entrega dels fills o filles al progenitor no custodi en els dies o a les hores assenyalades.

Abans de l'entrada en vigor d'aquesta reforma, els incompliments del règim de visites per part del progenitor custodi no podien ser sancionats per la via de l'art. 622 del Codi Penal, atès que la jurisprudència havia delimitat com a únic subjecte passiu de l'esmentat tipus penal al progenitor no custodi. De fet, quan el progenitor custodi era condemnat en primera instància en base a aquest precepte, les Audiències Provincials, en la resolució del recurs d'apel·lació contra la sentència condemnatòria, revocaven la referida resolució judicial i estableixen que l'incompliment del règim d'estada i comunicació pel progenitor custodi no podia subsumir-se en l'article 622 del Codi Penal.

La delimitació jurisprudencial del progenitor no custodi com a únic subjecte passiu possible de l'incompliment previst en l'art. 622 del Codi Penal, no comportava necessàriament l'atipicitat dels incompliments per part del progenitor custodi, sino que els referits incompliments, en defecte de precepte específic que descrivís l'esmentada conducta, eren sancionats per la via de l'art. 634 del Codi penal com a falta de desobediència judicial lleu.

Més enllà de la via penal, una altra alternativa per aconseguir el compliment de la sentència que establia el règim d'estada i comunicacions amb les filles i els fills, era acudir a la jurisdicció civil, és a dir, instar accions executives davant del mateix Jutjat que havia dictat la resolució judicial, per tal de que el mateix Jutjat requerís al progenitor custodi per a que complís amb el règim de visites establert, sota l'apercebiment de que, en cas d'incompliment, es podria incórrer en un delictes de desobediència judicial, previst a l'art. 556 del Codi Penal, o sota l'apercebiment de que l'incompliment reiterat podria suposar un canvi en el règim de custòdia. Aquesta alternativa és utilitzada actualment, si bé el més habitual és que davant d'incompliments puntuals el progenitor no custodi interposi denúncia penal.

Un exemple de l'evolució legislativa i jurisprudencial de la falta d'incompliment de règim de visites la trobem, entre d'altres, en la Sentència de la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Tarragona de 14 de març de 2008, que fa una anàlisi del bé jurídic protegit per cadascuns dels preceptes esmentats (arts. 622, 618.2 i 634 del Codi Penal)¹.

1.1.b) Infraccions penals constitutives de delictes.

¹ Veure dossier de jurisprudència annexat

En matèria d'incompliment de règim d'estades i comunicació el Codi Penal contempla dos tipus delictius l'aplicació dels quals, cas de verificació de l'incompliment del règim de visites, pot comportar l'establiment de penes de presó i, fins i tot, pot implicar un canvi en el règim de guarda.

Art. 224 Codi Penal.

“El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.”

La finalitat d'aquest precepte és protegir l'ordre familiar establert al Codi Civil (articles 154 i següents) i a la Llei 25/2010, de 29 de juliol (articles 233-8 i següents) en el sentit de que els progenitors són els que han de decidir i determinar la residència dels i de les menors i procurar el seu benestar, entenent per benestar el dret a relacionar-se amb els seus progenitors.. El supòsit de fet bàsic que preveu aquest article és aquell en que una persona indueix a una persona menor d'edat a abandonar el domicili familiar; òbviament, per parlar d'inducció a l'abandonament del domicili, la decisió de marxar del domicili no pot ser presa lliure i voluntàriament pel fill o la filla.

Aquest precepte no és da gaire aplicació en matèria d ' incompliments de règim d'estada i comunicació quan hi ha o hi ha hagut violència de gènere.

Art. 556 Codi Penal.

“Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

Aquest article sanciona amb pena de presó els incompliments reiterats de les resolucions judicials que estableixen el règim de custòdia i estada.

Com es desprèn del text literal de la norma, la persona incomplidora pot ser tant el progenitor custodi com el progenitor no custodi; ara bé, la pràctica habitual dels Jutjats és incoar causes penals per la presumpta comissió

d'aquest delictes de desobediència als progenitors custodis i, concretament en matèria de violència de gènere a les mares que ostenten la custòdia dels fills i filles menors d'edat, si han estat condemnades, de manera prèvia, com autores de dos o més faltes d'incompliment de règim de visites.

Més endavant, entraré a valorar els efectes que està produint la incoació de procediments penals en base a aquest article, en les situacions en que les dones han patit o pateixen violència de gènere.

1.2.- Elements i conceptes tècnic-jurídics en matèria d'incompliment del règim de custòdia i estada.

1.2.a) Elements objectiu i subjectiu dels tipus penals (faltes i delictes).

Les faltes i els delictes existents en matèria d'incompliment del règim de visites venen configurats fonamentalment per dos elements, la concurrència dels quals ha de quedar acreditada a efectes de poder dictar una sentència condemnatòria. Aquests elements són l'objectiu i el subjectiu:

-Element objectiu.- L'element objectiu del tipus penal el conformen elements de naturalesa descriptiva o normativa (acció, formes, mitjans, resultat, etc.). L'element objectiu del diferents tipus penals referenciats acostuma a ser comú, concretament l'existència d'una resolució judicial que estableixi el règim de custòdia i visites o estada amb els menors.

La concurrència o no de l'element objectiu no planteja cap dificultat de prova; de fet, normalment la persona denunciant aporta, en el moment d'interposar la denúncia, la resolució judicial que va establir el referit règim, o bé es pot aportar el dia de la celebració del judici . En aquest punt, val a dir que la inexistència de resolució judicial que estableixi l'esmentat règim conduirà bé al sobreseïment del procediment (arxiu) o bé a una sentència absolutòria, donat que no es pot exigir el compliment de cap obligació que no hagi estat establerta pels Tribunals.

-Element subjectiu.- L'element subjectiu suposa que de forma conscient i voluntària la persona ha vulnerat el tipus penal i el bé jurídic protegit, la persona és variable segons ens trobem davant d'una falta o d'un delictes d'incompliment del règim de visites. En tot cas, l'element subjectiu suposa

En aquest sentit, en el cas de les faltes previstes als articles 618.2 i 622 del Codi Penal, l'element subjectiu el constitueix la intenció del progenitor incomplidor d'obstaculitzar les relacions familiars i, concretament, d'impedir

el contacte paterno-filial ; mentre que en els supòsits del delictes previst a l'art. 556 del Codi Penal, l'element subjectiu ve configurat per aquells actes de desobediència manifesta i persistent a l'autoritat judicial, des de la premissa de que totes les resolucions judicials són vinculants i d'obligat compliment.

Si practicades les proves en el procediment judicial, el Jutjat arribés a la convicció de que la conducta de la persona denunciada implica una vulneració conscient i voluntària al bé jurídic protegit per la norma, i no s'acredita la concurrència de cap circumstància que exoneri de responsabilitat penal la referida conducta, (Ex: eximent de l'estat de necessitat prevista a l'art. 20.5 del Codi Penal o la figura de l'error invencible de l'art. 14.1 del mateix cos legal), es dictarà sentència condemnatòria.

L'objecte de debat, i en el que radica principalment la prova en els processos judicials per incompliment del règim d'estada i visites, és la concurrència o no de l'element subjectiu del tipus penal, ja que en el cas que no quedi acreditada la seva concurrència s'ha de dictar sentència absolutòria. L'element subjectiu no pot ser mai objecte de prova directa, donat que la intencionalitat de la persona autora forma part d'un procés mental intern. Per aquest motiu, aquest element és el resultat d'un judici d'inferència de les dades objectives de que disposi el Tribunal.

L'acreditació de la concurrència de l'element subjectiu esdevé el nucli dels judicis per incompliment de règim de visites, quan ha existit o existeix violència de gènere. El supòsit de fet més habitual és aquell en el que la mare, progenitora custòdia, no fa la entrega dels menors, extrem que reconeix davant el Jutjat, però justifica o legitima l'incompliment de l'obligació d'entrega, bé en la necessitat de protegir la seva integritat física i/o psicològica, la dels seus fills i filles, o en la negativa d'aquests a veure el pare.

Quan ha existit o existeix violència de gènere, els Jutjats han de valorar de manera minuciosa i amb especial cautela les circumstàncies en les que es concreta l'incompliment del règim de visites, sobretot tenint en compte que, més enllà dels drets dels progenitors a relacionar-se amb llurs fills i filles, existeixen unes persones menors d'edat que, no oblidem, són subjectes de dret i no simples objecte de la relació.

Enquadrant l'incompliment del règim de visites en el marc de la violència de gènere, al meu parer és que, en un percentatge important de casos, els Tribunals i Jutjats actuen amb un cert automatisme, de manera que la mera constatació de l'existència d'una resolució judicial que estableix el règim d'estada i la verificació de la no entrega del o de la menor, condueix massa sovint a una resolució condemnatòria, sense entrar a analitzar les

circumstàncies que hi concorren en el cas concret, que analitzarem més endavant.

1.2.b) Bé Jurídic Protegit.

Sense cap mena de dubte, la subsumció d'una conducta en el Codi Penal com a infracció penal té com objectiu prioritari la protecció de determinats interessos per part del nostre ordenament jurídic.

Respecte a la tipologia bàsica que configura les infraccions penals en matèria d'incompliment de règim de visites, el bé jurídic protegit ha anat evolucionant i ha estat desenvolupat per la diversa jurisprudència (dossier annexat). En aquest sentit, **en els arts. 618.2 i 622 del Codi Penal el bé jurídic protegit el constitueix bàsicament les relacions familiars, concretament el dret dels progenitors a relacionar-se amb llurs fills i filles; mentre que en les infraccions penals que constitueixen delictes (art. 556 del Codi Penal) i també en la infracció penal tipificada en el art. 634 del Codi Penal, el bé jurídic protegit és el principi d'autoritat judicial, concretament l'obligació de la ciutadania d'acatar i obeir els manaments legítims emanats de les Autoritats competents; en definitiva, és l'obligació de complir amb les ordres judicials.**

En aquest punt, no hem d'oblidar que **el règim d'estada i comunicacions és un dret tant dels progenitors com dels fills/es menors d'edat; ara bé, les visites sempre s'hauran d'establir en benefici dels fills i de les filles menors d'edat.** Des d'aquesta perspectiva, qualsevol interpretació del compliment del règim de visites ha de conduir necessàriament a l'anàlisi de quin és el benefici del menor en el cas concret (Sentència de la Secció 6a. De l'Audiència Provincial de Barcelona de 24 de gener de 2005).

La meua experiència és que, en un nombre destacat de casos, les sentències condemnatòries contra les mares, provoquen greus perjudicis a la dona i el que resulta més greu a llurs fills i filles, atorgant un status desmesurat al dret de visites del progenitor no custodi i, en determinats casos, al principi d'autoritat judicial. Sense cap mena de dubte, l'objecte prioritari de protecció ha de ser, en general, l'interès del menor i, en concret, la seva salut física i psicològica (no oblidem que estem analitzant els incompliments del règim d'estada i comunicació en supòsits de violència de gènere).

1.2.c) Suspensió del règim de visites.

L'article 57.3 del Codi Penal, en relació a l'article 48.2 del mateix cos legal, estableix que *“En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo (delictes d'homicidi, avortament, lesions, contra la llibertat sexual, tortures i contra la integritat moral, la llibertat i indemnitat sexuals, el dret a la pròpia imatge i la inviolabilitat del domicili, l'honor, el patrimoni i l'ordre socioeconòmic) cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave (...)*”.

Sembla que a través d'aquest precepte s'introduïa l'imperatiu legal de que en el supòsits de violència de gènere amb condemna, imposar una pena accessòria de suspensió del règim de visites al progenitor no custodi agressor; ara bé, en la nostra realitat judicial no s'aplica el referit precepte. De fet, la **Circular de la Fiscalia General del Estado 2/2004**, sobre l'aplicació de la reforma del Codi Penal per la Llei Orgànica 15/2003, de 25 de novembre, estableix els criteris de Fiscalia en matèria de violència de gènere, i pel que fa a aquesta ponència, distingeix entre la suspensió de la potestat i règim de custòdia i la suspensió del règim de visites:

- **Suspensió de la potestat o la custòdia dels menors.** Aquesta mesura cautelar es preveu als delictes previstos als articles 153, 171.4, 172.2 i 173.2 del Codi Penal (delictes de lesions en l'àmbit familiar, amenaces, coaccions i violència física i/o psicològica habitual vers la dona).

El criteri de Fiscalia és que, donat l'àmbit d'aplicació de la Llei Integral 1/2004 (violència vers les dones), la referida mesura cautelar només serà aplicable quan la violència s'hagi exercit sobre els i les filles i sobre la mare; ara bé, en virtut de l'article 544 ter de la Llei d'Enjudiciament Criminal, en els supòsits que no existeixi violència de gènere, es podrà establir com a mesura cautelar davant de conductes delictives greus vers als menors.

- **Suspensió del règim de visites.** Quan la suspensió del règim de visites, el criteri de Fiscalia és que s'haurà d'acordar el règim de visites segons las circumstàncies que concorrin, de manera que en determinats casos s'haurà de suspendre, en d'altres limitar-se o establir-se de manera progressiva per tal d'avaluar l'actitud del pare i la repercussió que el seu comportament pot tenir sobre el/la menor. En tot cas, la suspensió del règim de visites s'establirà quan s'hagués concedit una prohibició d'acostament vers el fill o filla.

D'altra banda, l'article segon de la Llei 27/03, de 31 de juliol, reguladora de l'Ordre de Protecció, va introduir l'article 544 ter a la Llei d'Enjudiciament Criminal, consistent en la possibilitat de concedir una ordre de protecció a les dones que hagin patit a maltractaments.

Aquesta ordre de protecció permet l'establiment de mesures cautelars penals (prohibició d'acostament i comunicació) i de mesures cautelars civils. Aquestes mesures cautelars civils poden consistir, entre d'altres, en l'atribució de l'ús de domicili, custòdia, visites i, en definitiva, qualsevol disposició que es consideri oportuna a fi i efecte d'apartar al o a la menor de qualsevol perill o evitar-li qualsevol perjudici.

L'establiment de mesures cautelars civils consistents en suspensió de visites, en ordre a protegir als menors no és gaire habitual. A títol il·lustratiu, l'Informe del Observatori de Violència de Gènere de 19 d'octubre de 2010, facilita les xifres i percentatges de les diferents mesures civils derivades de les ordres de protecció i d'altres mesures cautelars. Segons el referit informe, es van dictar 5.256 mesures civils, d'entre les quals només en un 3% de casos es va acordar la suspensió de les visites (veure annex).

Els supòsits de violència de gènere, en els quals no s'ha establert cap mesura adreçada a la protecció dels infants, són els que habitualment comporten incompliment del règim de visites, bé com a mesura de fet adoptada per la mare a efectes de protegir la salut física i/o mental del fill o filla, bé davant de la negativa d'aquests a anar amb el pare.

Sense cap mena de dubte, la qüestió que ens hauríem de plantejar és si la parella o marit agressor pot ser bon pare, amb independència de que la violència física, psicològica, sexual o del caire que sigui no l'hagi exercit contra el o la menor, sinó directament sobre la mare. Al meu parer, qualsevol tipus de violència exercida sobre la mare té repercussions sobre els i les filles, i el grau de repercussió variarà segons la seva edat, grau de maduresa i especialment el que hagin pogut presenciar i/o escoltar.

En aquest sentit, molts nens i nenes transmeten sentiments de por cap al pare, tot i que aquest mai els hagi agredit físicament, sentiments de por que el pare disfressa o justifica sota el concepte d'autoritat (a mi no em tenen por, simplement em respecten, etc.). En d'altres ocasions, els infants adopten el patró del pare agressor: insulten, vexen i agredeixen físicament a la mare, justificant la seva actitud perquè aquest comportament és el que té el seu pare. De fet, en els darrers anys s'ha incrementat el nombre de denúncies de mares vers als seus fills per violència familiar.

En molts dels incompliments del règim d'estada i comunicació, quan existeix violència de gènere (jutjada o no, condemnada o no), la mare admet l'incompliment i al·lega la protecció de la salut física i psíquica del seu fill o filla o bé la seva manca de predisposició per a veure al pare, supòsits que passem a analitzar.

2) INCOMPLIMENT DEL RÈGIM D'ESTADA I VISITES DAVANT LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE.

En aquest apartat hem de distingir entre els incompliments del règim de visites pel progenitor custodi i els incompliments per part del progenitor no custodi.

A nivell judicial, concretament davant de la jurisdicció penal, són més nombrosos els procediments seguits contra les mares que ostenten la custòdia que els procediments contra el progenitor no custodi. Probablement, un dels motius que expliquen aquesta diferència és que en el casos de violència de gènere, quan el pare no compleix amb el règim de visites (no recull als menors ni té contacte amb ells/elles), la mare decideix no denunciar ja sigui per por a enfrontar-se judicialment amb el seu agressor, per la seva reacció o perquè prefereix que el pare agressor no tingui cap contacte amb els fills o filles.

2.1- INCOMPLIMENTS PER PART DEL PROGENITOR CUSTODI.

2.1.a).- Intervenció del Punt de Trobada.

El supòsit de fet més habitual és aquell en el que la mare que té atribuïda la custòdia del fill o filla, ha patit o pateix violència de gènere, sovint en presència del o de la menor, i o bé la mare no l'entrega al pare no custodi o bé és el menor qui es nega a anar amb ell.

En aquests casos, quan hi ha sentència condemnatòria per violència de gènere s'imposa, per imperatiu legal, una pena accessòria de prohibició d'apropament de l'agressor cap a la perjudicada i de comunicació amb ella per qualsevol mitjà. Els antecedents d'episodis de violència de gènere i l'existència d'aquesta prohibició comporten, sense cap mena de dubte, una alta conflictivitat en el moment de la recollida i entrega dels menors.

L'any 2005 es van crear els Punts de Trobada amb la missió d'atendre i prevenir els problemes de conflictivitat familiar que el compliment del règim de visites pot comportar, especialment en els casos en els que ha existit violència de gènere. Aquests centres es van configurar com a espais neutres i transitoris, integrats per equips multidisciplinars formats per persones titulades en psicologia, treball social, pedagogia i educació social, sent l'objectiu prioritari el benestar dels i de les menors.

La intervenció d'aquests espais consisteix fonamentalment bé en a) articular les entregues i recollides dels infants o b) bé supervisar la interactuació entre el progenitor no custodi i el menor.

- a) El sistema d'entregues i recollides en el Punt de Trobada s'acostuma a establir quan existeix una ordre de protecció o una pena accessòria de prohibició d'apropament del progenitor no custodi respecte de la mare que te atribuïda la custòdia, per tal d'evitar que la conflictivitat familiar afecti als menors. El personal del centre fa un seguiment de si les entregues i recollides es realitzen puntualment i en els dies establerts i les condicions en les que es fan (comportament i actitud dels menors i progenitors).

La intervenció del Punt de Trobada es realitza sempre que s'acordi en resolució judicial, per tant, queden fora de la seva intervenció els casos en els que existeixi violència de gènere i no s'hagi denunciat; s'hagi denunciat però no s'hagi establert ordre de protecció o hagi recaigut sentència condemnatòria. Més enllà de la jurisdicció penal, també es pot acordar la intervenció d'aquests centre mitjançant resolució judicial de separació, divorci o ruptura convivencial sempre i quan s'acrediti una alta conflictivitat familiar o bé sigui aconsellable per l'interès dels i de les filles.

En una gran part de casos, la intervenció de Punts de Trobada s'inicia per l'existència de violència de gènere.

- b) Les visites supervisades entre progenitor no custodi i menor s'acorden habitualment quan les visites ordinàries o normalitzades comporten un risc objectiu per la integritat física, psicològica i/o sexual del menor. La

supervisió de les esmentades visites s'acorda judicialment, sempre i quan s'acrediti l'existència de violència del progenitor no custodi cap el fill o filla.

Aquest sistema de supervisió de visites suposa una important restricció del dret del progenitor no custodi a relacionar-se amb llurs fills/es, donat que els Punts de Trobada disposen de personal i horari molt limitats.

Els Punts de Trobada emeten informes adreçats al Jutjat que ha acordat la seva intervenció, en relació al compliment de les dates i hores d'entrega i recollida dels menors, desenvolupament de les visites quan són supervisades, actitud dels progenitors, etc i poden fer recomanacions relatives al règim de custòdia i visites que no vinculen al Jutjats. És per aquest motiu, que cobra especial rellevància la sensibilització i formació continuada del seu personal en matèria de violència de gènere.

La realitat és que els Punts de Trobada estan desbordats de tal manera que des que es dicta la resolució judicial que estableix la necessitat de la seva intervenció fins que aquesta intervenció és efectiva pot transcórrer entre un i dos mesos. Sovint, durant aquest lapsus de temps en el que no s'ha iniciat la intervenció del Punt de Trobada, el progenitor no custodi denuncia a la mare per incompliment del règim de visites.

Considero que en aquests supòsits, en els que la intervenció del Punt de Trobada s'ha acordat judicialment però no s'ha iniciat perquè el centre no s'ha posat en contacte amb ambdós progenitors, la no entrega del menor no pot comportar una sentència condemnatòria, donat que no concorre l'element subjectiu de la infracció penal, és a dir, la intenció del progenitor custodi d'obstaculitzar el dret del progenitor no custodi a relacionar-se amb el seu fill o filla..

Val a dir que la càrrega de la prova recau en qui acusa i, per tant, el progenitor no custodi denunciant hauria d'acreditar que el Punt de Trobada s'ha posat en contacte amb els progenitors per tal de iniciar les visites o entregues i recollides en el servei, i que la progenitora custòdia s'ha negat a la entrega.

D'altra banda, la pràctica habitual del Punts de Trobada es recomanar als Jutjats, via informe, el cessament de la seva intervenció en el període de sis mesos des del seu inici, freqüentment per no detectar elements reveladors de violència de gènere en les seves instal·lacions (cosa que, per motius obvis, ve a ser l'habitual). Ara bé, **el fet que no es produeixin episodis de violència a**

les seves instal·lacions no ha de conduir automàticament a la negació o invisibilització de l'existència de violència de gènere.

Considero fonamental insistir en la necessitat de que el personal que integra l'equip multidisciplinar estigui format en matèria de violència de gènere; del contrari, les mares custòdies es poden sentir qüestionades pel referit personal i poden arribar a patir l'anomenada victimització secundària.

A títol d'exemple, reproduïxo alguns del **comentaris de dones** que tenen atribuïda la guarda dels fills o filles, els pares dels quals han estat condemnats per episodis de violència de gènere i tenen la pena accessòria de prohibició d'apropament vers la dona.

- **CAS A)**

Antecedents: La dona va arribar al Punt de Trobada en obtenir una pena accessòria de prohibició d'apropament respecte del seu ex marit durant dos anys. Posteriorment, la intervenció d'aquest servei s'estableix com a mesura cautelar penal, davant d'una denúncia interposa per l'escola del menor per presumptes abusos sexuals per part del pare.

Servei: Relata que a la primera entrevista amb el personal del Punt de Trobada se li va transmetre molta seguretat i confiança en el servei, informant-li que estaven sensibilitzats en matèria de violència de gènere. Les visites eren supervisades.

Els problemes van començar, segons ens explica, quan la mare transmet a una persona de l'equip multidisciplinar que el seu fill, després de les estades amb el pare, presenta episodis d'autolesions i de heteroagressivitat vers la mare (episodis que es van fer constar en informes del centre escolar al que anava el menor i de la psicòloga que el venia atenent). La resposta de la persona de l'equip multidisciplinar va ser *“eso son cosas que dice usted, las visitas son correctas, con mucho amor y cariño”*. La dona va demanar que parlessin amb el menor per veure que els hi transmetia, extrem al que es van negar i li van dir *“facilite las cosas al padre y supere la separación”*.

Des del Punt de Trobada, probablement amb la intenció de que el nen es sentís millor en les visites amb el pare, proposen a la mare que no se'n vagi de les instal·lacions immediatament després d'entregar al nen, sinó que intenti creuar-se amb el seu ex marit per transmetre-li al nen una certa normalitat. La dona es negà rotundament pels sentiments de por que li produeix estar a prop de l'ex marit i recordà que té una ordre de protecció,

motiu pel qual el personal li contesta que *“te empeñas en mantener tú la orden de alejamiento”*.

Durant uns dies la mare no va portar al menor al Punt de Trobada perquè va patir una gastritis aguda i se li va recomanar repòs domiciliari. Va aportar els informes i les pautes mèdiques. El personal del Punt la va trucar i li va dir *“la esperamos el sábado que viene, y si no viene haremos una instancia y usted misma”*.

La mare mostra sentiments de desconfiança i por cap al personal del Punt de Trobada, fins al punt de reconèixer que ha portat al nen malalt per por a que remetin informe al Jutjat de contingut negatiu vers ella, sent qüestionada per haver-lo portat malalt. La mare arriba a fer afirmacions com *“Si no lo llevo lo estoy poniendo en contra del padre; y si lo llevo que por qué lo llevo así”*.

- CAS B)

Antecedents: Un Jutjat de Violència sobre La Dona li va donar cautelarment un ordre de protecció amb la prohibició d'apropament i comunicació i, finalment, es va dictar sentència condemnatòria per lesions i amenaces establint la pena accessòria durant dos anys.

Servei: La primera entrevista la té amb la coordinadora que li diu *“demandar el Punt de Trobada no és bo pel nen i tu saps que no és el millor”*. Aquestes expressions la van fer sentir culpable i molt qüestionada, com si la violència que havia patit i que havia quedat acreditada en un procediment penal no existís. La coordinadora també li va dir *“això serà com a molt durant un any”*, cosa que ella no entenia perquè la prohibició d'apropament s'havia establert per dos anys.

El pare comença a demanar canvis en els caps de setmana que li toquen, sense pernocta, i la mare se sent pressionada per la coordinadora per tal de que els accepti. La mare em diu *“És una manera del meu ex de continuar controlant-me, no entenc perquè el tracten amb tanta benevolència. El pare juga amb això”*.

En aquests dos exemples es pot observar com es qüestiona les dones tot i haver acreditat en un procediment penal que han patit agressions, físiques i psicològiques per part del progenitors no custodi, fins al punt de relativitzar la necessitat de la intervenció del servei del Punt de Trobada.

Moltes usuàries dels Punts de Trobada consideren que els seus maltractadors, ja condemnats per episodis de violència de gènere, continuen maltractant-les a través dels Punts de Trobada, amb la aquiescència dels seu personal, fet que provoca sentiments de desconfiança vers a aquest servei.

Traslladant aquestes experiències a l'àmbit d'incompliment en el règim de visites, ens trobem amb denúncies dels pares per la comissió d'una presumpta falta d'incompliment del règim de visites prevista a l'article 618.2 del Codi Penal, davant la no entrega del menor per la mare al Punt de Trobada. Els supòsits de fets que més veiem a Jutjats són denúncies perquè la mare no ha fet la entrega el dia estipulat al·legant que el menor estava malalt o bé perquè el menor s'ha negat a anar.

Davant d'aquestes denúncies, els Jutjats convoquen directament a les parts (progenitor custodi i no custodi) a un judici oral, concretament al judici de faltes, sense que hi hagi fase intermèdia pel tal de practicar proves; és a dir, el dia que assenyali el Jutjat per la celebració del judici cada part haurà d'aportar les proves que consideri adients.

En aquests procediments per faltes, l'assistència lletrada és potestativa, de manera que cada part decidirà si acut el dia del judici amb o sense direcció lletrada. Sense cap mena de dubte, sempre és recomanable anar amb assistència lletrada, tenint en compte la manca de coneixement de la dinàmica processal, com la possibilitat de demanar proves davant del Jutjat, especialment en aquells casos en que les proves que interessa aportar no es poden obtenir si no és per requeriment judicial.

En aquest sentit, una prova documental fonamental és la derivada de l'equip multidisciplinar dels Punts de Trobada com els justificants d'assistència o no assistència o informes en relació als progenitors o al menor (impuntualitat dels progenitors, actitud dels progenitors ver al fill/a o a l'inrevés). Els Punts de Trobada no acostumen a facilitar als progenitors aquesta informació de manera documentada, sino que només consenten la seva exhibició a requeriment del Jutjat. Per tant, la part interessada en que es practiqui aquesta prova documental en l'acte del judici oral, normalment la progenitora custòdia, haurà d'adreçar un escrit al Jutjat de manera prèvia a la celebració del judici, per tal de que s'obtingui aquesta informació del Punt de Trobada. Òbviament, en els casos que no hi ha assistència lletrada, aquesta prova no és sol·licitada per desconeixement de la part, de manera que fets que podien quedar acreditats mitjançant aquesta documental no queden provats.

Considero, que atès que els informes del Punt de Trobada relatius al desenvolupament de les visites supervisades o de les entregues i recollides tenen un contingut objectiu i neutral, o l'haurien de tenir en qualsevol cas, el mateix servei hauria de facilitar aquesta documentació al progenitor que ho sol·liciti, sense la necessitat de que hi hagi un requeriment judicial.

Una altra opció seria que el Jutjat que tingui coneixement del procediment de judici de faltes, quan del contingut es dedueixi la intervenció del Punt de Trobada, sol·liciti, de manera automàtica, un informe del referit servei per tenir tota la informació sobre el tema.

2.1.b).- No intervenció del Punt de Trobada.

Normalment, en aquells casos en els que la violència de gènere que es pateix no ha estat denunciada o havent-la denunciat no s'ha obtingut ordre de protecció o el procediment ha finalitzat amb sentència absolutòria, no hi ha intervenció del Punt de Trobada.

En aquestes circumstàncies, **el desenvolupament del règim de visites o estades és altament conflictiu per la inviabilitat de la comunicació entre els progenitors, les nombroses incidències en el moment de les entregues i recollides dels menors en el domicili matern i la continuació d'episodis de violència encoberts a través del règim d'estades, especialment en els casos en que la violència patida no sigui punible.** Les denúncies més habituals són aquelles en les que el pare al·lega la no entrega del menor per part de la mare.

Com he comentat en apartats anteriors, el fet de que el progenitor no custodi hagi estat condemnat per violència de gènere no implica, en una gran part de casos, la suspensió del règim de visites, tot i que la llei preveu la suspensió com a pena accessòria (article. 57.3 en relació a l'article 48 del Codi Penal i dades de l'Informe de l'Observatori de Violència de Gènere de 19 d'octubre de 2010). En aquest punt, hem de recordar els criteris de Fiscalia establerts en la Circular 2/2004, a la que feia esment en l'apartat 1.2.c) de la ponència

En el referit apartat, ja plantejava la qüestió de si el progenitor no custodi agressor pot ser un bon referent per als fills i les filles, en definitiva, si pot ser un bon pare. Sense cap mena de dubte, aquesta qüestió ha estat i és objecte de constants debats distingint-se dos posicionaments confrontats:

Posicionament a): El que manté que el progenitor que ha agredit a la mare de llurs fills/es mai podrà ser un bon referent per la seva descendència i, per tant, no hauria de tenir cap mena de contacte amb els fills o filles.

Posicionament b): El que considera que la violència de gènere infligida a la mare és una qüestió independent i dissociada de l'estabilitat i integritat dels fills/es i, per tant, l'agressor està plenament capacitat per encarregar-se de la cura dels menors.

Considero que el posicionament més correcte és el que passa per **analitzar l'interès suprem del menor**, concretament s'haurien d'estudiar les circumstàncies concretes en cada cas, de manera que **si s'acredita que, els episodis de violència de gènere patits per la mare han estat presenciats directament pels fills i/o filles, o tot i no haver estat presenciats directament, els han provocat sentiments de por, rebuig i negació de la figura paterna, el règim de visites s'hauria de suspendre o, com a mínim hauria de ser supervisat per personal especialitzat.**

Hem de partir de la idea fonamental de que tot i que el pare no cometi actes de violència física vers els menors, la violència exercida sobre la figura materna hauria de ser considerada violència indirecta vers als fills i filles. Així, tot i que no presenciïn directament la referida violència física, molts menors narren els crits, insults del pare vers la mare, fins i tot, comenten com veuen sovint a la mare plorar o com es tapa i maquilla els hematomes. Aquest tipus de violència indirecta genera una forta inestabilitat emocional en els nenes i, como dèiem abans, sentiments de rebuig, por i negació de la figura paterna.

En moltes ocasions, els menor i les menor manifesten de manera clara i persistent la seva negativa a anar amb el pare, supòsits que, a continuació, desenvolupem.

2.1.c) Negativa del fill o filla a anar amb el pare.

En aquests procediments judicials, en els que l'incompliment del règim de visites es fonamenta en la negativa a anar amb el progenitor no custodi, els Jutjats sovint pateixen un cert automatisme, dictant sentències condemnatòries pel fet de constatar els elements objectius del tipus penal previst a l'article 618.2 del Codi Penal (a) resolució judicial que estableix un règim d'estades a favor del progenitor no custodi i b) que el progenitor no custodi no ha pogut estar amb el o la menor. Les denúncies per incompliment basades en aquesta negativa i la conseqüent sentència condemnatòria a la mare, constitueixen en moltes ocasions, al meu parer, una coacció cap a la

mare, en especial quan el fill o filla té l'edat o la maduresa suficient per prendre determinades decisions.

En aquesta línia, els Tribunals estan jutjant i condemnant a les mares per la negativa de llurs fills o filles a anar amb el pare, fins i tot en aquells casos en que aquests ratifiquen judicialment i argumenten la seva negativa a anar amb el pare.

A títol d'exemple, les Sentències de la Secció Sisena de l'Audiència Provincial de Biscaia, de 27 de març de 2008 i de 13 de gener de 2009, revoquen les sentències de primera instància per les que es condemnava a la progenitora custòdia per incompliment de règim de visites davant la negativa del fill menors d'edat de veure al progenitor no custodi.

-Sentència de la Secció Sisena de l'Audiència Provincial de Biscaia, de 27 de març de 2008.

Aquesta resolució apunta dues idees que paga la pena destacar i que reproduïm:

1a.- Les denúncies del progenitor no custodi davant de la negativa dels menors a estar amb ells, esdevenen un via de coerció cap a la mare custòdia.

"(...) En los últimos tiempos son múltiples las situaciones como la descrita, en las que, ante la actitud obstativa de los hijos para relacionarse con uno de los progenitores, el "rechazado" acude a la vía penal como elemento de coerción inmediata hacia aquél o aquella en cuya compañía residen los hijos o hijas habitualmente, y en supuestos como el que es objeto del presente recurso, vengo manteniendo: a) que entre la obligación y el o la obligada/o al cumplimiento de la resolución judicial (o pacto) de que se trate, aparece una tercera persona (el o la hija lo es) que obstaculiza o interfiere en el cumplimiento, con esa voluntad obstativa manifestada; b) que es imprescindible que en el tipo de ilícitos que nos ocupa, se manifieste, de forma precisa la existencia de dolo, de voluntad de incumplir la resolución judicial por parte de la acusada (...)

2a.- Obligar a la mare i, en definitiva, al fill o a la filla a anar amb el progenitor no custodi, tot i la seva negativa, suposa una clara i flagrant coacció a la mare i al menor, per tant, enlloc de condemnar de manera sistemàtica, l'Audiència proposa fer l'esforç d'esbrinar el perquè del rebuig filial i els efectes que la imposició d'una relació paternofilial no desitjada poden produir-se en el menor.

"(...) El hijo es sujeto en la relación, no objeto, y su situación ha de tenerse en cuenta en el conflicto planteado, al igual que su voluntad. Habrá de averiguarse, con los medios posibles en derecho (que existen) sobre el motivo de ese rechazo, y las

consecuencias de imponerle (toda imposición es coerción) el concreto modo de relación con su padre que se trata de establecer, valorando si una progresión en el tiempo y grado de visitas hasta conseguir la normalidad, es adecuado al interés del menor (interés que habrá de explicarse cuál es)”.

-Sentència de la Secció Sisena de l'Audiència Provincial de Biscaia de 13 de gener de 2009.

Aquesta sentència recull un supòsit de fet consistent en la negativa d'un menor d'aproximadament 13 anys que es nega, de manera taxativa, a anar amb el pare. Cal tenir en compte els següents antecedents: el progenitor no custodi havia estat condemnat en primera instància com autor d'un delictes d'abús sexual vers al seu fill, si bé en segona instància se li va absoldre perquè “(...) *todo lo relatado por el menor no puede ser fantasía... se puede llegar a la conclusión de que hay algo de cierto en los que dice el menor, pero no se sabe muy bien qué (...)*”. Per tant, segons es recull en la referida sentència no es fa constar que els abusos fossin certs però en virtut del principi *in dubio pro reo* es decideix absoldre al condemnat.

Tenint en compte els referits antecedents, el fill menor es nega a anar amb el progenitor no custodi, de manera que quan la mare el porta al Punt de Trobada en els dies establerts el nen es nega a entrar fins al punt d'intentar auto lesionar-se, circumstància que indueix a la mare a deixar-lo de portar. En aquest cas, la mare va ser condemnada, en primera instància, per un delictes d'incompliment del règim de visites previst a l'article 556 del Codi Penal, si bé l'Audiència l'absolt prioritant la salut psicològica del menor i la no voluntat de la mare d'obstaculitzar les visites paterno-filial sino de protegir al seu fill.

Aquesta sentència és reveladora de la violència institucional que pateixen les mares custòdies en el casos en els que els menors es neguen a anar amb el pare. La resolució fa constants referències a les opinions subjectives i no fonamentades de personal de l'Administració (Jutgessa de primera instància i personal del Punt de Trobada) que arriben a insinuar l'existència de Síndrome d'Alienació Parental, tot i no existir la més mínima evidència científica d'aquesta pretesa síndrome. Per exemple, en la sentència es rebaten argument de la Jutgessa a quo, de manera que “(...) *se dice que existe una mala influencia de la madre respecto del hijo, acreditada por el testimonio del denunciante, así como por la sospecha de que el menor verbaliza un discurso aprendido, puesto que no les parece normal que un joven de doce años llame el mismo al punto de encuentro para advertir de que no acudirá: Efectúa valoración, igualmente, la Juez a quo de que no es normal que una persona recuerde episodios de cuanto tenía tres años (en referencia al relato de abusos sexuales que realiza el menor)...”*

Seguint aquesta línia jurisprudencial, considero que **quan en un procés judicial per incompliment de règim de visites es constata que l'incompliment parteix de la negativa constatada i acreditada del menor, el Tribunal ha de centrar la seva atenció en esbrinar els motius de la negativa i, en especial, els efectes que imposar l'obligació de l'esmentat compliment podrien generar en la integritat física i psíquica del menor.**

A la pràctica forense, són excepcionals les resolucions judicials que ponderen la negativa dels menors a anar amb el pare o que entren a valorar les circumstàncies anteriors que han conduït a aquest posicionament. Considero que cal esbrinar els motius que han conduït al nen o a la nena a rebutjar les visites amb el pare, en cas contrari els estem invisibilitzant. Sovint transmeten la seva frustració quan expliquen (Fiscalia, Tribunals, professionals de la psicologia, progenitors, etc) la seva decisió de no anar amb el pare i els motius que els porta a prendre aquesta decisió. Tanmateix continuen obligats a anar amb el progenitor no custodi tot i que hagi existit violència de gènere.

Davant de la negativa del fill o filla , la mare té dues opcions:

- A) Respectar la decisió del/la menor
- B) Obligar-los a anar amb el pare.

Tal com hem vist, a través de la jurisprudència esmentada, qualsevol de les dues opcions pot comportar efectes perversos vers la mare i els o les menors, atès que si la mare respecta la decisió del fill o la filla de no visitar el pare, probablement sigui denunciada de manera sistemàtica i s'enfronti a nombroses sancions econòmiques derivades de les sentències condemnatòries, que, sense cap mena de dubte, poden constituir una bona mostra de violència econòmica. A més, com ja he manifestat anteriorment, hi cap la possibilitat de que els Tribunals l'incoïn d'ofici un procediment judicial per la comissió d'un presumpte delictes de desobediència previst a l'article 556 del Codi Penal i fins i tot un procediment de canvi de guarda.

Aquestes conseqüències legals (imposició de penes consistents en multes, presó o procediments de canvi de custòdia) suposen una eina de coerció i pressió sobre la mare, qui davant del risc de canvi de guarda pressiona al fill o filla perquè hi vagi amb el pare, la qual cosa incrementa el sentiment de rebuig de l'infant.

2.1.d).- Negativa de la progenitora custòdia.

En altres ocasions, especialment quan la edat dels menors nos els hi permet transmetre la seva negativa a anar amb el pare o persones o professionals que estan en contacte consideren que hi ha indicis de violència del progenitor no custodi vers al menor (informes psicològics, informes escolars, etc.), les mares custòdies opten per no entregar al menor.

La lògica ens diu que no cal arribar a l'incompliment del règim de visites, atès que existeixen eines legals per tal de protegir als i a les menors (interposició de denúncia penal amb la sol·licitud de suspensió cautelar del règim de visites, etc). En el cas que es concedís la suspensió cautelar del règim de visites ja no hi hauria incompliment. El problema és que no sempre funcionen aquestes eines legals, ja sigui perquè el nen o nena no té capacitat per transmetre el que està patint, bé perquè no existeixin indicis de la violència física, etc.

A títol d'exemple, en l'annex de jurisprudència la Sentència de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Las Palmas de 19 de desembre de 2009, estima un recurs d'apel·lació interposat contra un sentència que condemnava a la mare custòdia com autora d'un delictes d'incompliment del règim de visites previst en l'article 556 del Codi Penal. Al seu Fonament de Dret Segon es fa constar que *“(...) se valora también en la sentencia impugnada la existencia de una denuncia, interpuesta el día 29 de mayo de 2009 , obrante al folio 35 de la causa, en la que la ahora apelante pone en conocimiento del Juzgado la existencia de unos presuntos abusos sexuales por parte del padre hacia la menor, solicitando que mientras se investigaran los hechos el padre no tuviera acceso a la menor. Incoadas las correspondientes diligencias previas por dicho motivo, resolvió la Juez Instructora, mediante Providencia dictada el 8 de junio de 2009, mantener el régimen de visitas impuesto en sentencia hasta que se emitiera el correspondiente informe por parte del Perito o concurriera cualquier otra circunstancia que requiriera la adopción de medidas cautelares restrictivas del régimen de visita (...)”*.

La pràctica judicial de no acordar mesures de protecció immediates davant d'una denúncia penal per violència vers un menors d'edat no és una excepció, sino que s'acostuma a sol·licitar la pràctica de proves a efectes de determinar l'existència d'indicis o no d'aquesta violència. Fins i tot, un cop practicades determinades proves pericials (informes psicològics de personal que atén al menor o informe de l'Equip d'Assessorament Tècnic adscrit al Jutjat) pot no acordar-se cap mesura cautelar si les conclusions dels informes són contradictòries.

En aquest punt, val a dir que els Tribunals són renuents a suspendre o limitar el règim de visites des d'un inici, llevat que la violència física, psicològica o sexual exercida pel pare vers el seu fill o filla sigui molt clara. De fet, si bé no és la norma general, en l'actualitat ens trobem amb Jutjats que davant d'informes emesos per professionals qualificats en matèria de violència

vers menors, públics o privats, decideixen no suspendre i practicar altres diligències de prova, extrem que fa que la dona es senti qüestionada.

Aquests supòsits es donen especialment, quan de manera prèvia a la interposició de la denúncia per violència vers el o la menor, la mare ha estat condemnada per incompliment del règim de visites o bé quan en el procediment de separació, divorci, nul·litat o ruptura convivencial es va emetre un informe per l'Equip d'Assessorament Tècnic Civil que introduïa l'ombra de la Síndrome d'Alienació Parental. En aquests casos, la meua experiència professional és que les mares són sistemàticament qüestionades pels Jutjats fins al punt que davant de la denúncia de violència vers als fills o filles, se les exigeix el que anomenem *probatio diabolica*, és a dir, una desmesurada i innecessària pràctica de prova per tal d'acreditar, ni que sigui indiciàriament, els fets denunciats.

En altres ocasions, tot i que la simptomatologia del menor (física o psíquica) reveli que està patint violència per part del progenitor no custodi, es decideix no denunciar fins no tenir elements de base (informe psicològics i/o mèdics) que indiquin l'alta probabilitat de la violència.

Davant d'aquests supòsits, cada cop més habituals, ens hem de plantejar què ha de fer la mare mentre no s'estableixen mesures de protecció: entrega al menor al pare, presumpte agressor, o no l'entrega? Aquesta qüestió té la seva traducció jurídica en una manifesta col·lisió d'interessos o de béns jurídics com el dret del progenitor no custodi a relacionar-se amb llurs fills i filles, el principi d'autoritat judicial i el dret a la salut física i mental dels menors.

L'article 20.5 del Codi Penal eximeix de responsabilitat penal a aquelles persones que “(...) *para evitar un mal propio o ajeno grave lesionen un bien jurídico de otra persona o infrinjan un deber, siempre que concurren los tres requisitos que la propia norma establece: 1) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3) que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse*”.

L'article 14.1 del Codi Penal estableix que “(...) *el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad criminal*”.

Aquests dos preceptes són els que es poden invocar en defensa de la mare progenitora custòdia que no entrega el menor, amb la convicció de que pateix qualsevol violència a mans del progenitor no custodi.

Des de la meua experiència professional, hi ha un important percentatge de sentències condemnatòries en primera instància en constatar la

no entrega (fet que habitualment la progenitora custòdia reconeix) i l'existència de resolució judicial que estableix la obligació d'entrega. Considero que sovint s'oblida de la màxima de que les visites són un dret dels fills i filles menors d'edat, i que sempre s'ha d'establir i adaptar al seu interès.

Val a dir, que un nombre molt elevat de les sentències condemnatòries són revocades en segona instància, perquè les Audiències Provincials consideren que s'ha d'eximir de responsabilitat penal a la progenitora no custòdia quan consti acreditat que actua per a protegir de la salut física o psicològica del menor (Veure recull de jurisprudència).

2.1.e).- Incompareixença judicial del progenitor no custodi denunciant.

Darrerament observo una pràctica habitual consistent en la incompareixença sistemàtica i constant dels progenitors no custodis denunciants als judicis de faltes. En aquests casos, la realitat judicial diària és que si el progenitor no custodi no compareix el dia del judici i està citat legalment, no es celebra el judici assenyalat i es dicta sentència absolutòria directament. La pràctica de denunciar i no comparèixer al judici genera un desgast emocional i de temps de la progenitora custòdia., que assisteix al judici, malgrat el pànic de veure el seu agressor..

Sovint les denúncies del progenitor no custodi i les seves incompareixences no justificades el dia del judici són reiterades i la dona te una pressió econòmica afegida si te assistència lletrada privada, doncs, en qualsevol cas, haurà d'abonar els honoraris per la seva intervenció professional.

Crec que en aquests supòsits, la constatació de la instrumentalització del sistema judicial per desgastar la progenitora custòdia hauria de comportar actuacions d'ofici per part dels Tribunals.

2.2.- INCOMPLIMENTS DELS PROGENITORS NO CUSTODIS.

Els incompliments per part dels progenitors no custodis consisteixen bé en la no recollida dels menors o bé en la impuntualitat en les entregues i recollides.

Quan ha existit o existeix violència de gènere, les denúncies per aquest tipus d'incompliment són escasses, donat que la mare custòdia prefereix no denunciar en el cas que el pare no custodi no reculli als fills o filles; de fet, el sentiment que transmeten les dones és de tranquil·litat.

D'altra banda, quan l'incompliment és centra en que el progenitor no custodi recull als menors més tard de l'hora establerta o els entrega abans, recomanem denunciar -tot i que hi ha dones que són renuents - perquè, al nostre parer, aquests incompliments són una via de exercir control sobre la dona. Així, moltes expliquen que els divendres alterns que el progenitor no custodi ha de recollir als menors a la sortida del centre escolar, han d'estar alertes perquè no saben si el pare vindrà o no ni a quina hora apareixerà. Unes altres relaten com el dia que han de fer l'entrega romanen al domicili durant tota la tarda esperant a que el progenitor no custodi vingui a recollir els menors.

Aquestes situacions generen un alt grau d'inseguretat i d'angoixa, no exclusivament a la progenitora custòdia, sinó i el que resulta més reprovable dels fills i filles que, acostumen a mostrar rebuig cap al progenitor no custodi en sentir-se ells mateixos rebutjats.

El dubte que es plantegen les dones que tenen atribuïda la custòdia és si denuncien o no aquests incompliments. Considero que davant d'un incompliment puntual no s'hauria de denunciar; ara bé, el criteri és el contrari quan aquest tipus d'incompliment del règim d'estades per part del progenitor no custodi són habituals, de manera que arriba a afectar a l'estabilitat emocional del o de la menor.

Un problema real que ens trobem quan decidim denunciar els incompliments per part del progenitor no custodi consistents en la no recollida dels menors o la impuntualitat habitual, és que la policia és renuent a agafar aquestes denúncies, amb l'argument de que es tracta d'incompliments menors que no constitueixen infracció penal. Aquest criteri, no ajustat a dret, provoca sentiments d'indefensió i de frustració en la dona custòdia, sobretot en aquells casos en els que ella mateixa ha estat prèviament denunciada pel progenitor no custodi.

A títol d'exemple, ens trobem amb dones que tenen atribuïda la custòdia dels menors que han estat denunciades i condemnades per incompliment del règim de visites i, en canvi, si volen denunciar l'incompliment del progenitor no custodi, o bé tenen dificultats en el moment d'interposar la denúncia o bé, interposada la denúncia, són qüestionades al Jutjat pel fet de haver estat condemnades per incompliment.

Vull insistir en el fet que en els darrers anys són jutjades i condemnades moltes més dones per incompliment del règim de visites que en el cas de que la persona incomplidora sigui el progenitor no custodi.

Una altra qüestió altament preocupant és que els Tribunals i Jutjats estan incoant d'ofici procediments de diligències prèvies contra les dones que tenen la custòdia de menors, per la presumpta comissió d' un delicte de desobediència previst a l'art. 556 del Codi Penal. Normalment, aquestes causes penals no són incoades a instància de part, sino que el Jutjat, en tenir coneixement de l'existència de dos o més sentències condemnatòries per falta d'incompliment de la progenitora custòdia acorda l'inici d'una causa penal pel delicte de desobediència, tot i estar acreditat el fet de que la dona ha patit violència de gènere, en moltes ocasions, en presència de menors. (Veure jurisprudència annexa).

Val a dir que tot i que en aquests casos el nombre de sentències condemnatòries en primera instància és preocupant, les Audiències Provincials, en aplicació dels articles 14.1 o 20.5 del Codi Penal estan revocant moltes d'aquestes sentències i absolen la dona. Això no treu que la dona, i moltes vegades els seus fills i filles, hagin de passar per un procés judicial molt dur, que transmet la sensació de que en un món d'adults, no té cap mena de pes les decisions ni els sentiments de les persones menors d'edat.

Per contra, llevat de l'àmbit del segrest que no és objecte d' aquesta ponència, no he trobat ni una sola resolució judicial que condemni al progenitor no custodi per delicte de desobediència, tot i existir incompliments reiterats en la línia que comentava abans (entregues i recollides impuntuals o incompliments en determinades dates) i no he constatat ni una causa incoada d'ofici pel delicte de desobediència contra el progenitor no custodi.

En definitiva, sovint la pràctica judicial, i fins i tot policial en determinats casos, davant de l'incompliment del règim de visites pels progenitors no custodis, quan ha existit o existeix violència de gènere, esdevé una altra eina de violència vers la dona i llurs fills i filles, que provoca un sentiment d'impunitat de l'agressor i, conseqüentment incentiva la realització d'actes de violència, punible o no punible.

Ester García Pérez
Advocada
Dones Juristes

INDEX PONÈNCIA

1) MARC NORMATIU

1.1) Tipologia bàsica.

- a) Infraccions penals constitutives de faltes.
- b) Infraccions penals constitutives de delictes.

1.2) Elements i conceptes tècnic-jurídics en matèria d'incompliments del règim de custòdia i estada.

- a) Elements dels tipus penals.
- b) Concepte de Bé Jurídic Protegit.
- c) Suspensió del règim de visites.

2) INCOMPLIMENT DEL RÈGIM D'ESTADA I VISITES DAVANT LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE.

2.1) Incompliment per part del progenitor custodi.

- a) Intervenció del Punt de Trobada.

- b) No intervenció del Punt de Trobada.
- c) Negativa dels/les menors a anar amb el pare.
- d) Negativa de la mare a la entrega dels/les menors.
- e) Inassistència judicial del progenitor no custodi denunciante.

2.2) Incompliments per part del progenitor no custodi.

ANNEX DE JURISPRUDÈNCIA

APTARRAGONA, SEC. 2^a, 1/06/09

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.-

Por la recurrente se alega, como primer motivo de apelación, error en la apreciación de la prueba e infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al concurrir en el caso enjuiciado los presupuestos de la eximente completa de estado de << **necesidad**>> prevista en el artículo 20.5 del Código Penal; o en su caso, al menos, como eximente incompleta de acuerdo con lo establecido en el art. 21.1 del Código Penal y por tanto inaplicación del art. 68 del Código Penal; o en su caso infracción del art 14.3 del Código Penal , al no apreciar que concurre la circunstancia de error invencible o en su caso vencible sobre el alcance de la causa de justificación.

Sobre la valoración de las manifestaciones efectuadas en el acto de juicio oral tanto por el acusado como por los testigos debe destacarse que esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la prevalencia que debe tener la valoración probatoria efectuada por el Juzgador de Primera Instancia, debiendo permanecer su criterio siempre que no sea manifiestamente erróneo, exista desviación en la aplicación del derecho o se hayan practicado nuevas pruebas en la segunda instancia que desvirtúen el resultado de las ya practicadas, siempre que tal proceso valorativo del Juez "a quo" se motive o razone adecuadamente en la sentencia (SSTC de 17-12-1985, 23-6-1986, 13-5-1987, y 2-7-1990 entre otras), y ello por la relevancia y trascendencia que el principio de inmediación tiene en el ámbito penal, sobre todo cuando lo que se discute en el presente recurso es la credibilidad de los testimonios que directamente presencié, puesto que pudo valorar la fiabilidad de sus manifestaciones, ya que la valoración probatoria es

una facultad atribuida al órgano de enjuiciamiento en el art. 741 L. Enj. Criminal en relación con el art. 117.3 C.E. El TS declara en Sentencias, entre otras, de 10 de febrero de 1990 y 11 de marzo de 1991, que en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los acusados y testigos, es decisivo dicho principio de inmediación, y por ello es el Juez de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo oído y visto en el juicio oral, pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz y firmeza o duda en las manifestaciones, e incoherencia o inseguridad en las mismas, etc., que el Juzgador puede apreciar, y valorar, en consecuencia. Especialmente relevante resulta la doctrina sentada por el TC a partir de las sentencias nº 167/2002 de 18 de septiembre de 2002 y 170/2002 de 30 de septiembre de 2002, ya que supone un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir del recurso de apelación.

La recurrente alega el error en la apreciación de las pruebas respecto al hecho de que si existe prueba suficiente al menos respecto a la existencia de la denuncia por abusos sexuales sobre el menor, ya que fue reconocida en el acto de la vista tanto por el Sr. Hernan (denunciado), así como por la abuela del menor (denunciante). La Sala sobre dicho particular quiere manifestar que tal como se desprende de la sentencia recurrida si se procede a una lectura atenta de la misma, se puede comprobar como en la fundamentación jurídica se indica "La acusada apoyada por las declaraciones de su madre en el acto del plenario, ha venido justificando su conducta en los comentarios que el menor (entonces de 5 años de edad), les realizó en relación a unos supuestos abusos sexuales del padre, y que según la acusada y su madre derivó en la interposición de una denuncia, que como la propia acusada admitió en el acto del plenario acabo con el sobreseimiento de la causa". Es cierto que posteriormente en el mismo fundamento jurídico se indica que "ni siquiera se ha adjuntado por la defensa la aludida denuncia, y que la interposición de una denuncia de unos supuestos abusos sexuales que según la acusada y la abuela materna les relató el menor de 5 años de edad, no supone sin más dar por acreditado dichos hechos, teniendo en cuenta además el conjunto de circunstancias que acompaña a este supuesto, y máxime cuando se ignora si ya a fecha de mayo de 2005 se encontraba o no archivada la denuncia, por lo que no existe la más mínima prueba de la existencia de un mal real para el menor, el cual no puede desprenderse sin más de las afirmaciones de la madre y de abuela materna, por las implicaciones y vinculaciones existentes." así pues no hay atisbo de ese error en la apreciación de la prueba puesto que no se niega por el juzgador a quo que haya una denuncia por unos presuntos delitos de abusos sexuales, cuestión completamente distinta es que no se acredita en absoluto por la recurrente que hubiera la más mínima prueba de la existencia de un mal real para el menor, que como es lógico no puede desprenderse sin más de las afirmaciones de la madre (la ahora recurrente) y de la abuela materna cuando por otra parte y nadie discute se procedió al sobreseimiento de la denuncia referida.

Vamos a entrar tras este prolegómeno a la alegación de la recurrente de que en el presente supuesto se tenía que haber aplicado la exigente de estado de << **necesidad** >> del artículo 20.5 del Código Penal ya que según la recurrente, que no cuestiona el hecho cierto de haber incumplido una resolución judicial, sino que se ampara en la circunstancia de haber actuado en la creencia de que estaba salvaguardando la seguridad de su hijo.

El estado de << **necesidad** >> reclama conceptualmente un contexto de conflicto entre bienes jurídicos, cuya solución sólo se puede alcanzar mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos. La salvación de uno de los bienes enfrentados sólo puede

darse mediante la lesión o puesta en peligro del otro bien jurídico. De la expresión legal "el que , en estado de << **necesidad**>>, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber", debe deducirse que la eximente se fundamenta en una situación de peligro objetivo, real y actual para un bien jurídico propio o ajeno.

Este presupuesto conceptual ha permitido a la doctrina afirmar que la probabilidad de la producción del mal debe ser inminente (es decir inmediato peligro de destrucción física o jurídica, total) alberga la finalidad de preservar intereses preventivos generales de seguridad ciudadana; en el estado de << **necesidad**>> es preciso que el peligro que amenaza el bien jurídico propio o ajeno sea grave.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido así mismo la exigencia de que el mal no pueda ser evitado o soslayado por otras vías o procedimientos menos lesivos o perjudiciales ya fueren éstos de carácter lícito o ilícito. A partir de este requisito implícito en la eximente, que viene a subrayar el carácter subsidiario y excepcional de la misma, el Tribunal Supremo ha construido la configuración de la situación de estado de << **necesidad**>> en términos absolutos.

La ausencia del carácter absoluto del estado de << **necesidad**>> por no haberse agotado otras vías en aras a la salvaguardia del bien jurídico, comporta según jurisprudencia constante, la exclusión de la eximente

(SSTS 22 abril 1983, 27 de marzo 1990 entre otras). La inevitabilidad del mal que amenaza, encarnado por el principio de acción subsidiaria, supone así que el peligro no puede eludirse o superarse por otra vía menos gravosa que mediante la lesión de un bien jurídico o ajeno.

La doctrina y la jurisprudencia señalan que estos requisitos configuradores de la situación de << **necesidad**>> deben concurrir de un modo objetivo, procediendo la doctrina mayoritariamente a reconducir los supuestos de peligro meramente putativo a la disciplina de las reglas del error (artículo 14 del C.P .), en tales casos decae el presupuesto conceptual relativo a que los requisitos esenciales de la situación de << **necesidad**>> concurren de modo objetivo.

El artículo 20.5 CP exige pues que en el estado de << **necesidad**>> concurren los requisitos siguientes:

1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar

2º Que la situación de << **necesidad**>> no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Del conjunto de todos estos requisitos y elementos jurisprudenciales y doctrinales se llega a la conclusión que

no se dan los requisitos para poder apreciar el estado de << **necesidad**>> alegado por la recurrente dado que tal como se ha indicado el mal que se pretende evitar tiene que ser real, grave y actual, sin que en las presentes actuaciones se desprenda que la madre se encontraba con un mal real y ello es así puesto que por la madre de la recurrente en su día presentaron denuncia contra el Sr. Hernan por unos presuntos abusos sexuales hacía el hijo menor de edad, denuncia que según todas las partes fue archivada, así pues no había base real para suponer que se estaba ante un mal hacía el menor lo que comporta que no se pueda acoger el alegado estado de << **necesidad**>> como eximente ni de forma completa o incompleta por lo que decae la pretensión de la recurrente máxime cuando la misma no había acudido a utilizar los cauces adecuados al objeto de conseguir la suspensión del régimen de << **visitas**>> ante la jurisdicción competente.

Se alega así mismo por la recurrente el error invencible o vencible en la ilicitud del hecho al amparo del artículo 14.3 del Código Penal nos lleva a plantearnos que tal error

sobre el conocimiento de la antijuricidad del hecho (error sobre la prohibición) no debe corresponderse con un conocimiento estricto y pormenorizado de los preceptos legales, sino con una valoración paralela en la esfera del profano sobre el carácter antijurídico o no de la conducta. , se trata por tanto, de valorar si el sujeto pudo, en una concreta circunstancia y respecto de una determinada prohibición penal, reconocer la antijuricidad del hecho, enjuiciamiento en el que deberá tenerse en cuenta una multiplicidad de factores, tales como la complejidad o artificialidad de la concreta prohibición penal, en este sentido SSTS de 14/11/97, 15/04/96 etc . Comprobando las circunstancias del caso no se determina del mismo que hubiera una especial complejidad del mismo que pudiera llevar a la recurrente a ese error en la prohibición, así baste recordar que nos encontramos que el origen de los hechos es la sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tarragona de fecha 23/10/01 que homologó judicialmente el convenio regulador entre las partes, atribuyendo a Doña. Purificación la guarda y custodia del hijo nacido en agosto de 1999 y el establecimiento de un régimen de << visitas >> a favor del padre, Sr. Hernan en los términos que allí figuran. En enero del 2005 el Sr. Hernan presentó una demanda ejecutiva ante el referido Juzgado solicitando el cumplimiento del régimen de << visitas >> ante los incumplimientos sucesivos de la acusada, dictándose en fecha 08/02/05 auto en el que se acuerda despachar la ejecución y requerir a la acusada para el cumplimiento del régimen de << visitas >>, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento su comportamiento podría ser constitutivo de un delito de desobediencia a la autoridad. En fecha 12/04/05 la Sra. Purificación fue requerida por el Juzgado de Primera Instancia para el cumplimiento del régimen de << visitas >>, a la vez que se le notificaba la resolución de 08/02/05. La ahora recurrente a pesar de tener conocimiento del requerimiento incumplió el régimen de << visitas >> en fechas posteriores a dicha notificación. El requerimiento era claro y la propia recurrente en el acto del juicio reconoce que dejó de cumplir el régimen de << visitas >> en noviembre del 2.004, que fue requerida judicialmente para el cumplimiento del régimen de << visitas >>, pero se negó, que se negó "por unas cosas que le hace al niño". La propia recurrente reconoce en su declaración en el acto del juicio que su denuncia se sobreseyó. Es evidente que por la recurrente se ha incumplido de forma completamente consciente la resolución que le requería para que llevara a cabo el cumplimiento del régimen de << visitas >> a pesar de la advertencia de que en caso contrario podría cometer un delito de desobediencia a la autoridad, no pudiendo apreciarse en su favor la alegación realizada en su recurso de error invencible o vencible del artículo 14.3 del Código Penal .

SEGUNDO.-

Como segundo motivo alega la recurrente la infracción del artículo 556 del Código Penal y de la Jurisprudencia que establece los requisitos para su apreciación indicando que no concurre el elemento subjetivo del tipo y por otra parte como tercer motivo plantea el error en la calificación de los hechos por infracción de los artículos 556 y 634 del Código Penal indicando la recurrente que los hechos son constitutivos de una falta y no de un delito.

Sobre las alegaciones realizadas se tiene que manifestar que efectivamente el delito previsto en el artículo 556 del C.P . requiere una serie de requisitos, así en concreto:

- a) La existencia de una orden o mandato directo , expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones
- b) Que tal orden o mandato imponga al particular una conducta activa o pasiva indeclinable o de estricto cumplimiento
- c) Que sea conocida, real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarla

d) Que exista un requerimiento formal y legal a la persona que tenga el deber de cumplirlo.

e) La negativa u oposición voluntaria e obstinada al cumplimiento de la orden o mandato con la finalidad de desprestigiar el principio de autoridad.

Según la recurrente no se aprecia el elemento subjetivo del tipo al entender que se exige que la negativa y oposición sea voluntaria, contumaz u obstativa que revele el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad.

Nada más alejado de lo acontecido dado que por la recurrente su posición fue siempre de una completa oposición voluntaria y obstinada al cumplimiento de las resoluciones judiciales. El Sr. Hernan después de haber tenido que denunciar hasta la saciedad el hecho de no poder estar con su hijo y disfrutar del mismo tal como estaba regulado en el convenio aprobado judicialmente, tuvo que solicitar la ejecución del convenio y judicialmente fue requerida la Sra. Purificación, la cual haciendo caso omiso continuo incumpliendo con el requerimiento judicial, así pues hablar de que no se aprecia el elemento subjetivo del tipo en las presentes actuaciones es una irrealidad que tan solo se puede entender en un contexto de defensa de los intereses de su representada pero que sin embargo llega a rozar los límites de la buena fe. En el mismo contexto manifestar que no se puede apreciar que los hechos son constitutivos de una falta del 634 y no del delito del 556 dado que la línea divisoria entre ambos supuestos es algo valorativo, habiéndola centrado nuestra jurisprudencia en la contumacia en la desobediencia (STS de 05/07/89, 29/06/92) así como en la importancia de la materia, la relevancia del funcionario, el desprestigio que la desobediencia ha comportado, etc (STS 10/06/63, 24/05/79, 10/07/82 etc) de ahí que los presentes hechos no son algo liviano como pretende manifestar la recurrente, estamos no tan solo ante un incumplimiento de régimen de << visitas, que ha comportado ya múltiples denuncias y resoluciones judiciales, sino ante una resolución judicial que de forma expresa, concreta, precisa le requiere para que se lleve a cabo la ejecución de un convenio regulador aprobado judicialmente, convenio que se venía incumpliendo y que la otra parte se ha visto abocada a plantear la ejecución, ejecución que tras el trámite procesal oportuno, ha comportado una resolución judicial que continua sin cumplirse y que origina nuevamente nuevas denuncias, lo que comporta que a juicio de la Sala se llegue a la conclusión que los hechos no son de carácter leve y por lo tanto subsumibles en el artículo 634 del Código Penal sino que comportan la comisión de un delito previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal lo que conlleva la desestimación de la alegación de la recurrente.

APBARCELONA, SEC 10ª, 14/10/03

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los que contiene la sentencia apelada, que deben ser sustituidos por los siguientes:

Único:

" La acusada Antonieta, mayor de edad y sin antecedentes penales, se halla separada legalmente desde el año 1.999 de Ángel Jesús en virtud de sentencia dictada por el juzgado de 1ª instª nº 14 de los de Barcelona. Dicha resolución estableció un régimen de << visitas >> del menor de edad Andrés, fruto de dicho matrimonio, en favor del padre. Tal medida estuvo vigente hasta que, mediante auto de 27.11.00, el juez de Familia acordó la suspensión cautelar hasta tanto no se emitieran informes periciales complementarios de naturaleza psicológica en relación a la firme actitud de rechazo

detectada en el menor. Una vez el SATAV evacuó el informe requerido, el juzgado sustituyó el anterior régimen por unas << visitas >> tuteladas del padre al hijo a celebrar en el "Punt de Trobada" los sábados alternos de 13 a 17 horas y los domingos de 11 a 13 horas, con efectos desde el 30 de diciembre de 2.000. A pesar de ello, el menor Andrés (quien a la sazón tenía ya 13 años de edad) se negó a acudir a dichas reuniones paternofiliales. Tras la pertinente denuncia presentada por el progenitor, el juzgado dictó sendas resoluciones de fecha 20.11.01 y 12.2.02 requiriendo a la madre para que facilitara el estricto cumplimiento del régimen acordado judicialmente, resoluciones que le fueron notificadas en forma personal. No consta acreditado que la acusada haya realizado actos obstructivos concretos más allá de una conducta simplemente omisiva que impidieran al hijo del matrimonio acudir al "Punt de trobada" para ver a su padre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.-

Formaliza la defensa de la recurrente en su escrito de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada por la juez de lo penal "a quo", un total de 10 motivos al amparo de lo que permite el art. 795 de la Lecrim 7/88, de enjuiciamiento criminal abreviado, que serán reconducidos y agrupados en los seis siguientes habida cuenta la análoga naturaleza jurídica y conexidad argumental de algunos de ellos, lo que evitará reiteraciones inútiles e introducirá mayor claridad en la redacción de la presente sentencia: 1) Vulneración del derecho fundamental a la prueba, por denegación generadora de indefensión prohibida por el art. 24 CE; 2) Infracción del principio acusatorio por incluir la relación de hechos probados conductas no recogidas en los escritos de acusación pública y privada; 3) Vulneración de precepto constitucional (art. 24.1) relativo a la presunción de inocencia; 4) Infracción de ley generadora de indefensión material por falta de contradicción de la prueba documental y pericial psicológica; 5) Vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación indebida del art. 556 del Código Penal; 6) Infracción de ley por inaplicación de la eximente completa de estado de << necesidad >> prevista en el art. 20.5 del Código Penal.

Por evidentes razones de sistemática jurídica, la Sala examinará en primer lugar las hipotéticas vulneraciones de derechos fundamentales, puesto que su estimación haría innecesario el estudio de las infracciones de legalidad ordinaria que se articulan a continuación, aún cuando la apelante -sin duda en un exceso de celo profesional padecido en la articulación jurídica de su defensa- mezcle ambas cuestiones.

II.-

La primera de las hipotéticas vulneraciones de derechos fundamentales alegada, se refiere a la denegación por el juez penal "a quo" de una prueba testifical propuesta en tiempo y forma por la defensa de la acusada, lo que a su entender habría generado indefensión prohibida por el art. 24 CE. En concreto, se trata de la declaración en el plenario del menor de edad Andrés, hijo del matrimonio litigante.

Desde una óptica jurídico formal, debemos reseñar que consta propuesta dicha exploración del menor en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa, conforme a lo previsto en el art. 790 Lecrim, y denegada por el juzgador de instancia, se reprodujo en el trámite procesal establecido en el art. 793.2 de la ley rituaría. Denegada nuevamente por considerarla no pertinente ni necesaria la juzgadora, consta asimismo consignada en Acta la preceptiva protesta en los términos taxativos que exige la ley como requisito para poder ser reproducida en la segunda instancia, al amparo del art. 795.3 Lecrim.

La Sala, haciendo uso de las facultades que le otorga dicha norma legal, acordó en auto de 10.7.03 admitir dicha prueba testifical y ordenar su práctica en la vista oral celebrada

el pasado 23 de septiembre. Como ya explicábamos sucintamente allí, consideramos idónea, pertinente y relevante tal declaración indebidamente denegada en la instancia, por ser precisamente el afectado un adolescente mayor de 12 años que puede y debe tener la oportunidad de explicar su posición en relación al régimen de << visitas >> incumplido. Consta tanto en el Testimonio de Particulares del pleito matrimonial civil como en las diligencias previas penales, que existía una conducta clara de oposición del menor a reunirse con su padre, y por ello, el tribunal estima imprescindible que se le oiga a fin de conocer el alcance de sus razones y la firmeza de su determinación, ya que ello puede tener trascendencia jurídico penal sobre la conducta de la acusada.

La pertinencia y necesidad de la prueba es un juicio de valor sometido a la decisión jurisdiccional motivada, conforme nos recuerdan las STS de [14.3.90 \(LA LEY 1626-2/1990\)](#) y [8.2.91 \(LA LEY 2288/1991\)](#), entre muchas otras posteriores. Dicha valoración debe siempre efectuarse conforme al art. 24.2 CE que tutela el derecho a la prueba, si bien la jurisprudencia ha matizado que tal derecho no es ilimitado ni absoluto. De ahí, que el Auto del TC de fecha 11.7.85 ya aclarara que si los medios de prueba propuestos tienen relación con los hechos investigados en el proceso, y pueden influir sobre la capacidad de contribuir a formar la convicción de culpabilidad o inocencia en el juzgador, deben ser -por regla general- admitidos y practicados.

Siendo el testigo propuesto un menor de edad que ya había cumplido los 12 años pero aún no los 14 cuando se le propuso como testigo en el juicio oral, pudo y debió ser escuchado conforme a lo establecido en el art. 706 Lecrim, es decir, sin prestación del juramento o promesa de decir la verdad bajo apercibimientos legales. Cuestión distinta es el control ulterior de credibilidad de sus manifestaciones, dado que al ser un niño no se le escapa al tribunal el riesgo de sugestibilidad previa, pero ello solo puede valorarse una vez ha sido oído. En consecuencia, y teniendo en cuenta que el art. 82.2 de la ley 9/98 de 15 de julio, reguladora del Código de Familia vigente en esta Comunidad Autónoma, otorga especial relevancia a la declaración del menor que ya haya cumplido los 12 años de edad cuando se trata de resolver el régimen de << visitas >> paterno-filial en los procesos de separación o divorcio matrimonial, la Sala ha subsanado en esta segunda instancia la denegación indebida de dicho medio de prueba, lo que significa que ya ha otorgado el amparo solicitado por la recurrente en esta cuestión y que, por consiguiente, se ha resuelto y sanado en el curso del propio proceso la alegada vulneración de derechos fundamentales causantes de indefensión.

III.-

El segundo motivo de recurso se apoya en una hipotética vulneración del principio acusatorio, al haberse incluido en la sentencia apelada hechos que no habían sido objeto de imputación ni por el Ministerio Fiscal ni por la Acusación Particular. En concreto, se alega que el relato fáctico incluye presuntos incumplimientos en el régimen de << visitas >> desde 24.4.01 a 2.3.02, cuando el 25 de febrero de dicho año se recibió declaración judicial en calidad de imputada a la hoy recurrente. Se plantea además, el efecto de cosa juzgada material que sobre una parte de tales hechos pudiera tener el auto de sobreseimiento libre dictado en fecha 21.12.01 por el juzgado de instrucción nº 26 de Barcelona, al ordenar el archivo de sendas denuncias acumuladas presentadas por el mismo perjudicado contra la acusada en relación a hechos idénticos a los que son objeto de este juicio.

Examinadas con detalle las presentes diligencias previas hasta la fecha de conversión en procedimiento abreviado, se constata que efectivamente el relato de hechos probados que hoy se apela alude a incumplimientos del régimen de << visitas >> paterno-filial incluidos en aquella resolución preclusiva de la responsabilidad criminal y a otros posteriores al momento de la imputación formal. Pero no es menos cierto que se hace en

un contexto discursivo tendente a clarificar el complejo "iter cronológico" resultante de las difíciles relaciones postmatrimoniales de las partes. No apreciamos que se pretenda con ello "aumentar" el número y gravedad de los hechos ilícitos puntuales objeto de investigación, ya que el elemento objetivo de la persistencia y reiteración en la conducta desobediente a la Autoridad judicial que tipifica el art. 556 CP, se consuma igualmente con solo dos requerimientos incumplidos. En cualquier caso, el nuevo redactado de hechos probados que se reseña en la presente sentencia de apelación, ya subsana cualquier extralimitación en este sentido, al matizar que únicamente son susceptibles de imputación penal en este proceso los incumplimientos derivados de las resoluciones judiciales dictadas en fecha 20 de noviembre de 2.001 y 12 de febrero de 2.002.

IV.-

El tercer motivo de recurso alega una presunta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.1 CE y a un juicio justo.

La defensa de la apelante se explyea en este punto efectuando una serie de alegaciones relativas al carácter falsario de las denuncias presentadas sistemáticamente por Sr. Ángel Jesús . Sostiene que nos hallamos ante una verdadera trama urdida y planificada dolosamente por el denunciante, a fin de perjudicar a su ex esposa en venganza por las desavenencias conyugales. Demostraría tal ánimo espúreo la inclusión en varias de las denuncias de domingos en los que el "Punt de Trobada" donde se debían realizar las << **visitas** >> paterno filiales estaba cerrado.

Consideramos superfluo e innecesario rebatir todas y cada una de dichas alegaciones, por cuanto que no inciden en modo alguno en el debido respeto del derecho constitucional que se alega vulnerado. La doctrina del Alto Tribunal en la praxis de la valoración de la prueba conforme con el derecho constitucional a la presunción de inocencia que recoge el art. 24 CE, matiza que el estricto respeto de dicho principio consiste en que los tribunales de la jurisdicción ordinaria se abstengan de todo pronunciamiento condenatorio a menos que lleguen a una convicción plena de la culpabilidad de la persona acusada de participar en el delito, convicción que se ha de fundamentar en pruebas obtenidas lícitamente - art. 11 LOPJ- y analizadas de forma silogísticamente razonada de acuerdo con los parámetros del art. 741 Lecrim. En consecuencia, siempre que el juez "a quo" haya gozado de pruebas documentales, testificales, periciales, o de cualquier otra clase admitida en derecho, y las declara válidas entrando en su análisis, se cumple y respeta este principio constitucional, pues queda rechazada toda arbitrariedad en la ulterior valoración jurídica, como ordena la STC de 9.07.01. Cuestión distinta es la legítima discrepancia de la defensa en cuanto al alcance incriminatorio suficiente o no de las pruebas practicadas, pero ello ya no afecta al citado derecho fundamental sino al de "in dubio pro reo". En el caso de autos, constan practicadas diversas pruebas en el juicio oral, celebrado bajo los principios de publicidad y debate contradictorio, precisamente dirigidas a averiguar si las múltiples denuncias cursadas por el Sr. Ángel Jesús eran ciertas o inciertas, por lo que no puede existir indefensión material alguna, aún cuando sea verdad que los informes periciales emitidos por el SATAV y los demás psicólogos que han intervenido en este lamentable contencioso familiar, no hayan sido ratificados por sus firmantes en el juicio, ni se les haya sometido a preguntas por acusación y defensa. La juez los ha valorado como prueba documental y, como más adelante se explicará, su análisis crítico conjunto en modo alguno puede perjudicar a la acusada sino todo lo contrario.

V.-

Como ya se ha avanzado más arriba, el estudio de los motivos de recurso relativos a la hipotética infracción de ley por aplicación indebida del art. 556 del Código Penal y el subsiguiente que se articula en base a la inaplicación de la eximente completa de estado

de << **necesidad**>> prevista en el art. 20.5 CP, se realizará conjuntamente, habida cuenta su intrínseca conexidad y resultado parcialmente estimatorio que conducirá a la revocación de la sentencia condenatoria dictada.

Argumenta la recurrente que no se cumple en el presente caso el requisito de tipicidad por falta tanto del elemento subjetivo del injusto como del objetivo formal. El primero, por ausencia de una voluntad manifiesta de no acatar de forma persistente y reiterada la orden judicial relativa al estricto cumplimiento del régimen de << **visitas**>> acordado en la última resolución que modificó el régimen anterior. El segundo, por no haberse notificado formalmente a la destinataria del requerimiento la orden judicial con los apercibimientos legales de poder incurrir en delito de desobediencia. Tras exponer que existió una flagrante contraposición insalvable entre el derecho de << **visitas**>> a favor del padre y el supremo interés del menor de edad, quien padecía un grave estrés y ansiedad cada vez que era compelido por su madre a visitar a su padre, se concluye que procedería aplicar la causa de justificación prevista en el art. 20.5 del Código Penal.

En cuanto a los requisitos de tipicidad penal del delito de desobediencia previsto en el art. 556 CP/95, obligado es matizar que en el presente caso estamos ante un mandato legítimo emanado de Autoridad competente (el juez de familia), dictado en el curso de un proceso judicial de separación, y dirigido a una de las partes directamente obligadas a cumplirlo (la madre del menor). No puede sostenerse -como pretende la defensa- que el destinatario debía ser el hijo y no la madre, pues si bien es cierto que se trata de un adolescente de 13 años no lo es menos que se hallaba bajo la guarda, custodia y patria potestad de la acusada. Es indiscutible por tanto, que la orden era legítima y comportaba un correlativo deber de acatamiento a cargo de la destinataria. Más dudoso es, sin embargo, que concurra en la conducta omisiva de esta última el dolo específico de burlar el principio de autoridad, bien jurídico básico protegido por la norma y cuya infracción quiso sancionar el legislador. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha oscilado en la interpretación de este requisito implícito, pues la STS de 5.7.89 lo considera imprescindible, mientras que la de [29.6.92 \(LA LEY 2486/1992\)](#) lo estima inherente a los actos obstructivos ejecutados por el autor, sea por acción o por omisión en función de si la orden judicial consiste en un deber de hacer o en una prohibición de no hacer. En cuanto a los requisitos formales, el examen de la causa permite verificar de forma inequívoca que los dos requerimientos incumplidos a que se ha delimitado el presente proceso y que se recogen en el nuevo relato de hechos probados, fueron emitidos en forma, notificados personalmente a la destinataria, y contiene el último de ellos una explícita, clara e inconfundible advertencia de las consecuencias penales en que se pudiera incurrir en caso de desobediencia. No parece por tanto que exista déficit alguno en sede de tipicidad.

En cualquier caso además, de las declaraciones de la acusada tanto en fase de instrucción como en el plenario, se desprende sin ningún género de dudas que conocía el contenido y alcance de las sucesivas órdenes judiciales, y que el único motivo por el cual no se cumplieron fue por respeto a la voluntad de rechazo a estar con su padre del menor de edad, así como al temor por el deterioro en su salud psíquica que le generaba el tener que acudir a dichas << **visitas**>>. Ello nos lleva al núcleo central de este conflicto y a analizar si concurrió o no la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de estado de << **necesidad**>> que alega la recurrente.

El art. 20.5 del Código penal exime de responsabilidad a quienes para evitar un mal propio o ajeno grave lesionen un bien jurídico de otra persona o infrinjan un deber, siempre que concurran los tres requisitos que la propia norma establece: 1) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2) que la situación de << **necesidad**>> no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3) que el

necesitado no tenga obligación de sacrificarse. A su vez, la STS de 20.3.91 nos matiza que "la esencia del estado de << **necesidad**>>, tanto en su vertiente completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro remedio de salvaguardar el peligro que le amenaza más que infringiendo una lesión a otro bien jurídico ajeno". Si ambos bienes en conflicto son de idéntico valor estaremos ante una causa de inculpabilidad, mientras que si son de distinta naturaleza y gradualidad protegida estaríamos ante una causa de justificación. Pues bien, aplicando dicha doctrina al caso objeto de este proceso, debemos señalar que ni el mal causado es de ámbito inequívocamente menor al que se pretendía evitar, ni el presunto necesitado estaba exento de sacrificarse, si es que se puede denominar sacrificio a permanecer unas horas los fines de semana alternos con el propio padre. Y a pesar de ello, las periciales médicas documentadas en la causa así como la declaración clara y contundente del menor escuchada por este tribunal en la prueba testifical practicada en esta segunda instancia, nos llevan a la convicción de que en este caso la conducta típica ejecutada por la acusada no merece reproche penal.

En efecto, aún cuando no se articula en el prolífico recurso de apelación ninguna referencia concreta a la doctrina del error, el tribunal constata que dicha cuestión jurídica sí fue planteada en la primera instancia y desestimada de forma genérica por la juez de lo penal "a quo". Y es en este ámbito donde debe ser atendida la apelación, pues en realidad, nos hallamos ante un error sobre el tipo negativo, es decir, sobre los presupuestos de una causa eximente de la responsabilidad criminal, en este caso el "estado de << **necesidad**>>", dado que por las especiales características subjetivas y cronológicas del menor, la acusada sin duda creyó actuar bajo el amparo de dicha causa de justificación aunque -desde la óptica estrictamente jurídica- no fuera así. El art. 14.1 del Código penal establece que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad criminal; si el error -atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor- fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente. El párrafo 3º de dicha norma amplía idéntica valoración al error sobre la ilicitud del hecho. Y este es el núcleo gordiano de la presente causa, ya que a criterio del tribunal en la conducta de la acusada concurrió un error de tipo indirecto. Como nos recuerdan las STS de [22.4.94 \(LA LEY 13885/1994\)](#) y 29.9.97, no puede olvidarse jamás la dificultad intrínseca de determinar la existencia de un error de tipo negativo, sea vencible o invencible, puesto que pertenece al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo conocer el verdadero alcance cognitivo y volitivo de su comportamiento objetivamente infractor. El único modo de conseguir un cierto grado de fiabilidad en esta materia, consiste en analizar con precaución y detalle todas y cada una de las circunstancias concurrentes en el hecho y en su autor en el momento de decidir ejecutar la conducta, en especial, las de naturaleza psicológica, debiendo rechazarse aquellas alegaciones sobre ignorancia de la ilicitud cuando esta resulta evidente para cualquier persona que carezca de los más elementales conocimientos jurídicos.

En el presente caso, el sujeto activo destinatario del régimen de << **visitas**>> es un menor de edad bajo la guarda y custodia de su madre, y por tanto es a esta última a quien le compete hacer todo lo posible para que se cumpla el mandato judicial dictado a favor del padre. Pero la Sala no puede obviar que en la época en que ocurren los hechos omisivos, Andrés ya tenía los 13 años cumplidos y había expresado de forma reiterada, contumaz y persistente que no quería ver a su padre. Así consta en múltiples declaraciones recogidas a lo largo de la tramitación de la causa y así lo ha ratificado en la vista oral de apelación, sin que hayamos observado ningún indicio de que actúa influido, sugestionado o coaccionado por la acusada. Hasta tal punto ello es cierto, que

varios de los informes psicosociales incorporados al proceso (folio 502 emitido por la Dra. Fátima y folio 787 auto Jdo. Familia 14 de fecha 27.11.00 que reseña dictamen del SATAV) señalan la conveniencia de suspender el régimen de << visitas >> paterno filiales a la vista del contundente rechazo del menor, quien vive la situación con un alto grado de estrés y desesperación compulsiva, razón por la que se desaconseja toda conducción forzosa y coactiva hasta el "Punt de Trobada". En este contexto, no es difícil comprender que la angustia de la madre al vivir el permanente estado de alteración de su hijo cada vez que se acercaba la fecha de la << visita >> paterna, junto con la imposibilidad manifiesta (además de contraproducente) de trasladar mediante el uso de la fuerza física a un adolescente de dicha edad hasta el lugar de encuentro, la llevaran a considerar que el interés superior del menor que tutelan los arts. 39.2 CE y 9.1 de la Ley Orgánica 1/96 reguladora de la Protección jurídica de los menores de edad, amparaba su conducta omisiva, aún cuando ello comportara desobedecer objetivamente un mandato judicial legítimo.

Las anteriores consideraciones, comportan que -tanto si apreciamos la concurrencia del error sobre los presupuestos de la causa de justificación en calidad de invencible como si la declaramos vencible-, la conducta objetivamente desobediente desarrollada por la acusada no pueda ser sancionada en sede penal, ya que en este segundo caso el art. 14 CP dispone que se considerará una acción u omisión ilícita imprudente, y el propio art. 556 por el que ha sido imputada impide tal forma de consumación del delito al establecer que la desobediencia punible es una infracción inequívocamente dolosa.

APLASPALMAS, SEC. 2ª, 9/12/09

PRIMERO.-

El artículo 618.2 del Código Penal establece que el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

El tipo penal requiere un dolo específico que se concreta en la voluntad de incumplir las obligaciones familiares establecidas en resolución judicial, sin embargo, en el caso de autos, no se pone en cuestión que la madre denunciada hubiera decidido voluntariamente impedir el contacto entre el padre y la hija menor, sino, si la conducta de la denunciada podría estar amparada en una causa de justificación que la eximiría de responsabilidad penal. Todo ello por la documentación aportada en el acto del juicio, en relación a las actuaciones judiciales que se siguen por la denuncia interpuesta por unos presuntos abusos sexuales del denunciante hacia su hija, adjuntando el escrito en el que solicita la suspensión del régimen de << visitas >> o, al menos, que el mismo se desarrolle en presencia de una persona de confianza de ambos. Añade la parte que la denunciada actuó en la convicción de la existencia de los citados abusos sexuales, pretendiendo con ello proteger a la menor, considerando que aún siendo típica la actuación de la denunciada no podría considerarse antijurídica al concurrir una causa de justificación, solicitando con ello la absolución de la apelante.

SEGUNDO.-

Cierto es, como afirma la Juez a quo, que el cumplimiento del régimen de << visitas >> impuesto en sentencia es obligatorio para las partes, a las que vincula. También ha quedado acreditado, a la vista de la prueba practicada en el juicio oral, que los días señalados en el relato de hechos probados correspondía al progenitor no custodio, el

padre, estar en compañía de la menor, hija de ambos. Sentado lo anterior, se valora también en la sentencia impugnada la existencia de una denuncia, interpuesta el día 29 de mayo de 2009 , obrante al folio 35 de la causa, en la que la ahora apelante pone en conocimiento del Juzgado la existencia de unos presuntos abusos sexuales por parte del padre hacia la menor, solicitando que mientras se investigaran los hechos el padre no tuviera acceso a la menor. Incoadas las correspondientes diligencias previas por dicho motivo, resolvió la Juez Instructora, mediante Providencia dictada el 8 de junio de 2009 , mantener el régimen de << visitas >> impuesto en sentencia hasta que se emitiera el correspondiente informe por parte del Perito o concurriera cualquier otra circunstancia que requiriera la adopción de medidas cautelares restrictivas del régimen de << visitas >>.

Con los datos expuestos, el recurso debe prosperar, al poder encuadrarse la conducta de la recurrente en la exigente de estado de << necesidad >> del art. 20.5 del Código Penal , que exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber.

Tal y como se expone en el escrito que impugna el recurso, corresponde a quien la alega, acreditar la concurrencia de todos los requisitos de la concreta circunstancia de exención o atenuación de la pena, particular que en el presente caso, ha quedado acreditado. No se limitó la denunciada a incumplir lo dispuesto en resolución judicial, sino que formuló la correspondiente denuncia, ante el temor de que su hija estuviera siendo víctima de abusos sexuales, solicitando en dicha denuncia la supresión o al menos la restricción del régimen de << visitas >>. Tras dicha denuncia inicial, el incumplimiento posterior se concreta únicamente en los días que transcurrieron desde la fecha de interposición de la denuncia en cuestión, hasta la obtención de la resolución judicial que denegaba la pretensión de la ahora apelante, y no constando incumplimientos anteriores del referido régimen de << visitas >>, puede entenderse que la denunciada obró con la intención de preservar la integridad de la menor, con lo que procede la estimación del recurso.

APVIZCAYA, SEC. 6ª, 13/01/09

PRIMERO.-

Por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao se dictó con fecha 13 de junio de 2008 sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos: "Queda probado que por Auto de fecha 26-4-07 se fijó que el régimen de << visitas >> estableciendo en la parte dispositiva de dicho Auto "Se acuerda proseguir con al ejecución de la sentencia de 23/06/2006 en lo relativo a las << visitas >> previstas en el ordinal 2 del fallo de la sentencia de forma que durante un periodo de otros tres meses, el padre estará en compañía del hijo el sábado o domingo, con una duración de entre tres y nueve horas por encuentro, pudiendo tener lugar las << visitas >> fuera ya de las dependencias del punto de encuentro Familiar de Bilbao donde solo se llevará a efecto la recogida y devolución del hijo. Los días y horas concretas de las << visitas >> los fijarán los profesionales del referido Punto de Encuentro Familiar previo acuerdo con las partes, si bien en defecto de acuerdo tendrán lugar los domingos entre las 11:00 horas y las 20:00 horas, facultando al personal del Punto de Encuentro Familiar para ir graduando la duración de las << visitas >> hasta alcanzar la máxima duración de nueve horas en atención a al evolución de la relación paternofamiliar y al beneficio o interés del

menor. Las << visitas >> señaladas solo se interrumpirán durante la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad y un mes de las vacaciones escolares de verano en caso de que la madre se ausente con el hijo de su localidad de residencia, debiendo comunicar este extremo con una antelación mínima de un mes.

En cumplimiento de este régimen de << visitas >> don Constancio acudió al punto de Encuentro Familiar el día 6-1- 08, llegando el menor acompañado de la madre, la denunciada doña Flora , el menor manifestó que no iba a entrar a ver a su padre, contestando a la educadora cuando se le pregunta la razón "porque no" en dos ocasiones interviniendo la madre diciéndole a la educadora en tono autoritario que su hijo no quiere entrar y ya está, mostrándose poco cooperante para que el niño acceda a entrar al centro; la educadora preguntó a Severino si quería saludar al menos por la ventana al padre, recorriendo Severino las ventanas de diferentes salas desde la calle buscando a su padre, diciéndole la educadora que espere un momento para avisar a su padre y Severino y doña Flora no hicieron caso comenzando a irse de la puerta del centro, diciéndole doña Flora a la educadora agur sin dejarle explicarse. La << visita >> tuvo que ser suspendida.

El día 13-1-08 don Constancio acudió al Punto de Encuentro Familiar acompañado de su nueva pareja y nada más llegar su hijo Severino dijo "no me quiero ir con mi padre", mientras permanecía agarrado a la mano de su madre, cuando la educadora propuso hablar a solas con el niño la madre sonriendo dijo que por qué no pueden hablar ahí y por qué se quiere hablar a solas con el niño; el menor insistió en no querer ver al padre y doña Flora manifestó no entender por qué se insiste al niño para que entre cuando no quiere y afirma que ella no tiene entendido que el niño tenga que entrar al centro para hablar con las educadoras. Ante esta situación se propuso que el menor saludase al padre por la ventana, viéndose padre e hijo por la ventana intercambiando besos. La << visita >> tuvo que ser suspendida.

El día 20-1-08 don Constancio acudió al Punto de Encuentro Familiar y cuando llegó el menor manifestó que no iba a irse con su padre en repetidas ocasiones y tras sugerirle que se saludasen por la ventana el menor contestó que eso menos, alejándose de las proximidades del centro. La << visita >> nuevamente fue suspendida.

El día 27-1-08 don Constancio acudió al Punto de Encuentro Familiar y cuando llegó el menor manifestó antes de que se le preguntase nada que no iba a entrar a ver a su padre y se negó a entrar para hablar con al educadora, constatando cuando fue preguntado pro los motivos para no ver a su padre que porque no y basta, negándose igualmente a saludar a su padre por la ventana."el fallo se dice: "FALLO: Que debo CONDENAR Y CONDENO a doña Flora como autora de una falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares del artículo 618.2 del Código Penal , a la pena de 45 días de multa con una cuota diaria de 5 euros, por lo que hace un total de 225 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, que podrá ser cumplido en régimen de localización permanente; así como al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por Flora y admitido tal recurso en ambos efectos, fueron elevados los autos a esta Audiencia, Recibidos, se formó el Rollo y se siguió este recurso por sus trámites, no estimándose necesaria la celebración de vista.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la Sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

No se asumen la totalidad de los hechos así consignados en la sentencia de instancia: Se mantiene el relato contenido en el primero de los párrafos, suprimiéndose los restantes,

y en su lugar se declara probado que, en cada ocasión en que corresponde el cumplimiento del régimen de << visitas >> fijado, D^a Flora ha llevado a su hijo al punto de encuentro, manifestando reiteradamente Severino, que no quiere irse con su padre.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Condenada D^a Flora en la instancia, se alza su defensa, alegando que, dada la naturaleza del ilícito aplicado, se hace preciso valorar si se dan o no los requisitos de la desobediencia, y alega la existencia de circunstancias que hacen que a la madre no le fuera exigible una conducta distinta de la que llevó a cabo. Si bien no lo plantea con la indicación precisa de alegación del "estado de << necesidad >>", sí ha de valorarse si es de aplicación tal circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, puesto que del contenido de las alegaciones efectuadas en el recurso, se observa: a) que se alega que la voluntad de no seguir el régimen de << visitas >> es del hijo, no de la madre condenada, en cuya conducta no se da el dolo ínsito en cualquier ilícito penal; b) que es el niño Severino quien reiteradamente muestra su voluntad obstativa al cumplimiento del régimen de << visitas >> fijado.

PRIMERO.-

En los últimos tiempos son múltiples las situaciones como la descrita, en las que, ante la actitud obstativa de los hijos para relacionarse con uno de los progenitores, el "rechazado" acude a la vía penal como elemento de coerción inmediata hacia aquél o aquella en cuya compañía residen los hijos o hijas habitualmente, y en supuestos como el que es objeto del presente recurso, vengo manteniendo: a) que entre la obligación y el o la obligada/o al cumplimiento de la resolución judicial (o pacto) de que se trate, aparece una tercera persona (el o la hija lo es) que obstaculiza o interfiere en el cumplimiento, con esa voluntad obstativa manifestada; b) que es imprescindible que en el tipo de ilícitos que nos ocupa, se manifieste, de forma precisa la existencia de dolo, de voluntad de incumplir la resolución judicial por parte de la acusada.

En todo caso, y con carácter previo a resolver sobre las cuestiones planteadas respecto del fondo del asunto, se hace necesario pronunciarse sobre un aspecto de suma importancia en relación con los principios del proceso penal, cual es la práctica y valoración de la prueba: Alega la apelante que se ha dado valor a una "documentación" (informes de los puntos de encuentro) sin que quien ha emitido la misma se haya ratificado en tal "documento".

Si entrecorrimos el término documento es porque no puede dotarse de tal carácter a ninguno de los que se han aportado en ese sentido (a excepción de la resolución judicial, en su caso): Podríamos definir el documento como aquel objeto material que incorpora signos expresivos de alguna cosa, o, más exactamente, fija y expresa cualquier producto del pensamiento humano con la finalidad de su ulterior reproducción, para que su contenido ideológico sea conocido por otras personas. Ha de tener un autor determinado o determinable, y si bien en el ámbito procesal penal, la referencia más precisa que se efectúa a este objeto como medio de prueba, se contiene en el art. 726 de la L.E .Criminal, tampoco aparece expresamente definido. En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia consideran como tal (al efecto procesal penal) al medio probatorio caracterizado por ser pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, producto del pensamiento humano y que está destinado a formar la convicción del juzgador sobre un hecho al que el documento se refiere. Para su consideración como documento ha de llevar incorporado el concepto de permanencia, en tanto que inalterabilidad, tanto material como ideológica. Esta nota viene dada por la inequívocidad, en el sentido de que la información contenida en el mismo suponga una verdad absoluta, irrefutable, indiscutible e incortrovertible (STS 20-enero-1987) por lo

que es imprescindible la determinación de autenticidad, literosuficiencia y autarquía (STS de 14-02-2002).

Por lo que respecta a los informes, oficios, comunicaciones, atestados.... no se repuntan documentos auténticos en cuanto a su contenido (dejamos de lado la cuestión relativa a la autenticidad formal que viene dada por la identificación de quien los ha confeccionado y/o expedido). Son meras declaraciones escritas, y han de ser objeto de adveración o autenticación por cualquier medio probatorio admitido en derecho, puesto que únicamente contienen declaraciones de conocimiento que han de ser introducidos conforme lo determina la L.E.Criminal, y que, como bien expresa la apelante, suponen la presencia de su "emitenente" para, además de ratificarse, en su caso, someter su "testimonio" (no otro carácter tiene tal comparecencia) al debido contraste con aplicación de los principios de contradicción y defensa, junto con su práctica mediante intermediación ante quien va a dictar la resolución de que se trate. Por todo ello, los "documentos" no deben ser dotados del valor que se les ha dado.

Continuando con la prueba practicada, llama la atención igualmente: a) que no se de valor alguno al informe del médico aportado por la denunciada (que igualmente habría de ser practicado conforme las normas previstas para la prueba pericial, en la que igualmente imperan los principios citados para los "informes") en contraste al dado al aportado por el denunciante; b) el interrogatorio al que ha sido sometido la denunciada por quien ha presidido el juicio, ampliando los puntos sobre los que ha sido inquirida (<< **visitas**>> relativas a noviembre, cuando el denunciante se limitó, expresamente, en su denuncia ratificada en el acto de juicio, a los fines de semanda correspondientes al mes de enero) y formulación de preguntas capciosas (relativas al cumplimiento o no de las obligaciones de escolarización) "contra-reo".

En todo caso, el testimonio del denunciante avala la tesis de la madre en el sentido de que el hijo manifiesta, de modo reiterado que "no quiere ir con él". Está probado que la madre acude puntualmente al punto de encuentro (durante los días a que se refiere la denuncia) y que si las << **visitas**>> no se materializan, es por la oposición del niño.

Además, la madre aduce (y aporta un informe) en que se expresa lo que cualquier persona con sentido común mantendrá, y que es que no procede forzar al niño en sus afectos, debiendo intentarse otras vías para superar esa negativa, vías entre las que ha de excluirse la penal.

SEGUNDO.-

Los elementos que configuran el estado de << **necesidad**>> como causa de justificación de la conducta ilícita (núm. 5 del art. 20 del C.Penal) parten de la presencia de un conflicto entre bienes jurídicos, cuya solución únicamente puede alcanzarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos. La doctrina considera que esta eximente se fundamenta en una situación de peligro objetivo, real y actual para un bien jurídico propio o ajeno. La jurisprudencia, por otra parte, únicamente en contadísimas ocasiones ha admitido la exención total de responsabilidad penal en base a esta circunstancia, porque ha otorgado un valor preeminente al requisito de la inminencia en la producción del mal que se trata de evitar. Subyace en esa interpretación jurisprudencial la finalidad de preservar intereses preventivos generales, pero .como decíamos en la sentencia emitida (SAP Bizkaia núm. 256/08), en situaciones en que la salida al conflicto normativo y existencial existente se plantea de la dificultad del presente, no debemos cerrar el paso a la absolucón. Porque el conflicto que se plantea en relación con esta circunstancia ateniende a la responsabilidad en este asunto, pasa por enfrentar la obligación del cumplimiento de una resolución judicial, por un lado; y el equilibrio, bienestar e interés del hijo, que quien ostenta la guarda y custodia ve amenazado cuando se trata de pasar por encima de la voluntad expresada de que no desea relacionarse con

el no conviviente. Es de tal entidad la voluntad obstativa manifestada, que ha supuesto que la madre acuda a un profesional para tratar de superar la oposición (y aquí no caben interpretaciones de la conducta o voluntad sin ningún soporte probatorio).

El hijo de D^a Flora y de D. Constancio es sujeto en la relación, no objeto, y su situación ha de tenerse en cuenta en el conflicto planteado, al igual que su voluntad. Habrá de averiguarse, con los medios posibles en derecho (que existen) sobre el motivo de ese rechazo, y las consecuencias de imponerle (toda imposición es coerción) el concreto modo de relación con su padre que se trata de establecer, valorando si una progresión en el tiempo y grado de << visitas >> hasta conseguir la normalidad, es adecuado al interés del menor (interés que habrá de explicarse cuál es). Lo que no se observa, de las pruebas aportadas es que la madre esté influyendo en la actitud del menor. Las hipótesis realizadas en ese sentido en el informe de la Sra. Fiscal (escuchado en la grabación del juicio) no tienen sustento probatorio alguno, y son claramente contra reo, sin prueba.

Si en ocasiones hemos decidido que, entre el equilibrio mental y emocional del o la hija, quien ostenta su guarda y custodia puede optar a favor de este factor contra el derecho del o la progenitora privada de la relación diaria, en este supuesto ni siquiera es éste el dato determinante, puesto que la madre lleva al niño y es éste quien se muestra contra el ejercicio de ese derecho de su padre. Ante esta tesitura, bien se recurre a la coerción que supone la imposición de una pena para que la madre no respete la voluntad manifestada por el hijo; bien a que la madre "arrastre y obligue al niño" a ir con su padre (con las consecuencias que tal proceder puede tener en la relación del niño con su madre, con su padre y con el resto de personas, como es bien conocido, y sin que sea equiparable, como es sabido, con el hecho de que quiera o no ir a la escuela. Incluso en este supuesto, antes de "forzarle" habría de conocer el por qué). La tercera alternativa es la que propugno en la sentencia: Respetar la voluntad del niño, y tratar de buscar los medios para ir adaptándola a los derechos de ambos progenitores. La madre está cumpliendo con su obligación, sin que, sin más, se manifieste que "en el fondo" no tiene voluntad de hacerlo (no alcanzo a entender en base a qué percepción objetiva) ni de cumplir con el régimen de << visitas >> establecido.

APBARCELONA, SEC. 7^a, 24/10/07

PRIMERO.-

Se alza la representación de doña Regina contra la sentencia recaída en primera instancia invocando, como motivo único de su recurso, el de error en la apreciación de las pruebas (toda vez que en el acto de la vista esta representación señaló que el quebrantamiento de normas y garantías constitucionales igualmente denunciado en su escrito de recurso se había visto subsanado en esta segunda instancia mediante la admisión y práctica de la prueba pericial y documental solicitada).

Entiende esta parte recurrente que si se valoran adecuadamente las pruebas practicadas en primera instancia, así como las pruebas practicadas en esta alzada, necesariamente han de considerarse acreditados una serie de extremos y circunstancias fácticas de los que se sigue la innegable concurrencia de una circunstancia eximente suprallegal en la conducta de doña Regina .

Para un ordenado examen del presente motivo de recurso convendrá distinguir dos niveles de análisis:

En primer lugar, habremos de analizar si, como sostiene esta defensa, de una adecuada valoración de las pruebas documentales practicadas en primera instancia y de las pruebas periciales practicadas en esta segunda instancia se siguen relevantes

conclusiones fácticas de contenido exculpatorio que no han sido incorporadas al relato fáctico de la sentencia recaída en primera instancia.

En segundo lugar, en el caso de que, una vez realizado el anterior análisis, concluyéramos que todos o algunos de los datos y circunstancias fácticas de descargo señaladas por esta recurrente deben considerarse acreditados y, por tanto, incorporados al factum, habríamos de examinar si el nuevo relato de hechos probados así configurado ofrece base fáctica para apreciar una circunstancia eximente de estado de << **necesidad**>> o alguna otra circunstancia exoneratoria de responsabilidad en la conducta de la recurrente.

SEGUNDO.-

Una vez expuesto el orden que habrá de seguir nuestro análisis, empezaremos exponiendo cuáles son las concretas pruebas documentales que la parte recurrente considera erróneamente valoradas, y cuáles son las conclusiones probatorias que, a juicio de esta representación, deberían extraerse de dicha prueba documental, así como del resultado de la prueba documental y pericial practicada en esta segunda instancia.

Las pruebas documental que la parte recurrente considera erróneamente valoradas son las siguientes:

1.- Los informes emitidos por la Dra. D.^a Elvira , neuropsicóloga infantil que ha tratado al menor de forma periódica desde el mes de diciembre: en concreto el informe emitido en el mes de diciembre de 2005 (obrante a los folios 155 y sigs. de las actuaciones), y la exploración emocional de seguimiento del mes de mayo de 2006 (cuyo original obra al folio 273 de la causa).

2.- Informe emitido por don Casimiro , psicólogo adscrito al Equipo de Asesoramiento Técnico Civil de Barcelona de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en el incidente de solicitud de medidas cautelares núm. 485/2006 instado por don Luis Antonio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona en solicitud de que se le atribuyera la guardia y custodia del menor (informe obrante a los folios 277 y siguientes de la causa).

3.- El auto dictado en fecha 3 de julio de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 , en el marco de la pieza de medidas cautelares instada por el Sr. Luis Antonio , por el que el Juzgado no sólo desestima la modificación del régimen de visitas interesada por el Sr. Luis Antonio , sino que acuerda limitar el régimen de comunicación paterno con el hijo a dos mañanas por semana de 10 a 13 horas (resolución obrante al folio 274 y sig. de las actuaciones).

4.- La querrela criminal interpuesta en fecha 3 de abril de 2006 por doña Regina contra el Sr. Luis Antonio por un delito de "violencia habitual", así como los autos de las Diligencias Previas núm. 695/2006 incoadas como consecuencia de dicha querrela (documentos obrantes a los folios 166 y sigs. y 197 a 213 de las actuaciones).

5.- Los informes médicos acreditativos de las asistencias médicas practicadas en relación al menor Mauricio los días 2, 15, 22, 24, 31 de marzo, y 7 de abril de 2006 en el Departamento de Pediatría del Equipo de Atención Primaria de El Clot (obrantes a los folios 296 a 298 de las actuaciones).

Entiende la parte recurrente que de una adecuada ponderación conjunta de los documentos precitados y de la prueba pericial y documental practicada en esta segunda instancia (consistente en el examen de los siguientes documentos: la providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona de fecha 2 de febrero de 2007 recaída en el meritado procedimiento núm. 485/2006 , el informe de la Dra. Elvira de fecha enero de 2007, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007, recaída en el indicado procedimiento núm. 485/2006), se extrae, por un lado, que doña Regina , incumplió el régimen de visitas

judicialmente establecido, desoyendo el requerimiento judicial expreso que se le hizo para que cumpliera dicho régimen, con el fin de evitar las graves consecuencias que dicho régimen de visitas estaba ocasionando en la salud física y mental de su hijo Mauricio , en aplicación de las pautas y recomendaciones realizadas por los profesionales médicos que trataban al menor; y, por otro lado, que al actuar de este modo la hoy recurrente creía estar obrando lícitamente, al limitarse a cumplir las instrucciones y consejos que le daba la Letrada que la asesoraba durante el periodo de autos (según la defensa, la expresada documental corroboraría la versión de la recurrente según la cual fue la propia abogada que la asesoraba en el momento de los hechos quien le indicó que, con la interposición de una querrela criminal en solicitud de una orden de alejamiento, quedaba en suspenso su obligación de cumplir el régimen de visitas).

Tras valorar detenidamente las indicadas pruebas este Tribunal debe convenir con la parte recurrente en que de las mismas se extraen datos y circunstancias fácticas relevantes que no pueden dejar de incorporarse en el relato de hechos probados para poder calificar adecuadamente los hechos enjuiciados:

Así, esta Sala considera probado, a partir de dichas pruebas y, señaladamente, a partir de la prueba pericial practicada a su presencia con sujeción a los principios de inmediación y contradicción y del contenido de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007 , que, durante el periodo en el que se produjeron los incumplimientos del régimen de visitas relatados en el factum de la sentencia de primera instancia (entre el 25 de marzo y el 7 de mayo de 2006), el menor Mauricio , hijo común de doña Regina y de don Luis Antonio , vivenciaba de forma angustiada y traumática las estancias con su padre, presentando en dicho periodo una sintomatología reactiva a la relación con su padre consistente en miedo, estrés emocional, insomnio, lloros y sintomatología psicósomática (tics, carraspeo, pesadillas, enuresis de raíz psicológica), síntomas todos ellos que coincidían temporalmente con dichas estancias.

A la vista de dicho cuadro la Dra. D.^a Elvira , neuropsicóloga infantil que venía tratando a Mauricio , aconsejó a su madre que suspendiera temporalmente el régimen de visitas hasta que pudiera restablecerse paulatinamente la relación paterno-filial.

En efecto, estas conclusiones fácticas resultan extraíbles de la declaración pericial emitida por la Dra. Elvira , que fue la facultativa que pudo comprobar el estado del menor durante el periodo de autos, mereciendo dicha declaración el pleno crédito de este Tribunal tanto por su precisión, solidez y detalle (no negándose en él que en la actualidad la relación paterno-filial ha mejorado considerablemente y que los síntomas descritos han remitido) como por haberse visto corroborada en lo sustancial (así, en lo relativo a que el Sr. Luis Antonio encontraba dificultades en el desempeño de su rol paternal y que la relación entre el padre y el hijo no era buena, llegando a expresar Mauricio miedo y rechazo a su padre) tanto por la declaración pericial del Psicólogo del Equipo de Asesoramiento Técnico de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia don Casimiro como por el contenido de la precitada sentencia de fecha 28 de febrero de 2007 .

Igualmente ha de considerarse probada la versión de la acusada según la cual optó, a la vista de la situación creada, por incumplir el régimen de visitas en aplicación de los consejos de su entonces abogada, quien le indicó que la interposición de una querrela por violencia habitual contra el Sr. Luis Antonio en la que se solicitara una orden de alejamiento bastaba para paralizar el proceso civil, pasando posteriormente a cumplir dicho régimen en cuanto una nueva dirección letrada la aconsejó mejor.

En sustento de esta versión de los hechos depone, en primer lugar, la copia de la querrela presentada por esta recurrente y obrante a los folios 166 y siguientes de la causa, de cuyo examen se extrae que efectivamente dicha querrela fue interpuesta el día 21 de marzo de 2006, esto es, un día antes del requerimiento personal efectuado en la persona de la Sra. Regina , lo que confiere verosimilitud a su versión según la cual actuó en la creencia de que la querrela que acababa de interponer paralizaría el régimen de visitas para cuyo cumplimiento acababa de ser requerida.

Esta versión aparece igualmente corroborada por el contenido de la venia otorgada por escrito en fecha 15 de mayo de 2006 por la Letrada doña Lidia Falcón O'Neill a favor del Letrado don José Luis Piñana Villegas (según es de ver al folio 212 de las actuaciones), de cuyo contenido se extrae que efectivamente la Sra. Regina cambió de dirección letrada al poco de interponer la precitada querrela, coincidiendo dicho cambio con la reanudación del cumplimiento del régimen de visitas, de donde puede fácilmente extraerse que tanto el primer como el segundo comportamiento respondieron a los consejos legales que en cada momento fue recibiendo de su dirección letrada.

Procede, por consiguiente, modificar los hechos probados en los términos que se reflejan en el apartado de derechos probados de la presente sentencia, para dar así cabida en dicho relato fáctico a las relevantes circunstancias fácticas de naturaleza exculpatoria que se extraen, según ha quedado razonado, de una adecuada valoración de las pruebas documentales practicadas en primera y segunda instancia y de la prueba pericial practicada en esta alzada.

TERCERO.-

Una vez completado el relato de hechos probados en los términos indicados, procede ahora comprobar si esta nueva configuración del relato histórico ha de conllevar una distinta calificación jurídica de los mismos en el sentido de apreciar en la conducta de la recurrente alguna circunstancia excluyente de su responsabilidad penal.

Debe empezar esta Sala indicando que, aun tras la modificación de los hechos probados que ha quedado expuesta, no es posible apreciar en la conducta de la apelante la circunstancia eximente de estado de << **necesidad**>>, y ello pese a reconocer que la gravedad e intensidad de los trastornos que presentaba el menor como reacción a las estancias con su padre podían aconsejar una suspensión o modulación del régimen de visitas vigente hasta ese momento.

La razón de la inviabilidad de una eximente de estado de << **necesidad**>> es clara:

De acuerdo con una jurisprudencia constante, no es posible hablar de estado de << **necesidad**>> eximente de pena cuando el mal amenazante (en este caso: los trastornos padecidos por el menor) puede ser igualmente evitado acudiendo a medios lícitos alternativos al alcance del sujeto.

De ello se sigue que, en el presente caso, no es posible apreciar un estado de << **necesidad**>> justificador de la conducta consistente en negarse, por la vía de hecho, a cumplir el régimen de visitas acordado, pues es evidente que, de existir nuevos datos médicos que aconsejaban la suspensión o distanciamiento de las visitas del padre, éstos podían haber sido puestos de manifiesto al Juzgado de Primera Instancia en solicitud de una modificación o suspensión temporal de dicho régimen, única vía lícita legalmente prevista para obtener dicha modificación de dicho régimen de visitas.

Ahora bien, aun sentado lo anterior, ello no significa que no quepa apreciar en la conducta de la Sra. Regina ninguna circunstancia exoneratoria de su responsabilidad criminal:

Antes bien, este Tribunal entiende que el relato de hechos probados, en su actual configuración, ha de conllevar la apreciación en la conducta de la condenada de un error

de prohibición invencible excluyente de la responsabilidad criminal previsto en el artículo 14.3 del Código Penal .

Invoca la defensa de la condenada certeramente esta circunstancia excluyente de la responsabilidad cuando alega que su defendida actuó "en la creencia de actuar lícitamente", aunque se equivoca al caracterizar dicha circunstancia como una causa de justificación suprallegal.

Entiende esta Sala que a una persona como la ahora recurrente que se encuentra ante una situación como la descrita y que recibe un consejo facultativo apremiante para que interrumpa temporalmente el régimen de visitas no puede reprochársele que no acuda al Juzgado en solicitud de una modificación del régimen de visitas cuando no consta que posea unos especiales conocimientos jurídicos y cuando su propio abogado le indica que con la presentación de una querrela contra su marido por violencia habitual con solicitud de una orden de protección bastará para suspender el régimen de visitas.

En una situación como la descrita hay que concluir necesariamente que el error en el que incurrió la condenada sobre la ilicitud de su conducta consistente en incumplir el régimen de visitas era un error invencible.

De ello habrá de seguirse necesariamente la estimación del recurso interpuesto con la consiguiente absolución de la recurrente del delito de desobediencia por el que venía condenada en primera instancia.

TERCERO.- La defensa de doña Regina impugna asimismo la decisión del Juzgado de remitir testimonio de todo lo actuado a los Servicios Sociales y de Protección al Menor de la Generalidad de Cataluña, para que, en el ámbito de sus funciones, proceda a examinar la situación familiar del menor Mauricio y actuar de la forma que legalmente proceda.

Esta concreta pretensión revocatoria no habrá de ser acogida pues es claro que ningún perjuicio o gravamen puede seguirse para la parte recurrente de la simple remisión de un testimonio al órgano administrativo competente en materia de protección de menores para que este órgano pueda actuar en la forma que legalmente proceda, sin perjuicio de las acciones o recursos que, en su caso, pueda ejercitar esta parte a través de los cauces legalmente previstos si el órgano administrativo receptor del testimonio realiza alguna actuación o adopta alguna resolución no ajustada a Derecho.

APSORIA, 27/09/10

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los de la sentencia de instancia, en cuanto no se oponga a los que diremos a continuación.

PRIMERO.-

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Soria en fecha 10 de junio de 2010 , por la que

se condenó a D^a Vicenta , como autora criminalmente responsable de un delito de sustracción de menores, previsto y penado en el artículo 225 bis, 1º y 2º.2, del C.P

., a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y cuatro años de inhabilitación especial para el derecho de patria potestad respecto de sus hijos Benito y Celestina , se interpuso por su representación procesal, recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia de instancia decretando en su lugar la absolución de la Sra. Vicenta , por concurrir error en la apreciación de la prueba e indebida aplicación del correspondiente precepto penal. La acusación particular solicitó la confirmación de la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal, interesó la confirmación de la sentencia apelada, si bien subsidiariamente

interesó la condena por delito de desobediencia a la autoridad judicial, tal y como previamente había solicitado en su escrito de calificación provisional y en sus conclusiones definitivas.

SEGUNDO.-

En relación al primer motivo del recurso, ha de recordarse que la valoración de la prueba corresponde al Juez penal como facultad soberana que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, directamente vinculada con los beneficios que la inmediación, concentración, oralidad y contradicción proporcionan al juez de primera instancia; cierto es que el órgano de apelación goza de plenas facultades revisoras, lo que le permite valorar las pruebas realizadas en la instancia e incluso ponderarlas de forma diversa a la realizada por el Juez a quo, y como viene a decir la doctrina del Tribunal Supremo, ha de distinguirse en lo que hace a la valoración de la prueba entre la percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional que presenció el juicio, y la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el órgano enjuiciador como por el de recurso -que ejercerá funciones de control de la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia impugnada-.

Teniendo en cuenta lo anterior y examinando la sentencia de instancia, puede comprobarse que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y asimismo la racionalidad de dicha convicción, ya que se ha alcanzado a partir de pruebas de cargo con cumplido acatamiento de las garantías que deben presidir un juicio justo, habiendo hecho la Magistrada "a quo" expresa mención a las concretas pruebas sobre las que ha basado su conclusión. No obstante lo anterior consideramos que

en los Hechos Probados se han excluido determinadas circunstancias concurrentes y muy importantes, cuales son que la acusada previamente a la negativa a la entrega acudió a la Comisaría de Policía a exponer los motivos por los cuales creía que no debía proceder a la misma, así como a denunciar unos malos tratos hacia los menores que ella creía ciertos, aunque muy posteriormente se demostrara que no era así. Pero tal conclusión no llegó hasta muchos meses más tarde, por un retraso injustificable en la tramitación de su denuncia cuya investigación fue instada por el propio Ministerio Fiscal

, (folios 43 y 44 de la causa) quien manifestó no tener conocimiento de la misma hasta el momento del informe que en dichos folios consta.

Además, D^a Vicenta manifestó en su primera declaración que no entregaría a los niños hasta que no se resolviera la situación puesta de manifiesto en su denuncia, y concretamente hasta que no fueran sus hijos examinados por el equipo psicosocial.

TERCERO.-

Ahora bien, una cosa es la acreditación de los hechos probados y otra muy distinta su calificación jurídica. Y así, en relación con el tipo penal objeto de condena, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007 (LA LEY 17786/2007), estima que "la conducta que conforma el tipo es la sustracción del hijo menor. El propio precepto contiene una interpretación legal del término "sustracción" en su apartado segundo. Dos son las modalidades recogidas en dicho apartado. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del << progenitor >> con el que convive y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa. Dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor

con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al << progenitor >> que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el << progenitor >> con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo.

Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable

, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos". En el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias Provinciales: Valencia, Auto de fecha 24 de noviembre de 2005; Madrid, Auto de fecha 17 de junio de 2004; Valencia en Sentencia de 23 de abril de 2009 , Las Palmas, Sentencia de 31 julio 2007 y Pontevedra en Sentencia de 15 octubre 2008 , entre otras).

Aplicando lo anterior al caso de autos,

estimamos que los hechos no revisten la gravedad suficiente y ni denotan una intención de cambiar el régimen de custodia de forma permanente, como para ser considerados merecedores del castigo previsto en el artículo 225 bis del C.P .

, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas anteriormente, y sin que a ello obste el hecho de que D^a Vicenta reservara plaza en un Colegio de la localidad, lo que no presupone en sí una intención de permanencia respecto de la compañía de sus hijos sino de previsión a lo que pudiera suceder en un futuro a la vista de la resolución judicial que ella esperaba.

Además la acusada creía ciertamente que los hijos podrían ser víctimas de malos tratos , tal y como hemos dicho más arriba,

estando reforzada en su impresión por el informe psicológico

de D. Constantino (folio 109 y ss.) y así lo corroboró en la Vista Oral la psicóloga D^a Nicolasa al afirmar que es posible que la madre creyera que fueran ciertos los malos tratos a los hijos, que no lo inventó, sino que interpretó erróneamente las manifestaciones de sus hijos.

Por otra parte, no hay que dejar de lado que tras la entrega de los hijos al padre, el día 18 de julio de 2008, éste se negó a su vez a entregarlos a la madre para el disfrute con la misma de su periodo vacacional alegando que ya habían estado con ella disfrutando de las vacaciones, y que ahora le tocaba a él (folio 258), y ni siquiera pasado tal periodo permitió el disfrute de las visitas de fin de semana con la madre "hasta que no se tome una nueva decisión judicial" según el informe de Aprome (folios 258 y 294) en tal sentido, lo que no tuvo lugar hasta noviembre de 2008, siendo la primera visita de la madre a los menores en diciembre de 2008, sin que conste a la Sala que, a su vez, se abrieran diligencias penales por tal incumplimiento por parte del padre.

Por tal motivo consideramos que el recurso debe ser parcialmente estimado en el sentido de considerar que la conducta de la acusada no puede ser incluida dentro de lo previsto en el artículo 225 bis del C.P ., sin perjuicio de lo que diremos mas adelante.

En el mismo sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 1 de septiembre de 2006 (LA LEY 259200/2006) , Pte: María Tardón Olmos, que afirma que "sólo en una interpretación exorbitante y desproporcionada podría, seriamente, sostenerse la imputación de un delito de sustracción de menores a la

denunciada, con base a los hechos denunciados, puesto que bien claramente se advierte que solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales".

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2009 (LA LEY 103590/2009), que afirma: "Para este Tribunal, la reiterada comparecencia voluntaria en el Juzgado de Guardia el mismo día y en la propia Fiscalía pocos días después evidencia que su actuación difícilmente podía considerarse motivada por una intencionalidad dolosa, y en todo caso parece constatarse ante dichas comparecencias un vacío o escasa agilidad en la actuación de las administraciones - de difícil comprensión para este Tribunal- que en ningún caso puede ser imputado o ir en contra de quien efectúa dichas comparecencias voluntarias.

Lo cierto es que el tipo penal castiga al "**<< progenitor** que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor". El tipo penal exige por tanto una conducta radicalmente dolosa en el sujeto activo.

En el presente caso, este Tribunal estima que existe un conjunto de prueba circunstancial que lleva a dudar sobre la intencionalidad de las acusadas, ya que la intencionalidad de las acusadas no parece que fuera el de sustraer a los hijos/nietos sino el de protegerlos frente a una serie de situaciones de diversa entidad que afectan a la salud (art. 43 Constitución Española) de sus descendientes (Art 39.3 CE) y que habían denunciado previamente sin éxito".

CUARTO.-

No obstante lo anterior, estimamos que si bien la conducta de D^a Vicenta no puede ser considerada como constitutiva de sustracción de sus hijos menores, no puede obviarse la reiterada falta de cumplimiento a las órdenes judiciales que recibió a fin de entregar a sus hijos al padre, lo que nos hace estimar que tal actitud se encuentra incluida en lo previsto en el artículo 556 del C.P., relativo a la desobediencia a la autoridad judicial, que el Ministerio Fiscal solicitó alternativamente tanto en sus conclusiones provisionales como definitivas y reiteró en su escrito de oposición al recurso de apelación que ahora nos ocupa.

Al respecto, para que pueda considerarse punible el incumplimiento de un mandato, en este caso judicial, es necesario en primer lugar, la existencia de una orden o requerimiento concretos, y en segundo lugar, la constancia de su recepción por el destinatario. Como señala el T.S. S. 10-7-92 "la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en el existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminantemente dictado por la Autoridad o sus Agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene obligación de acatarlo y no lo hace". Es decir que el mandato ha de ser legítimo, emitido por quien tiene facultades para ello y obre dentro del círculo de sus atribuciones legales y el contenido de la orden ha de ser obligado cumplimiento por quien se niega a acatarla. Debe proceder requerimiento expreso, pues el mandato ha de darse a conocer el destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo.

Cumplidos estos requisitos objetivos, ha de concurrir también el elemento subjetivo del tipo, constituido por la negativa u oposición voluntarias al cumplimiento de la orden o mandato (Sentencias del T.S. 22-6 y 10-7-92). Así, se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1998, que el elemento subjetivo del delito de desobediencia requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extra penal (es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal) y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden, ello porque, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de

2 de marzo de 1998 , el delito de desobediencia se manifiesta cuando concurren los elementos que lo integran, uno, objetivo, constituido por la negativa al cumplimiento, y otro, subjetivo, por la voluntariedad e intencionalidad de la conducta.

Por otra parte, destacaremos tal y como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008 , que conviene tener presente que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal "a quo" denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos. Y en el mismo sentido, continúa dicha sentencia diciendo que "La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de fijar el alcance de la expresión abiertamente. Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero (LA LEY 44613/2001)), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio (LA LEY 113442/2002)). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible "la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde" (STS 1203/1997, 11 de octubre).

Por tanto, no era preciso en este caso que la acusada diera una respuesta negativa expresa a la orden del Juzgado, sino que basta con la conducta omisiva que desplegó y además, de forma reiterada.

Pues bien, los elementos que se acaban de exponer como integrantes del delito de desobediencia son apreciables en la actuación omisiva de D^a Vicenta , descrita en la narración fáctica de la sentencia impugnada, puesto que D^a Vicenta fue requerida judicialmente en varias ocasiones para tal entrega, en primer lugar por la propia sentencia de 23 de marzo de 2006 que establecía el régimen de visitas, y posteriormente, por la comunicación de la Secretaria Judicial, que le requirió para tal entrega en cumplimiento del auto de ejecución judicial de 17 de junio de 2008 , seguida por la petición de la Comisión Judicial del Juzgado de Guadalajara que llevó a cabo el cumplimiento del exhorto enviado en tal sentido y que se personó en su domicilio a fin de hacer efectiva tal entrega y ante la negativa de la acusada, motivó el dictado de un Auto del Juzgado de Guadalajara de entrada forzosa en su domicilio, a fin de hacer efectiva la entrega de los menores, la cual se llevó a cabo sin mas incidencias, tras una nueva comparecencia de la Comisión Judicial en el domicilio de la acusada, ya con el citado Auto de entrada, que no fue necesario ejecutar de forma forzosa.

Por todo lo anterior, consideramos que se reúnen los requisitos necesarios para estimar que la acusada es autora de un delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 556 del C.P ., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sin que respecto de la graduación de la pena existan circunstancias concretas y especiales, distintas de las más arriba expuestas en relación al caso, que nos lleven a

estimar pertinente la imposición de una pena superior a la mínima establecida por el correspondiente precepto penal.

CUARTO.-

Junto a los anteriores argumentos y a la necesaria exigencia de expresa motivación de la adopción de esta medida, debemos tener presente que el precepto cuestionado (artículo 57.2 del Código Penal) implica la imposición a la víctima de una pena privativa de derechos, debiendo tener presente que la pena prescrita no solo afecta al condenado, sino también a otras personas a las que teóricamente se está intentando proteger, pudiendo ocurrir que estos, aparentemente beneficiarios, no lleguen a serlo por lo que necesariamente se impone la expresión clara y determinante de las razones que llevan a ello.

Ya se ha citado expresamente la Ley Orgánica de Protección Jurídico del Menor, que establece que el interés de los mismos será siempre preferente. Pero además no hay que olvidar que la dignidad de la persona está constituida como fundamento del orden jurídico y social por el artículo 10.1 de la Constitución Española, y sin duda, la consideración de la dignidad de la persona está también presente (bien que de modo implícito) en el artículo 1.1 de la Constitución, al definir la libertad, la justicia y la igualdad (además del pluralismo político), como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho en que se constituye España.

La declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 12, establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja contra tales injerencias o ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva Cork el 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 30.4.1977), en sus artículos 16 y 17 prevé que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, y nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o su familia, teniendo derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 10-10-1979), en su artículo 8 también prevé que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, previéndose igualmente los límites a las posibles inferencias por parte de la autoridad pública.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, en su FJ 8, que "junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)"; y añade dicha Sentencia que "del sentido de dichos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

Haciendo referencia de manera específica al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), y concretamente al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), como uno de los derechos fundamentales, la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre, en su FJ 2, dice que es "un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, en la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce", el cual implica

además "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, conforme a la pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana".

En tal sentido, como dice al STC 142/1993, FJ 8º, este derecho incorpora "la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo". De igual modo, en relación con ello, la STC 119/2001, de 4 de mayo, FJ 6, subraya la dimensión positiva de este derecho, "en relación con el libre desarrollo de la personalidad", de modo que ha extenderse su protección "a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada", y concluye afirmando que "su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad".

De estas Sentencias debe ser extraída una consideración: el derecho a la intimidad tiene una dimensión positiva, atinente a la protección de "las posibilidades de autorrealización del individuo", y al "libre desarrollo de la personalidad", como una expresión efectiva de la "dignidad de la persona humana", y también una dimensión negativa, dado que la intimidad del individuo puede padecer, no sólo por la actuación de los demás en general, sino por la actuación de los órganos de poder.

No debemos olvidar que el hombre, como realidad abierta que es, se realiza en un ámbito de libertad personal, dado que es quien tiene la posibilidad de decidir sobre sí mismo, decidiendo sobre el sentido y la calidad de su propia vida, con capacidad de asumir la propia vida como suya.

En consideración a todas estas razones y disposiciones legales, no puede sin justificación alguna y sin una causa plenamente determinada y justificada, el hacerse una interpretación sumamente amplia y genérica del artículo 57.2 y 48.2 del Código Penal de forma que el Juez de manera automática establezca, transcribiendo literalmente el contenido de la última parte, del último precepto citado, la << **suspensión** >> respecto de los hijos del régimen de << **visitas** >>, comunicación y estancia previamente determinado, máxime cuando de la relación de hechos probados y fundamentación jurídica no se acierta a ver la trascendencia que la reprochable conducta del condenado ha tenido para los hijos o menores.

Por todo ello procede estimar el último motivo del recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia, únicamente para eliminar de la misma toda referencia a la << **suspensión** >> del régimen de << **visitas** >>, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil respecto de los hijos, lo que determina, como excepción, que la orden de alejamiento respecto de María sea tan solo de 10 metros exclusivamente en lo que se refiere a la puerta del Centro en el que se encuentran escolarizados los citados menores.

ALTRE MATERIA D'INTERÈS

Informe del Observatorio violencia de género

Martes 19 de octubre de 2010

El número de denuncias registradas en el segundo trimestre de 2010 alcanzó en España un total de 34.256 casos, lo que supone un crecimiento del 5,4% respecto del primer trimestre. Al mismo tiempo, las renunciaciones a la continuación del proceso se redujeron un 1,6% en este mismo periodo y quedaron en 4.004 casos, según la **estadística** difundida hoy por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Esta **estadística** está basada en datos obtenidos de los 103 Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer (JVM) existentes en toda España así como en los 358 juzgados con competencias compartidas. En tasa interanual, la información facilitada revela que las denuncias se mantuvieron en similares cifras que en el segundo trimestre de 2009, cuando se registraron 34.983 denuncias, lo que refleja un decremento de un 2,08%. A su vez, las renunciaciones han descendido un 8,8% respecto al mismo periodo del año anterior, donde hubo 4.393 casos.

Las mujeres inmigrantes siguen siendo las víctimas más vulnerables de la violencia de género. Las extranjeras solicitaron el 34% de las 9.890 órdenes de protección presentadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el segundo trimestre de 2010, cuando su peso es del 11,4 % de la población femenina de España(*). Además, el 42% de las renunciaciones a continuar con el procedimiento judicial fueron realizadas por inmigrantes.

En los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se solicitaron 9.890 órdenes de protección. De ellas, 6.693 fueron concedidas (68% de las solicitadas). En seis de cada diez casos (60%) la relación de pareja se mantenía, mientras que en los otros cuatro (40%) se había extinguido.

En el segundo trimestre de 2010 se adoptaron 20.057 medidas penales derivadas de las órdenes de protección y otras medidas cautelares, como son la orden de alejamiento o la prohibición de comunicación (83% de las medidas). Al mismo tiempo se dictaron 5.256 medidas civiles y otras medidas cautelares mientras se resolvía el proceso. De éstas, un 25,4% acordaron prestación de alimentos, un 23% se pronunciaron sobre la atribución de vivienda, en otro 7% se acordó la suspensión de la guarda y custodia, un 3% la suspensión del régimen de visitas y un 0,3% la suspensión de la patria potestad.

En total, en todos los órganos competentes en el ámbito de la violencia de género (Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales) se dictaron 15.023 sentencias penales. De ellas, el 60,4% fueron condenatorias (9.071) y el 39,6% absolutorias (5.952).

Juzgados de Violencia sobre la Mujer

En el periodo citado, 5.795 personas fueron enjuiciadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. El 75% fueron condenadas, mientras que en el 25% restante resultaron absueltas. En el ámbito civil ingresaron en estos juzgados 4.834 asuntos.

Respecto a los delitos instruidos a través de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el mayoritario fue el de lesiones: 76% del total (27.540 casos), seguido por los delitos contra la libertad (coacciones y amenazas), con un 9% (3.169); contra la integridad moral, que alcanzaron el 3% de los casos (944); quebrantamientos de medidas -aproximarse a la víctima-, que supusieron el 2% de los casos (794); quebrantamientos de penas (712, un 2% del total); delitos contra los derechos y los deberes familiares (398, un 1%), delitos contra la libertad e indemnidad sexual (239, otro 1%) y los 29 casos de delitos de homicidio, consumados o intentados.

Juzgados de lo Penal

Los Juzgados de lo Penal, que enjuician los delitos penados hasta con cinco años de pena privativa de libertad, celebraron 9.672 juicios orales sobre violencia de género. De ellos, el 52,2% resultaron con sentencias condenatorias (4.954) y el 48,8% fueron sentencias absolutorias (4.718).

Audiencias Especializadas

En las Audiencias Penales Especializadas en Violencia sobre la Mujer, que enjuician los delitos más graves, con pena privativa de libertad superior a cinco años, se dictaron 114 sentencias, 89 de ellas condenatorias y 25 absolutorias.

Valoración de la Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género

La presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Inmaculada Montalbán, considera que aún “sigue existiendo una bolsa de maltrato que no termina de

emerger de mujeres e hijos que sufren en silencio la violencia machista. Sabemos que los malos tratos matan”.

Ocho de cada diez mujeres que murieron el año pasado a manos de sus parejas o ex parejas no habían presentado denuncia. “La denuncia es el primer paso para que las instituciones podamos ofrecer ayuda y poner en marcha todos los mecanismos y protocolos de actuación y protección”, destaca la presidenta del Observatorio. A su juicio, existen “recursos suficientes para la protección de las mujeres que sufren violencia y este mensaje debe calar, junto con el del compromiso de los poderes públicos para hacer efectivo su derecho a una vida libre de violencia”.

“La educación y la cultura son los retos principales porque prevenir y evitar la violencia es el objetivo mas importante. Todos tenemos pendiente una labor educativa de fondo con la que se pueda provocar un punto de inflexión en este ámbito”, concluye Montalbán.

<http://www.observatoriocontralaviol...>

(*) Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Estimación a 1 de enero de 2010. Madrid, 18 de octubre de 2010