

Roj: **STS 735/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:735**Id Cendoj: **28079120012017100154**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/03/2017**Nº de Recurso: **1617/2016**Nº de Resolución: **137/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8594/2016,**  
**STS 735/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 2 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1617/2016 interpuesto por D.<sup>a</sup> Alicia y D. Cornelio representados por las procuradoras D.<sup>a</sup> Sandra Osorio Alonso y D.<sup>a</sup> Ana De la Corte Macias, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Cristina Ángela González González y D. Carlos García Castaño contra la sentencia de fecha seis de junio de dos mil dieciséis dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó a Cornelio y Alicia como coautores responsables de un delito de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor y de un delito de amenazas condicionales. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid instruyó Sumario (PO nº 3/2014), contra D. Cornelio y D.<sup>a</sup> Alicia. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha seis de junio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< **PRIMERO.** El acusado, Cornelio, nacido el día NUM000 de 1.970, de nacionalidad nigeriana, con N.I.E. nº NUM001, sin antecedentes penales y en situación regular en España, en fecha no determinada, pero en todo caso anterior al año 2.000, contactó en Nigeria con Graciela, a quien ofreció, conociendo la difícil situación económica por la que ésta atravesaba, la posibilidad de venir a España a trabajar de empleada doméstica, aunque el acusado lo que pretendía en realidad era obligarla a ejercer la prostitución y lucrarse con los ingresos que obtuviera con tal práctica, lo que era desconocido por Graciela que, atraída por las condiciones ofrecidas y en la creencia de la veracidad de las mismas, accedió a venir a España.

De esta manera, Graciela inició el viaje a España en el año 1.999, que fue organizado y costado por el acusado, viajando en coche desde Nigeria hasta Marruecos y permaneciendo unos meses en este último país hasta que llegase el momento previsto para embarcarla en una patera con destino a España.

Durante los meses en que Graciela permaneció en Marruecos conoció a Norberto, con quien inició una relación sentimental, fruto de la cual nació su hijo, Salvador, en Marruecos, el día NUM002 de 2.000.

Diez días más tarde del nacimiento de su hijo, Graciela llegó a España en patera, permaneciendo ingresada en el hospital "Punta de Europa" de Algeciras desde el día 18 de diciembre de 2.000 hasta el 4 de enero de 2.001, al habersele infectado, durante el viaje en patera, la herida de la cesárea que le habían realizado diez días antes.



El acusado acudió a Algeciras a recoger a Graciela y la llevó a su domicilio en Leganés, en el que el acusado convivía con su pareja, Alicia, también acusada, nacida el día NUM003 de 1.973, de nacionalidad nigeriana, con pasaporte nº NUM004, sin antecedentes penales y en situación regular en España.

Cuando llegaron a la casa del acusado en Leganés, este dijo a Graciela que tenía que trabajar como prostituta para pagarle el dinero del viaje, a lo que inicialmente Graciela se negó, aceptando posteriormente como consecuencia de las presiones y amenazas del acusado.

La acusada, Alicia, fue la que llevó a Graciela hasta la Casa de Campo y le indicó el lugar en el que debía situarse para ejercer la prostitución, empezando a trabajar así como prostituta, al decirle los acusados que ese era el único trabajo que podía hacer para devolver de forma rápida el dinero del viaje.

Tras un tiempo, Graciela y los acusados cambiaron de residencia, marchándose a una vivienda ubicada en Villaverde Bajo.

Graciela estuvo ejerciendo la prostitución desde que entró en España, en diciembre de 2.000, hasta el año 2.004, en que la policía la detuvo mientras se encontraba ejerciendo la prostitución en una carretera en Villaverde Alto y, como no tenía documentación, fue expulsada de España, en dicho año, volviendo así a Nigeria.

Durante ese periodo de tiempo que va de diciembre de 2.000 hasta la expulsión de Graciela en el año 2.004, esta última y su hijo, Salvador, estuvieron residiendo en la vivienda de los acusados, permaneciendo Salvador con estos últimos cuando Graciela fue expulsada de España. Y ello porque así lo aceptó Graciela por indicación del acusado, ya que éste le dijo que no dijese a la policía que tenía un hijo y que él haría gestiones para intentar que permaneciera en España y que no la expulsaran, diciéndole también que si finalmente la expulsaban él haría las gestiones necesarias para volver a traerla a España en cuanto pudiera, de tal manera que aquella siguió las instrucciones de PA, siendo expulsada, finalmente, sin su hijo.

La finalidad perseguida por los acusados, al quedarse con el hijo de Graciela, era en realidad mantener el control sobre el menor para así poder presionar a aquella, a fin de que se sometiese a la voluntad de los acusados. De esta manera, tras ser expulsada Graciela, los acusados comenzaron a ocultar la verdadera filiación del hijo de Graciela y a hacerse pasar por sus padres ante el colegio al que acudía y ante los organismos oficiales, llegando incluso a obtener un falso certificado de nacimiento del menor, supuestamente expedido en Nigeria el 19 de julio de 2.007, en el que se hacía constar que había nacido en dicho país y que era hijo de los hoy acusados.

*SEGUNDO*. En el año 2.007, el acusado contactó de nuevo con Graciela en Nigeria y le dijo que iba a traerla de nuevo a España para que pudiera recuperar a su hijo, aunque su verdadera intención era lucrarse con un nuevo ejercicio de la prostitución por parte de Graciela.

De esta manera, Graciela inició un nuevo viaje en dicho año, que fue también costado por el acusado, llegando a España en patera en el mes de enero del año 2.008, viajando a continuación sola desde Algeciras hasta Madrid con el dinero que el acusado le había dado para que realizase dicho viaje.

Cuando Graciela llegó a Madrid, en ese mismo mes de enero del año 2.008, acudió a la casa en la que había vivido con su hijo y los acusados antes de ser expulsada, en la que seguía viviendo la acusada, Alicia, junto con dos hijos que esta última tuvo con el acusado, Cornelio, y que nacieron en los años 2.001 y 2.004, respectivamente, viviendo también con ellos el hijo de la denunciante, Salvador.

Cuando llegó a la casa antes referida, Graciela pidió a Alicia que le entregara a su hijo, diciéndole la acusada que tenía que trabajar otra vez como prostituta para pagar la deuda derivada del hecho de haberla traído por segunda vez a España y del hecho de haber estado cuidando y manteniendo a su hijo, Salvador, desde que fue expulsada de España, añadiendo la acusada que eso es lo que había dicho el acusado, el cual aún no había regresado de Nigeria en ese momento.

*TERCERO*. Graciela se negó a prostituirse de nuevo y suplicó a los acusados que le entregaran a su hijo, a lo que ambos se negaron, diciendo que debía 40.000 euros al acusado, tanto por haberla traído a España como por la manutención del menor durante todo el tiempo que este último había permanecido con ellos, añadiendo que hasta que no pagara esa cantidad no le harían entrega de su hijo.

*CUARTO*. Por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid se dictó resolución de 10 de julio de 2.007 por la que se declaró la situación de desamparo del hijo de Graciela y de los dos hijos de los acusados, asumiéndose la tutela de los tres menores por la Comunidad de Madrid, a fin de que fuese ejercida en acogimiento residencial, de tal manera que, el día 16 de abril de 2.008, ingresaron en un centro de acogida de la Comunidad de Madrid, siendo llevados los tres a dicho centro por la acusada, que manifestó que estarían ingresados por poco tiempo porque a finales del mayo de 2.008 vendría el padre de los menores y que dispondrían de una vivienda.



No obstante, los tres menores permanecieron en un centro de acogida de la Comunidad de Madrid desde la fecha de su ingreso y hasta después de haber presentado Graciela su denuncia en el mes de enero de 2.013.

Graciela tuvo conocimiento en el mismo año 2.008 de que su hijo había sido ingresado en un centro de acogida de la Comunidad de Madrid, pero los acusados se negaron a informar a Graciela del concreto centro en el que el menor se encontraba y se hicieron pasar por los padres de Salvador , en todo momento, ante la Comunidad de Madrid, ocultando la existencia de una madre biológica del menor y la presencia de esta en España.

Pese a las continuas peticiones que Graciela vino realizando a los acusados, desde que llegó por segunda a España en enero de 2.008, para que le hicieran entrega de su hijo, estos se negaron, diciéndole que no lo harían hasta que ella pagase lo que debía, de tal manera que obstaculizaron toda posibilidad de contacto de Graciela con su hijo, manteniendo el control de este último, por la vía de situación de legalidad en España en la que Graciela se encontraba y, por tanto, de la limitada capacidad de actuación de esta última.

Tal situación se mantuvo hasta que, en fecha 22 de enero de 2.013, Graciela decidió acudir a la policía y denunciar los hechos, con la finalidad de poder recuperar a su hijo.

**QUINTO.** El día 22 de enero de 2.014, la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid dictó resolución acordando promover judicialmente el acogimiento familiar permanente del hijo de Graciela por una familia seleccionada al efecto por la referida Entidad Pública.

**SEXTO .** Graciela ha venido sufriendo dolor moral y angustia, desde el año 2.008, al ver que no podía recuperar a su hijo, como consecuencia de la conducta obstaculizadora que, de forma permanente, han venido desplegando los acusados, por la vía de atribuirse la condición de progenitores del menor ante la Entidad Pública y ocultar a Graciela su paradero, mientras ésta no aceptara volver a ejercer la prostitución para pagar la deuda que supuestamente tenía contraída con ellos>>.

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< **FALLO.** - Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados, Cornelio y Alicia , como **coautores** responsables de un **DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA DE UN MENOR** y de un **DELITO DE AMENAZAS CONDICIONALES**, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas:

**A) POR EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA DE UN MENOR : DOS AÑOS DE PRISIÓN,** a cada uno de los acusados, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**B) POR EL DELITO DE AMENAZAS CONDICIONALES : TRES AÑOS DE PRISIÓN,** a cada uno de los acusados, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente, condenamos a los acusados, en vía de responsabilidad civil, a que abonen a Graciela . la cantidad de **SESENTA MIL EUROS (60.000 ?)** , en concepto de indemnización por daños morales.

Por otra parte, **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a **Cornelio** del **DELITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL** del que era acusado por el Ministerio Fiscal, al haberse producido la extinción, por prescripción de su responsabilidad penal por tal delito.

Asimismo, **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados, **Cornelio y Alicia** , del **DELITO DE SECUESTRO** del que eran acusados, de forma alternativa, por el Ministerio Fiscal.

Finalmente, **condenamos a cada uno de los acusados** al pago de **dos quintas partes de las costas procesales, declarando de oficio una quinta parte** de las mismas.

Abónese a los condenados, para el cumplimiento de las penas impuestas, el tiempo de privación de libertad que hubieren sufrido provisionalmente por esta causa, con las salvedades y límites que se recogen en el artículo 58 del Código Penal .

Contra la presente Sentencia cabe interponer recurso de casación, del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá prepararse, en forma legal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la misma>>.

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:



Motivos aducidos en nombre de D. Cornelio .

**Motivo primero** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.1 CE , en relación al derecho a la tutela judicial efectiva. **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.2 CE , (derecho a la presunción de inocencia). **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba basado en documentos. **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación del art. 130.6º en relación con el art. 131.1 párrafo 5º, ambos del CP en su redacción anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio. **Motivo quinto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 223 CP . **Motivo sexto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 169.1º CP . **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 66.6º CP . **Motivo octavo** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º LECrim , al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

Motivos aducidos en nombre de D.<sup>a</sup> Alicia .

**Motivo primero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim , por error en la apreciación de la prueba. **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del principio *in dubio pro reo*.

**CUARTO** .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **impugnando todos sus motivos** ; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO** .- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día dieciséis de febrero de dos mil diecisiete.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**A)** Recurso de D. Cornelio .

**PRIMERO** .- Los dos primeros motivos de este recurso permiten un examen unificado. Ambos buscan el abrigo del art. 852 LECrim para quejarse respectivamente por insuficiente motivación (derecho a la tutela judicial efectiva: art. 24.1 CE) y por afectación de la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ).

Nada hay que objetar al planteamiento general sobre ambos derechos fundamentales que sirve de preludeo a cada motivo; pero su proyección al supuesto concreto está condenado al fracaso.

El recurrente construye su queja a base de señalar discrepancias en la valoración de la prueba o en la tipificación penal. Que el recurrente no esté conforme con determinadas valoraciones probatorias o jurídicas o que le parezcan erróneamente fundamentadas no supone defecto en la motivación. Eso obligaría a devolver la sentencia una y otra vez a la Audiencia para su reelaboración hasta que el recurrente se viera satisfecho con el resultado.

La sentencia está modélicamente motivada. Desgrana cada una de las pruebas y explica por qué unas le merecen crédito y por qué otras, sin embargo, despiertan suspicacias. En el plano jurídico desarrolla igualmente un esfuerzo argumental amplio y detallado. Podrá cuestionarse o discutirse; pero no tacharlo de inmotivado o voluntarista. Cabe discrepar de la solución ofrecida; pero es gratuito reputarla irrazonada. Motivación y acierto no siempre van de la mano. Resoluciones sobradamente motivadas pueden preceder a una decisión equivocada o, al menos, no necesariamente compatible. Esas eventuales divergencias con los razonamientos no suponen atentado a la tutela judicial efectiva.

Proclamar que se desconoce el proceso lógico-jurídico que ha llevado a la Audiencia a ese pronunciamiento después de leer la cuidada, elaborada y exhaustiva sentencia no puede interpretarse más que como exceso retórico autorizado por el derecho de defensa: es aseveración nada armónica con la realidad de las cosas. Si hay algo ayuno de motivación es esa afirmación de trazo grueso que se lee en el preámbulo del desarrollo argumental del motivo y que no se compadece ni bien ni mal con la impresión que alcanza cualquiera que lea la resolución.

No descalifica el Tribunal las manifestaciones de Elisa . Otra cosa es el alcance que quiera darse a los hechos que reflejan. Como tampoco rechaza que Graciela recogiese al menor en el Colegio y lo tuviese unos días con ella. No está ese episodio narrado en el hecho probado probablemente porque se consideró irrelevante a efectos de subsunción. Ahora comprobaremos que ciertamente el dato es intrascendente. Podemos admitirlo sin variar la valoración jurídico-penal.



En cuanto a la situación jurídica del menor y sus vinculaciones con los acusados están perfectamente descritas. La Audiencia razona por qué considera que los hechos encajan en el art. 223 CP . Eso podrá debatirse; pero no puede tildarse de irrazonado, caprichoso o meramente voluntarista el juicio de subsunción. El recurrente adelanta a un motivo por tutela judicial efectiva un debate que ha de hacerse en el marco del *error iuris*.

Igual cabe decir respecto de las amenazas. Está razonada tanto esa tipificación como la prueba que justifica las bases fácticas en las que se sustenta.

**SEGUNDO.-** Desde estas premisas se llega también al rechazo de la queja referida al derecho a la **presunción de inocencia** : declaraciones de denunciante y testigos y documentación de la Comunidad Autónoma, material analizado minuciosamente en la sentencia, constituye soporte probatorio sobrado para todas y cada una de las aseveraciones que se incluyen en el *factum* dándolas por acreditadas.

No basta señalar un presunto beneficio de la víctima anudado a su denuncia para descalificar un testimonio que se presenta como digno de crédito según razona cumplidamente la sentencia.

El motivo expone divergencias con la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba. Es lógico que no coincida con la que hubiesen preferido los acusados desde su posición parcial. Pero eso no significa que se haya violado la presunción de inocencia.

No basta negar la propia responsabilidad penal para que deba prevalecer la presunción de inocencia. Esto es una obviedad. Frente al razonamiento fundado de la Sala explicando la valoración del material probatorio, -testifical y documental-, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que intenta el recurrente que en último término pretende dotar de mayor credibilidad a su propia versión. No es la casación marco apto para una revaloración de las declaraciones personales para lo que, además, es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia). No se trata de minusvalorar o menospreciar el esfuerzo argumentativo del recurrente, sino sencillamente de respetar la naturaleza y características del recurso de casación. La discusión que el recurrente pretende introducir en esta sede es temática ya zanjada: es propia de la instancia y no de la casación. No podemos situarnos en la posición de la Audiencia sustituyéndola en unas labores de valoración de la prueba que la ley residencia en ella. Ese debate está ya concluido. En casación solo cabría denunciar la ausencia o insuficiencia de la prueba o la irracionalidad de su valoración, pero no proponer una valoración alternativa.

#### **Ambos motivos decaen.**

**TERCERO.-** Bajo la fórmula casacional del *error facti* ( art. 849.2 LECrim ), el motivo tercero invoca una pluralidad de documentos para atacar el hecho probado. El contenido de esa abundante documental no está contradicho por la sentencia. El recurrente las utiliza como excusa para debatir de nuevo sobre otro tipo de valoraciones referentes a las posibilidades que hubiese tenido la denunciante y a la capacidad real de los acusados de llevar a cabo sus amenazas.

Los documentos aducidos carecen de literosuficiencia: por sí mismos no demuestran que los acusados no llevasen a cabo las acciones que les atribuye la sentencia. La secuencia fáctica de la sentencia se atiene en todos sus extremos a lo que se desprende de esos documentos, que no desmienten el hecho probado. Ninguna contradicción frontal puede encontrarse entre lo que demuestra esa panoplia de documentos invocados de forma global y lo sostenido en los hechos probados. Los documentos aludidos no contienen afirmación alguna incompatible con lo que la Sala de instancia declara acreditado; o que cuestione ninguno de los datos consignados en los hechos probados.

El motivo está por ello desenfocado. Deforma la estructura del art. 849.2 LECrim . Éste exige identificar unos documentos, que **a**) o acrediten directa e inequívocamente hechos erróneamente no dados por probados; o **b**) que desacrediten de forma incontestable hechos que se han dado por probados. Desde el artículo 849.2 LECrim se han de introducir certezas y no dudas. Tal precepto no sirve para cuestionar los medios de prueba utilizados sino para reivindicar el potencial probatorio equivocadamente soslayado de una prueba documental.

#### **El motivo es igualmente desestimable.**

**CUARTO.-** El motivo cuarto (inaplicación de los ars. 130 y 131 CP -prescripción-) basado en el art. 849.1 LECrim ha de ponerse en relación con los dos motivos siguientes que, con igual formato (art. 849.1º), combaten la subsunción jurídica realizada. Solo esclarecida esta cuestión, podremos abordar la procedencia o no de la prescripción.

Pasamos, por tanto, a estudiar el motivo quinto que cuestiona la incardinación de los hechos en el art. 223 CP .



Se dice que si desde el año 2008 la custodia y guarda de los niños la ostentaba la Comunidad Autónoma de Madrid los acusados no podían ser autores de ese delito cuyo sujeto activo ha de ser quien *tenga a su cargo la custodia de un menor de edad*. De ahí se concluiría que el último momento de comisión del delito por parte de los acusados estaría situado en ese año. Habiéndose interpuesto la denuncia en 2013 y siendo el plazo de prescripción vigente en el momento de los hechos el de tres años, habría que declarar la prescripción (motivo cuarto).

Tiene razón el recurrente.

El meritorio esfuerzo argumental de la Sala de instancia para mantener viva la acción penal intentando desplazar en el tiempo el *dies a quo* del cómputo de la prescripción, siendo inteligente, no acaba de convencer. Es verdad que los acusados podían haber puesto fin a esa situación de desvinculación oficial entre madre e hijo reconociendo la realidad y no haciéndose pasar por padres biológicos; también lo es que habían asumido una posición de garante derivada de sus anteriores actuaciones posición que se prolonga más allá del momento en que perdieron toda facultad sobre el menor como consecuencia de la asunción de tutela por parte de la comunidad. Era obligación suya informar a la madre real del menor de la situación y paradero de éste para que pudiese ejercer así todas las facultades anudadas a su condición. Pero por reprochable que pueda ser su actuación -que lo es- manteniendo el chantaje sobre la madre; y por negativa que sea la valoración que merece su comportamiento, en el momento en que cesó la guarda y custodia que tenían sobre el menor dejaron de poder ser sujetos activos del delito del art. 223 CP . La situación antijurídica se prolongó, ciertamente. Y en ello tuvieron claras responsabilidades los acusados; pero ya no podían ser responsabilidades *penales* por falta de tipicidad.

Siendo así, es claro que en la fecha en que se incoa el proceso penal habían transcurrido ya los tres años que la legislación vigente en el momento de los hechos establecía como plazo de prescripción de los delitos castigados con la penalidad contemplada en el art. 223 CP . El alargamiento de ese plazo llevado a cabo por la LO 5/2010, que entró en vigor el 22 de diciembre de tal año, no puede ser proyectado sobre hechos sucedidos con anterioridad.

Es pertinente también la evocación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 26 de octubre de 2010. Los hechos están prescritos aunque en el procedimiento que se siguió se calificasen provisionalmente de una forma más grave, luego desechada. Que se acusase por delito de secuestro, tipicidad finalmente descartada, no altera el plazo de una prescripción que, además, corrió íntegramente de manera extraprocesal. No fue una prescripción interna. Cuando se inició la causa la infracción estaba ya prescrita.

No puede aplicarse tampoco el art. 131.4 CP . Una cosa es que en el caso de concurso de infracciones la más grave imponga a las demás un plazo de prescripción conjunto extendido y otra distinta es que, prescrita ya una infracción conexas, se siga perpetrando otra. La prolongación de ésta no arrastra el plazo de prescripción de la anterior.

Esto nos lleva a la **estimación parcial** de los motivos cuarto y quinto, con efecto extensivo para la otra recurrente.

**QUINTO.-** Distintas son las cosas en relación al delito de **amenazas** (motivo sexto). Se prolongaron las mismas hasta la denuncia de Graciela en 2013. No había transcurrido obviamente el término de prescripción.

Los hechos describen una amenaza real, más allá de que muy probablemente pudiera hablarse de otras tipicidades que al no haber sido invocadas por la acusación no son planteables (pensemos en los delitos relativos a la prostitución, aunque no se haya llegado a obtener el resultado -tentativa-; o en otras colaterales como posibles falsedades). Se advierte a Graciela que impedirán que recobre la compañía de su hijo si no se pliega a su imposición de ejercer la prostitución al servicio de los acusados. Por contra de lo que sostiene el recurrente es un mal que es *futuro* : el mal consiste en la perpetuación de esa separación de madre e hijo, proyectada hacia el futuro.

Se razona por el recurrente, de otra parte, que el mal ha de ser *posible* y no lo sería desde el instante en que los acusados perdieron la guarda del menor.

No es así. En ese momento, como ya se ha dicho, dejaron de ser sujetos activos de un delito. Pero mantenían la capacidad, que demostraron de hecho, de impedir cualquier gestión de Graciela ante la Comunidad para recuperar al menor. Y cumplieron su amenaza.

Se estaba amenazando con un mal constitutivo de delito. El art. 223 ya no era de posible comisión por los acusados pero las amenazas comenzaron en un momento anterior prolongándose en el tiempo. Tampoco puede descartarse que ese mal (impedir la relación con el menor y privarle de la información necesaria para acceder a él) a partir de 2008 revistiese caracteres delictivos (pensemos en el delito de coacciones). De forma



mediata ( art. 223 CP ) o directa (coacciones) estamos ante infracciones contra la libertad ( art. 169.1 CP ). Es quizás forzada la incardinación en el art. 173 CP que intenta el Tribunal *a quo* ; pero no en las genéricas coacciones.

El mal con que se amenazaba no consistía en la prostitución de Graciela . Esta era la conducta exigida, *la condición*. El mal viene representado por perpetuar los impedimentos para relacionarse con su hijo y para poder ejercer las facultades inherentes a su condición de madre biológica.

Estamos ante una amenaza. Estamos ante una amenaza de un mal constitutivo de delito contra la libertad. Estamos ante una amenaza que no ha prescrito.

#### **El motivo fracasa.**

**SEXTO** .- El siguiente motivo -séptimo- protesta por la individualización penológica. Carecería de la debida motivación tal y como exige el art. 72 CP .

No es cierto que exista déficit motivador sobre la opción penológica -el máximo posible de cada delito- carezca de motivación. Otra vez la mera lectura del fundamento de derecho cuarto basta para comprobar que se consigna un razonamiento explícito: la *elevadísima gravedad de los hechos, el consiguiente sufrimiento de la víctima y la intensa vulneración de los bienes jurídicos protegidos*. De otra parte, constata la Sala que no hay circunstancias que permitan atenuar la responsabilidad.

No falta la motivación pero encierra una razón no admisible: al hablarse de la *elevadísima* gravedad de los hechos parece que se está pensando no tanto en las conductas objeto de condena por las que se está imponiendo la pena, sino en otros hechos precedentes ya prescritos y efectivamente de enorme gravedad (hoy serían encuadrables en el delito de trata de seres humanos). Ciertamente el art. 66 CP permite sopesar las circunstancias personales del acusado entre las que se cuentan esas otras posibles infracciones. Pero lo que se ha de sancionar es una conducta delictiva en sí, atendiendo a criterios de proporcionalidad referidos a esa concreta acción, sin que sea aceptable una fórmula desde la que explícita o implícitamente (como parece suceder aquí) se estén rescatando hechos no punibles por estar extinguida la responsabilidad penal para fijar la pena de otra infracción posterior.

Subsiste únicamente el delito de amenazas. Hay que contemplarlo en sí, sin perjuicio de ponderar también los antecedentes en su justa medida. Considerado en sí no puede afirmarse que tal delito concreto sea de *elevadísima* gravedad. El mal con que se amenaza es constitutivo de un delito más difuso (casi confundido con la misma amenaza condicional) por el que no se llega a dictar condena. Y en la separación definitiva del menor median otras causas muy diferentes a la propia amenaza. Se está sancionando una amenaza; no que la madre haya sido apartada de su hijo. Por eso el motivo ha de ser **parcialmente estimado** procediendo a una nueva individualización que se hará en la segunda sentencia.

**SÉPTIMO**.- El motivo octavo introducen un alegato por quebrantamiento de forma: **incongruencia omisiva** . Con la base del art. 851.3 LECrim se dice que existe silencio sobre algunos aspectos alegados.

No es incongruencia omisiva no conceder a determinados datos la trascendencia probatoria que pretendía otorgarle la defensa. Lo que sanciona con la nulidad el art. 851.3 LECrim es que alguna pretensión jurídica articulada formalmente no haya sido contestada por el Tribunal; no que determinados argumentos no hayan sido atendidos o que ciertos hechos (además no alegados formalmente: la primera de las conclusiones de la defensa se limitaba a proclamar la disconformidad con el relato del Fiscal sin proponer narración alternativa) no se hayan integrado en el *factum* . De cualquier forma, este motivo pierde toda trascendencia en cuanto que los aspectos reseñados se refieren principalmente al delito del art. 223 CP , condena que se va a dejar sin efecto según se ha argumentado.

B) Recurso de D.<sup>a</sup> Alicia

**OCTAVO**.- También la **presunción de inocencia** constituye el nervio de los dos motivos articulados en este recurso, aunque de forma técnicamente muy imprecisa.

En el primero, con la excusa del art. 849.2º LECrim , se acude a una pluralidad de pruebas personales discutiendo la valoración que ha efectuado la Sala. No es cohonestable ni esa argumentación, ni esa base (prueba personal), con la naturaleza del motivo.

En el segundo motivo es el principio *in dubio* el que abre paso a unos argumentos de similar contenido. Hay que recordar que tal principio solo es invocable en casación en su vertiente normativa: cuando el Tribunal condena, pese a manifestar sus dudas. No es eso lo que sucede aquí: ninguna duda mancha la convicción del Tribunal.

La contestación que se dio al anterior recurrente sirve también para rechazar estos dos motivos que al final podrían reconducirse a uno por presunción de inocencia.



### C) Costas.

**NOVENO.-** Habiéndose desestimado íntegramente el recurso de Juliet deberá ésta asumir el pago de sus costas, declarándose de oficio las causadas por el otro recurso parcialmente estimado. ( art. 901 LECrim ).

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.- Desestimar** el recurso interpuesto por D.<sup>a</sup> Alicia contra la sentencia de fecha seis de junio de dos mil dieciséis dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó a la recurrente como coautora responsable de un delito de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor y de un delito de amenazas condicionales. **Condenar** a D.<sup>a</sup> Alicia al pago de las costas ocasionadas en su recurso. **2.- Estimar** el recurso interpuesto por D. Cornelio por **estimación parcial de los motivos cuarto y quinto de su recurso** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas que condenó al recurrente como coautor responsable de un delito de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor y de un delito de amenazas condicionales, extendiendo los efectos de la estimación a la otra acusada. **Declarar** las costas del recurso de D. Cornelio de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 2 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1617/2016 procedente del Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid (Sumario; PO nº 3/2014), fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Cuarta), y que fue seguida por delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor y un delito de amenazas condicionales contra D. Cornelio y D.<sup>a</sup> Alicia , se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El delito del art. 223 CP estaría prescrito en todo caso como se ha expresado en la anterior sentencia. En congruencia con ello la responsabilidad civil se ha de reducir dejándola limitada a los daños morales (perturbación, inquietud) causados por las amenazas, perjuicios que podemos evaluar prudencialmente en 6000 ? (seis mil euros).

**SEGUNDO .-** En virtud de lo razonado en la anterior sentencia hay que reindividualizar la penalidad impuesta por las amenazas. Optamos por la pena de dos años de prisión, duración que se reputa adecuada en atención a la exigencia impuesta (prostitución) que denota mayor gravedad (vid art. 188 CP).

**TERCERO. -** En lo no afectado por lo consignado en los fundamentos anteriores se da por reproducidos los de la sentencia de instancia.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**a)** Absolver a **D.<sup>a</sup> Alicia** y a D. Cornelio del delito de quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor.

**b)** Sustituir la pena de 3 años de prisión impuesta por el delito de amenazas a cada uno de los acusados por la de **DOS AÑOS** de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.





**c)** Fijar la responsabilidad civil a abonar por ambos solidariamente y por cuotas iguales en la cantidad de 6000 ? (seis mil euros).

**d)** Cada uno de los acusados deberá abonar una octava parte de las costas procesales, declarándose de oficio las restantes.

En el resto se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con éstos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

Candido Conde-Pumpido Tourn Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ