

**AL JUZGADO DE LO PENAL N°1**

**DOÑA ANA MARIA MELIAN DE LAS CASAS**, Procuradora de los Tribunales y de **MARINA SOLEDAD PERERA PEREZ**, cuya representación tiene acreditada en el Procedimiento Abreviado 113/2008, ante el Juzgado, comparece y, como mejor proceda en Derecho, DICE:

Por medio del presente escrito interpongo **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de 1° de marzo de 2009, dictada en este procedimiento, en la que se condena a mi mandante como autora responsable de un delito de desobediencia grave a la Autoridad, con arreglo a los siguientes **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**:

**PRIMERO.-NULIDAD DEL JUICIO POR INFRACCION DE NORMAS O GRANTIAS PROCESALES QUE CAUSARON LA INDEFENSIÓN DEL RECURRENTE, Y POR VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS PROMULGADO EN EL ART.24.2 DE LA CONSTITUCIÓN.-**

Al comenzar las sesiones del juicio oral el letrado de la defensa reclamó de la Magistrada que presidía, que por el agente judicial se procediera a abrir las puertas de la sala de vistas para que pudiera celebrarse el juicio en audiencia pública. Se limitó a contestar que el agente judicial tenía instrucciones al respecto. Este cerró con llave la puerta y se impidió la entrada a todos los ciudadanos

y a los numerosos medios de comunicación que pretendían asistir a la vista, dando lugar a un incipiente problema de orden público, que motivó que dicha Magistrada solicitara la presencia de la Guardia Civil y de la Policía Nacional que prestaba servicio en la sede judicial.

El letrado de la defensa, ante la celebración del juicio a puerta cerrada sin haber notificado ni dado a conocer Auto motivado al público y a las partes, como establece el art.680 de la LECRIM en relación con el art.232.2 de la LOPJ, optó por no formular protesta en el acto, para no originar tensiones, dado que ya había formulado la correspondiente reclamación, y la evidente actitud prepotente y soberbia de la Magistrada, que daba la impresión de que la sentencia estaba ya dictada.

En su consecuencia se plantea en este recurso de apelación, en base al art.680 de la LECRIM, en relación con los artículos 120.1 y .24.1 de la Constitución que regula el derecho fundamental a un proceso **público** sin dilaciones indebidas, la nulidad del juicio al no ser público sin consignar el acuerdo en auto motivado de que se celebrara a puerta cerrada.

El art. 120.1 de la Constitución consagra la publicidad de las actuaciones judiciales. Se trata de un principio cardinal que surge en el siglo XIX como principio procedimental de la mano del liberalismo encontrando inmediata constitucionalización en nuestros textos. Decía Mirabeau: "**dadme al juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es cara al público**". Como ha señalado el Tribunal Constitucional, (STC. 13/1985; 38/1982; 62/1982; y 96/1987) el principio de publicidad tiene una doble finalidad: por un lado, **proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales**, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art.24.2 de

la CE ha otorgado a la exigencia de publicidad el carácter de derecho fundamental, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo. En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el art.6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

El Tribunal Constitucional ha ido delimitando este principio de publicidad estableciendo que las actuaciones judiciales puedan llegar a ser presenciadas por cualquier ciudadano mientras se disponga de espacio, por lo que será necesario en todo caso habilitar un espacio razonable. En segundo lugar, el principio de la publicidad de los juicios implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo lograr una proyección general, **que sólo puede hacerse efectiva con la asistencia de los medios de comunicación como intermediarios naturales entre la noticia y la generalidad de los ciudadanos**, si bien la presencia de la prensa no compensa la limitación fáctica de la publicidad.

Como establece el propio art.120.1 de la CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una ley, deberán tener su justificación en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y ser congruentes y proporcionadas con el fin que se pretende conseguir.

En el acta de juicio oral no consta la **reclamación** formulada por el letrado de la defensa para que el juicio se celebrara en audiencia pública, ni las **incidencias** que se originaron por la celebración del mismo a puerta cerrada, por lo que el Secretario ha incumplido lo dispuesto en el art.743 en relación con el art.788.6 de la LECRIM, que obliga a hacer constar sucintamente en el acta **cuanto importante hubiere ocurrido y las incidencias y reclamaciones producidas**. Ciertamente que el letrado de la defensa no reclamó las rectificaciones procedentes en el acta, por las mismas razones que no formuló protesta y ante la presunción fundada de que la Magistrada no las estimaría procedentes, lo que hubiese originado enfrentamientos con ésta y

protestas que era prudente evitar en aras de la imagen de la Justicia. En su consecuencia, el Tribunal de apelación tiene que decidir si la ausencia de reclamaciones para rectificar el acta impide apreciar la nulidad del juicio celebrado inmotivadamente a puerta cerrada, cuando es evidente su notoriedad, como se desprende de los cometarios y noticias de la prensa que se aporta. En el supuesto de que la prueba de la celebración del juicio a puerta cerrada se haga depender por el Tribunal de apelación de la formulación de protestas y reclamaciones, dada la notoriedad y repercusión pública de dicho hecho, en aras del prestigio e imagen de la Justicia, se propone recabar como diligencias de prueba, en base al art.790.3 de la LECRIM, informe del Secretario y de los medios de comunicación que fueron testigos presenciales de la celebración del juicio a puerta cerrada; y, en su consecuencia, se interesa la celebración de vista para resolver el presente recurso de apelación, por estimarla **necesaria para la correcta formación de una convicción fundada**, como establece el art.791.1 de la LECRIM, y para restablecer el principio de publicidad, al que la doctrina constitucional confiere una doble finalidad: **proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales**, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho, que han sido vulnerados por el juez de instancia.

**SEGUNDO.-INCOMPETENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL.-** En el turno de intervenciones que regula el art.786.2 de la LCRIM,- que el juzgador, en base a la transcripción errónea del acta del juicio, confunde en el F.J.2º con el art.766.2, que no se invocó en ningún momento,- el letrado de la defensa planteó la incompetencia territorial del Juzgado en base a los dispuesto en el art. 14.2º y 3º de la LECRIM, al haberse instruido la cusa por el Juzgado de Instrucción nº5 de Las Palmas de Gran Canaria, y no por el juzgado de Instrucción que corresponde de la Orotava, que fue donde inequívocamente se cometió el delito de desobediencia, como puede comprobarse con la lectura de las diferentes actas de fecha 27 de

abril, 3 y 4 de mayo de 2007, en las que consta que la Comisión Judicial compareció en el domicilio de la Orotava de la acusada para formular los supuestos requerimientos de entrega de la menor de la que era acogente preadoptiva.

No se entiende el argumento de la juzgadora de instancia en el F.J.nº1, de que la alegación de incompetencia es extemporánea, ya que la declinatoria se debe sustanciar, como establece el art.45 de la LECRIM, como artículo de previo pronunciamiento por el trámite regulado en los artículos 666 a 679 de la LERCIM, que en el Procedimiento Abreviado se plantean y resuelven concentradamente en el trámite del citado art.786.2 de la LECRIM, fase procesal de saneamiento del procedimiento. A mayor abundamiento, la propia Sección Tercera de la Audiencia Provincial mediante auto de 2 de mayo de 2009 manda deducir testimonio al Juzgado de Guardia de la Orotava, que era el competente para la instrucción del procedimiento penal por el delito de desobediencia grave a la Autoridad.

**TERCERO.-EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM", Y, POR CONSIGUIENTE, DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD REGULADO EN EL ART.25 DE LA CONSTITUCIÓN, Y DEL DERECHO A LA TUTELA JUDIICAL EFECTIVA PROLAMADO EN EL ART.24 DE LA CONSTITUCIÓN.-**

El mencionado principio tuvo su reconocimiento inicial en la conocida y elogiada sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2001(STC 2/1981), que vincula estrechamente a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones contemplados en el art.25 C.E. En su faceta procesal este principio se refiere esencialmente a los efectos de cosa juzgada, y aparece íntimamente unido al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva proclamado en el art.24 de la C.E.

Entre los hechos declarados probados en la primera sentencia de 14 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Penal nº6 en el Procedimiento Abreviado 252/2007, que condenó a la acusada por el delito continuado de desobediencia, y los declarados probados en la sentencia que se impugna, hay una

evidente conexión temporal, requisito para la apreciación del delito continuando. Para llegar a dicha conclusión basta examinar los documentos judiciales siguientes:

a) En el escrito de acusación de 14 de abril de 2007, formulado por el Ministerio Fiscal en el Procedimiento Abreviado 189/2006, se señalan las fechas de 8 y 15 de enero de 2007 fijadas por el Juzgado de Familia para la entrega de la menor, indicando que fueron incumplidas por los acusados, tal como también se recoge en los hechos probados de la citada sentencia del Juzgado de lo Penal nº6.

En los hechos probados de la sentencia que se impugna, contenidos en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal de 28 de febrero de 2008, se señala que "la acusada se resistió a entregar a la menor el 27 de abril de 2007 en su domicilio y a presencia de la Comisión Judicial", añadiendo que la acusada se opuso también al requerimiento formulado por auto de 2 de mayo de 2007 de la Sección 3ª que le fue notificado a su representación al día siguiente. Por consiguiente, queda acreditado que la acusada incumplió presuntamente el mandato de entrega de la menor los días 8 y 15 de enero de 2007, recogidos en los hechos declarados probados en la primera sentencia, entre otros acaecidos en 2006; y que incumplió la misma obligación de entrega el 27 de abril y el 2 de mayo de 2007, recogidos como hechos declarados probados por la sentencia que se impugna en esta apelación.

La relación cronológica de los hechos declarados probados en las dos sentencias permiten concluir, por un lado, que no se sostiene técnicamente el informe desfavorable del Ministerio Fiscal a la apreciación de la cosa juzgada de 22 de mayo de 2008, al establecer que los hechos declarados probados en la primera sentencia acaecieron en el año 2006, y los que fueron objeto de acusación y declarados probados en la sentencia que se impugna acaecieron en el 2007, cuando ha quedado acreditado que los incumplimientos de entrega los días 8 y 15 de enero de 2007 se declararon hechos probados en la primera sentencia; y por otro, que es técnicamente recusable la desestimación de la cosa juzgada contenida en el F.J.2º de la sentencia en base al endeble argumento

de que los requerimientos de entrega de la menor objeto de la primera sentencia los formuló el Juzgado de Primera instancia nº5, y los de contenido similar objeto de la sentencia que se impugna los formuló la Sección Tercera de la Audiencia provincial en base al Auto de medidas cautelares de 14 de marzo de 2006, cuando es evidente que esta resolución se adoptó en el Rollo de Apelación 118/2007 para conocer de la apelación de la sentencia dictada por citado el Juzgado nº5 en primera instancia, que acordó la misma entrega de la misma menor por la misma acusada que la acordada por le Sección 3ª de la Audiencia. Téngase en cuenta en la primera sentencia condenatoria de 14 de febrero de 2008, se recogen como hechos probados los presuntos incumplimientos de entrega de la menor acaecidos el 27 de abril, 3 y 4 de mayo de 2007, que pudieron y debieron ser objeto de acusación del Ministerio Fiscal y enjuiciados en la referida primera sentencia condenatoria de conformidad.

En conclusión: En este caso, dada la evidente conexión temporal entre los hechos declarados probados en la primera sentencia condenatorio y en la sentencia que se impugna, se cumplen los requisitos exigidos jurisprudencialmente(STS.2018/2001 de 3 de abril de 2002, y SAP 102/2003, de 18 de noviembre de 2003, de la sección 23) en torno al delito continuado representado por una unidad de ideación y de dolo que da lugar a unas ejecuciones fraccionadas que atentan a los mismos bienes jurídicos que por ello pierden su propia sustantividad para integrar una única infracción concurriendo todos los elementos que dan vida a la construcción jurídica de la continuidad delictiva, y que de modo resumido, según reiterada doctrina de esta Sala -SSTS de 4 de julio de 1991 (RJ 1991\5529), 20 de marzo de 1998 (RJ 1998\2432) y 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10394), 3 de abril de 2002 (RJ 2002\6115), entre otras y se integra por:

a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.

b) Dolo único que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de, trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente dando lugar al dolo conjunto que prevé ex ante la totalidad de actos a ejecutar, o bien surja la intención criminal siempre

que se de la ocasión propicia, dando lugar al dolo continuado strictu sensu. Ambas legalmente previstas en el art. 74 del vigente código en la expresión «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».

c) Unidad de precepto penal violado, o preceptos semejantes, lo que exterioriza la unidad en el bien jurídico atacado.

d) Homogeneidad en el modus operandi.

e) Identidad en el sujeto infractor.

En el presente caso, concurren como ya se ha dicho todos los elementos de la continuidad delictiva, representado, al menos, por incumplimientos del mismo reiterado mandato judicial formulado en primera instancia y en la medida cautelar adoptada en apelación, con independencia de que la Autoridad que dictó el mandato no fuera la misma, requisito no contemplado en la doctrina jurisprudencial expuesta.

Desde el punto de vista procesal y, sobre todo, desde el punto de vista de las limitaciones objetivas de la cosa juzgada, la doctrina penal (Gómez Orbaneja, Cobo del Rosal) sostiene que esta afecta no sólo a todos los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, sino a todos aquellos realizados con anterioridad al escrito de acusación, aunque no hubiesen sido objeto de acusación y se hubiesen descubierto con posterioridad

Desde la perspectiva de la anterior doctrina y de de la alemana, de acuerdo con las razones de simplificación del proceso, sobre "nuevos" hechos no establecidos en la primera sentencia, respecto de los que pueda establecerse una relación de continuidad con los que fueron objeto del juicio, sí se podrían reclamar los efectos de la cosa juzgada, prohibiéndose la persecución por esos hechos. A este respecto el magistrado CHOCLÁN MONTALVO, que ha escrito la única tesis doctoral sobre el delito continuado, considera que el problema se soluciona con una aplicación consecuente del principio de la unidad jurídico - material y jurídico - procesal de la acción continuada. Ello implica reconocer que los "nuevos" hechos son parte integrante del delito continuado aunque no hayan sido considerados en la

primera sentencia. Ya que, el tratamiento unitario de las acciones engloba incluso a los hechos no presentados en el primer proceso, y por ello a estos "nuevos" hechos se los tiene como ya juzgados. *"Lo que ocurre es que no puede negarse de antemano el nuevo proceso, en cuanto, normalmente, será en el propio juicio oral donde se pueda constatar, tras la práctica de la prueba, que los nuevos hechos formaban parte de la serie continuada, por lo que más que excluir el proceso, lo que en realidad excluye la primera sentencia es un nuevo fallo condenatorio sobre un hecho ya enjuiciado que, por su unidad, abarcó a todos los actos parciales con independencia del grado de su conocimiento"*.

El Tribunal de Apelación tendrá la oportunidad de sentar jurisprudencia sobre el problema anteriormente plantado, aunque las posiciones doctrinales que se defienden se encuentran de algún modo recogidas en la reciente STS. de 4 de noviembre de 2008, conocida como la del AVE.

#### **CUARTO.-ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.-**

En el párrafo 3º de los hechos probados se afirma "resistiéndose la acusada en fecha 27 de abril de 2007 en su domicilio y en presencia de la comisión judicial integrada por .....a entregar a la menor...". En el acta manuscrita de 27 de abril de 2007 la comisión judicial no hace constar en ninguno de sus extremos que la acusada se haya resistido, sino que efectúa las manifestaciones que obran en dicha acta de las que no se desprenden obstaculización alguna para entregar a la menor.

En el antepenúltimo párrafo de los hechos probados se afirma que "personándose la comisión judicial los días 3 y 4 de mayo de 2007, oponiéndose la acusada a su cumplimiento quien además no se encontraba en su domicilio". Basta examinar el contenido de las actas manuscritas del 3 y 4 de mayo de 2007, para comprobar que la comisión judicial no hace constar oposición alguna de la acusada, por lo que mal se pudo oponer estando ausente de su domicilio", lo cual revela la evidente contradicción del hecho probado.

En el último párrafo de los Hechos Probados se afirma que " en la fecha de presentación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal no consta que por la acusada se haya hecho entrega de la menor a la Dirección General del Menor en cumplimiento de lo así acordado y resuelto por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas". Se omite que en el acto del juicio oral se probó la entrega de la menor, pues como consta en el acta, a la pregunta formulada por la defensa si la acusada ofreció resistencia el día 19 de mayo de 2007 en que entregó a la menor, la técnico de la Dirección General del Menor Mónica Martínez Rufino Vera, respondió que "estaba presente el 10 de mayo cuando la acusada entregó la niña y no puso resistencia", y el Guardia Civil G-61820 U respondió que "cuando la acusada entregó la niña en mayo que el sepa no hubo resistencia".

**QUINTO.-INFRACCIÓN DEL ART.556 EN RELACIÓN CON EL 410 DEL C.PENAL.-**

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 10 julio 1982, ha sistematizado los requisitos (contenidos en el art.410 del C.Penal) que tienen que concurrir para poder tipificar con rigor el delito de desobediencia grave del art.556 del C.Penal:

"CONSIDERANDO:.- Que en relación al delito de desobediencia grave del art. 237(ahora 556) del C. P., viene declarando esta Sala, de manera reiterada, que los elementos esenciales integrantes del mismo, son los siguientes: 1.º **Un mandato expreso y terminante emanado de autoridad o agente de la misma, dentro de su competencia.** 2.º **Que haya sido claramente notificado a la persona que tenga la obligación de cumplirlo.** 3.º **La resistencia del requerido a hacer aquello que se le ordena, con el consiguiente menoscabo o desprestigio del principio de autoridad** -SS. de 4 marzo 1964 (RJ 1964\1320) 20 abril 1972 (RJ 1972\1749), 30 marzo 1973 (RJ 1973\1466), 2 abril 1976 (RJ 1976\1544)-, y 4.º

**Incumplimiento grave y trascendente de lo ordenado - SS. de 21 abril y 14 noviembre 1981 (RJ 1981\1669, RJ 1981\4324)-.** Matizando la desobediencia se aclara por la doctrina jurisprudencial que supone una desobediencia intensa que consistente en una oposición o rebeldía a un mandato u orden de modo activo, violento y manifiesto, con el consiguiente desprestigio del principio de autoridad, ya aludido - SS. de 14 octubre 1963 (RJ 1963\4096) y 26 enero 1968 (RJ 1968\635)-.

Ninguno de estos requisitos jurisprudenciales, tipificados en el delito de desobediencia de los funcionarios públicos del art.410 del C.Penal, han concurrido en el presente caso, a saber:

1) **Mandato expreso y terminante dimanante de la Autoridad que haya sido notificado claramente a la persona que tenga la obligación de cumplirlo.-** En las actas de 27 de abril de 2007(sólo se dice que "en este acto se requiere a..."), y de 3 y 4 mayo de 2008(no contienen requerimiento alguno), en que la Comisión Judicial comparece en el domicilio de la acusada, no se contiene un requerimiento personal expreso a la acusada de incurrir en el delito de desobediencia grave del art.556 del C.Penal. El único requerimiento que contiene esta advertencia se le formula no personalmente a la causada sino a su Procuradora el 2 de mayo de 2007, cuando ya la Sección Tercera había perdido la competencia para formular tal requerimiento, pues el Auto de medidas Cautelares de 14 de marzo de 2007 tenía sólo efecto hasta que se dictara la sentencia en apelación el día 30 de abril de 2007.

En todo caso tampoco el mandato era expreso, claro y terminante, sino contradictorio, genérico y falto de concreción, pues en el momento de comparecer la Comisión Judicial existían simultáneamente tres mandatos: El requerimiento formulado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial dimanante del Auto de Medidas Cautelares de 14 de marzo de 2007, en el que se requería a la acusada para que entregara la menor a la Dirección General de Protección de Menores en régimen de acogimiento residencial; el requerimiento formulado por el Juzgado de Primera Instancia nº5, mediante

auto de ejecución provisional de 31 de julio de 2006, de la sentencia de 11 de julio de 2006 , en el que se requería a la acusada para entregar la niña a la madre biológica; y la estipulación 10ª del documento de formalización de Acogimiento Familiar Provisional en la Modalidad de Preadoptivo de 10 de mayo de 2005, que regula el art.173.2 del C.Civil, por el que se establece dicho acogimiento, que obligaba a la acusada a no entregar la menor acogida sin consentimiento de la Dirección General de Protección del Menor, con apercibimiento de cometer el delito del art.231 del C.Penal. ¿Cuál de los tres mandatos contradictorios y genéricos debía obedecer la acusada?. Ciertamente que el compromiso bilateral del acogimiento familiar preadoptivo había sido dejado sin efecto por resolución de la Dirección General del Menor de 23 de noviembre de 2006, pero la desconocía la acusada al no serle notificada ni haberse acordado en dicha resolución su notificación a pasar de que tanto el art. 54.2 de la Ley Territorial 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral de Menores, obligaba a su notificación a la acusada como guardadora de la menor, y el art.173.4.nº4 del C.Civil a oírla como acogente, lo que se incumplió a pesar de que dicho precepto fue invocado en el F.J.2º de dicha resolución , lo cual acarrea la nulidad de dicha misma ex art.238.3º de la LOPJ, al prescindir la Administración absolutamente del procedimiento establecido por la referida Ley , con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, lo cual produjo evidente indefensión a la acusada.

Si se hubiese practicado el requerimiento de desobediencia en legal forma y como era práctica judicial tradicionalmente consolidada, no se hubiere dado lugar a dilatar la entrega de la menor(desde el 31 de julio de 2006 en que se dictó auto de ejecución provisional hasta que voluntariamente la acusada entregó a la menor el 10 de mayo de 2006), ni se hubiera incoado procedimiento penal por desobediencia. En efecto, si una vez notificado el citado Auto de ejecución provisional con el requerimiento de entrega a la Dirección General del Menor, no a la acusada, ésta no lo hubiese cumplido, se debió deducir testimonio al Juez de Instrucción competente de la Orotava,-como se acordó infructuosamente en el auto de 2 de mayo de 2007 de

la Sección 3ª de la Audiencia Provincial-, el cual hubiera incoado procedimiento penal por desobediencia en el que hubiera requerido personalmente a la acusada para la entrega de la menor bajo apercibimiento expreso de incurrir en el delito de desobediencia grave a la Autoridad, que sin duda habría sido inmediatamente cumplido por la acusada.

Al no haberse procedido en la forma procesal descrita, era lógico que el Juez de Instrucción nº1 de la Orotava desestimara, dado que no era competente, por Auto de 23 de abril de 2007, la solicitud por la Dirección General del Menor, por mandato de la providencia de 20 de abril de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, de mandamiento de entrada y registro para entrar en el domicilio de la actora. En su consecuencia no puede penalizarse una conducta renuente aunque no desobediente de la acusada a la entrega del menor, al no haberse producido la práctica de un requerimiento de entrega con apercibimiento de delito de desobediencia con los requisitos descritos anteriormente, que doctrina y jurisprudencia han consolidado.

## **2) Competencia de la Autoridad de que dimana el mandato:**

El Juez y el Tribunal Penal competentes para el enjuiciamiento pueden examinar como cuestión prejudicial no devolutiva la competencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial para adoptar la medida cautelar en el Auto de 14 de marzo de 2007, a los solos efectos de la represión, en base al art.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su consecuencia, la citada Sección 3ª, no podía en apelación dictar medidas cautelares de oficio, vedadas por imperativo del art. 721.2 de la LEC, ni al mismo tiempo que se estaba ejecutando provisionalmente la sentencia apelada, como se desprende claramente del art. 731.2 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que acarrea la nulidad de dicho auto ex art.238.1º de la LOPJ. En todo caso, como se infiere de la parte dispositiva del citado Auto de 14 de marzo de 2007 de dicha Sección Tercera, éste estaba en vigor hasta que se dictara sentencia de apelación el 30 de abril de 2009, lo que acarrea

que el presunto requerimiento formulado a la representación de la acusada el 3 de mayo de 2007, era ya nulo. Por consiguiente, la Sección Tercera de la Audiencia provincial no era competente para formular el requerimiento de desobediencia,- y menos en base al art.158.4º de la LEC que faculta al juez de instancia competente para adoptar medidas en el marco de las actuaciones paterno-filiales reguladas en el capítulo primero del Título VII del C.Civil, no en el marco del acogimiento familiar o residencial regulado en el capítulo V del mismo Título,- sino el Juzgado de Familia que en ejecución provisional de la sentencia de 11 de julio de 2006 requirió a la Dirección General de Menores para la entrega de la menor a su madre biológica, para lo que tampoco tenía competencia, pues esta parte dispositiva de la sentencia fue revocada en apelación por la citada sentencia 30 de abril de 2007 de la Sección 3ª, al entender que la juez de instancia se excedió al acordar dicha entrega ya que no fue pedida en la oposición formulada por la madre biológica de la menor a la resolución de la Dirección General de Protección del Menor de 13 de noviembre de 2003 por la que se acuerda modificar la medida de amparo.

3) **Desprestigio del principio de Autoridad.**-En las actas levantadas el 27 de abril y el 3 y 4 de mayo de 2007, por la Comisión Judicial en el domicilio de la acusada con el objeto de que entregara a la niña, no se especificó de qué Autoridad dimanaba el mandato, por lo que mal puede apreciarse el elemento subjetivo del injusto del delito de desobediencia, y más, cuando, como aquí acontece, no se formuló requerimiento personal a la acusada con la advertencia de incurrir en delito de desobediencia, cuyo pertinaz incumplimiento evidenciaría el desprecio al principio de autoridad. En cuanto a la culpabilidad, la voluntariedad en el incumplimiento de la orden o mandato, la jurisprudencia exige (STS 22.6.92, 10,7.92, y 5 de julio de 1989) el específico animo por parte del autor de menospreciar el principio de autoridad, y la voluntariedad en la posición al incumplimiento mediante actos persistentes y reiterados, que en este caso no se produjeron ya que sólo se hizo un simple requerimiento personal sin apercibimiento por la Comisión Judicial el 27 de abril de 2007, que no fue reiterado el 3 y 4 de mayo de 2007, en que no se

formuló requerimiento alguno, a pesar de lo cual la acusada manifestó su voluntad de entrega cuando se resolvieran los problemas jurídicos existentes y los recursos interpuestos por su letrado, como declaró ante el Juzgado de Instrucción nº3 de la Orotava el día 14 de mayo de 2007, dejando constancia de que lo único que pretendía era velar por la menor sin depreciar a la Autoridad judicial.

4) **Incumplimiento grave y trascendente de lo ordenado.-** La acusada entregó voluntariamente el día a la menor que tenía en acogimiento familiar preadoptivo a los funcionarios de la Dirección de Protección del Menor que acudieron a tal fin a la Clínica donde estaba internada, y colaboró con ellos, como puso de manifiesto el testimonio prestado en el juicio oral por la funcionario de la Dirección General y del Guardia Civil que depuso, como ya se ha hecho constar , que corroboraron la pacífica entrega el 10 de mayo de 2007. Acredita esta voluntad de entrega de la acusada el hecho de que el día 5 de mayo se dirigió a través de su letrado a la Consejería de Política Social y Socio-Sanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria para entregar a la menor en el Punto de Encuentro ordenado por la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, y le contestaron mediante oficio de 7 de mayo de 2007 que no habían recibido petición al respecto de la Dirección General del Menor ni de ninguna instancia judicial ni habían recibido respuesta de las reiteradas informaciones e instrucciones solicitadas, con la misma finalidad de acoger a la menor, a la Dirección General de Protección del Menor .

5) De los requisitos anteriormente expuestos se infiere la simplificación técnica y falta de rigor jurídico del F.J.3º de la sentencia impugnada, basada en los errores en la apreciación de la prueba que se han puesto de manifiesto en cuanto a los supuestos requerimientos formulados a la acusada sin revestir las formalidades legales que, en manera alguna, pueden ser subsanados por el conocimiento que podía tener la acusada de las resoluciones judiciales simultáneas que le obligaban contradictoriamente a entregar a la menor.

**SEXTO.-CONCURRENCIA DE CAUSAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.-** En el supuesto de que el Tribunal de apelación no estime la nulidad del juicio celebrado a puerta cerrada, la incompetencia del juzgado de instancia, la excepción de cosa juzgada y consiguiente vulneración del principio non bis in idem consagrado por el art.25 de la Constitución, la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos examinados para la apreciación del delito de desobediencia grave del art.556 del C.Penal , tendrá que examinar si concurren las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal alegadas por la defensa en el acto del juicio y desestimadas en la sentencia de instancia, que no resolvió todas las cuestiones que fueron objeto del juicio, como establece el art.742 de la LECRIM, y que obliga al Tribunal de Apelación a pronunciarse sobre las circunstancias eximentes,-cuya concurrencia la doctrina más autorizada admite en el delito de desobediencia-, que se analizan seguidamente:

**a) Estado de necesidad (art20.5º del C.Penal.-**

La acusada había formalizado bilateralmente el documento de acogimiento familiar preadoptivo de la menor el 10 de mayo de 2005, situación que se mantuvo durante tres años, durante los cuales fue declarada apta y propuesta para la adopción, por lo que se justifica que fuera renuente a cumplir el mandato de entrega de dicha menor, -que no desobedeció por las circunstancias que ya se han examinado,- por la perturbación de animo, humanamente comprensible y respetable, que se le ocasionó, y que la colocó en estado de necesidad de hacer una ponderación de intereses y en la situación de incumplir el deber de entrega para evitar el mal propio y ajeno, e inmediato, que se le podía ocasionar a la menor, de tal manera que el mal causado por la presunta desobediencia fue inferior al que trató de evitar con la entrega, que, desgraciadamente, se produjo al ocasionársele a la menor un maltrato institucional, como lo califica el oficio dirigido al Fiscal del TSJC 1 8 de mayo de 2007 por la Consejera de Política Social

y Socio-Sanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria, y al volver la menor a la situación de acogida residencial y al desamparo, situación cuya prueba se interesa en este recurso de apelación al haberse producido después de la celebración del juicio oral.

**b) Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho(art.20.7º del C.Penal).-**

La acusada renuente pero no desobediente al mandato de entrega de la menor obraba en cumplimiento, por un lado, del deber impuesto por la resolución de la Dirección General del menor en el documento de formalización de acogimiento familiar de 10 de mayo de 2005, en cuya cláusula décima le obligaba, a no entregar a la menor con la advertencia de cometer el delito del art.231 del C.Penal; y, por otro, al cumplimiento de los deberes de acogente de velar por el menor a que le obligaba el art. 173.1º del C.Civil, sin duda, de mayor rango normativo que el deber de entrega ordenado por una resolución judicial.

En relación con las causas eximente anteriormente expuestas, El Fiscal, que fuera Magistrado del Tribunal Constitucional, y catedrático de Derecho Penal Tomas Vives Antón, considera que "en un Estado democrático como el proclamado en la Constitución vigente, toda autoridad procede de la Ley y la fuerza de todas y cada una de las decisiones de autoridad reside en su cobertura legal. En su consecuencia, la tutela del principio de legalidad no puede, bajo ningún concepto, alzaprimar la autoridad, en ningún caso, respecto de la Ley en la que radica su origen y su fuerza vinculante. La desobediencia a mandatos que infrinjan la ley de forma no manifiesta será típica, pero quien desobedezca tales órdenes podrá siempre invocar a su favor la causa de justificación de obrar en el cumplimiento de un deber de obedecer la ley, que debe prevalecer sobre el deber de obedecer a la autoridad, mera ejecutora de la ley. En última instancia puede invocar la causa de justificación del estado de necesidad, pues el mal representado por el cumplimiento de una orden que no reviste las formalidades legales será

siempre mayor que el que pueda producir su incumplimiento".

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que teniendo por presentado este escrito, se tenga por interpuesto RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia dictada en este procedimiento, y, previos los trámites legales, se eleven a la Audiencia Provincial los autos originales y los documentos aportados y admitidos en la fase preliminar del juicio para resolver la apelación, interesándose expresamente la celebración de vista, por las razones expuestas en el F.J.1º de este recurso. Se señala como domicilio para notificaciones el del Procurador que representa en este procedimiento a mi mandante.

-Se propone, en base a lo dispuesto en el art.790.3 de la LECRIM, la práctica de las diligencia de prueba para acreditar hechos acaecidos y conocidos durante y después de la celebración del juicio oral:

a) Recabar informe del Secretario del Juzgado de lo Penal nº1 sobre la incidencia habida en la celebración del juicio oral a puerta cerrada y de la inexistencia de auto motivado que lo justificara, así como sobre la reclamación formulada por la defensa a la Magistrada para que celebrara el juicio en audiencia pública; y de los medios de comunicación que estaban ante la puerta de la Sala al objeto de acreditar la celebración del juicio a puerta cerrada, en el supuesto de que el Tribunal de Apelación lo estime lo estime necesario, por considerar que la notoriedad pública que consta en la prensa aportada de la celebración a puerta cerrada del juicio, no prueba este hecho.

b) Recabar informe de la Dirección General del Menor sobre la entrega de la menor llamada "Piedad" por la acusada el 10 de mayo de 2007, y sobre las situaciones en que se ha encontrado la misma desde la referida fecha, indicando expresamente si con posterioridad a la celebración del juicio el día 26 de febrero de 2009, ha sido declarada en amparo o se ha iniciado expediente al efecto, al objeto de fundamentar las culpas eximentes de la responsabilidad alegadas en este recurso de apelación.

Es justicia que pido en Las Palmas de Gran Canaria a 23 de marzo de 2009.