



Roj: **SAP Z 547/2009 - ECLI: ES:APZ:2009:547**

Id Cendoj: **50297370032009100220**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **3**

Fecha: **18/03/2009**

Nº de Recurso: **298/2008**

Nº de Resolución: **252/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **SARA ARRIERO ESPES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00252/2009

ROLLO DE APELACION DELITO 298/08

SENTENCIA NÚM. 252/09

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ RUIZ RAMO

MAGISTRADOS

D. MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ Y LÓPEZ DE HIERRO

D^a SARA ARRIERO ESPÉS

En Zaragoza, a dieciocho de Marzo de dos mil nueve.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación las Diligencias de Procedimiento Abreviado número 80 de 2008, procedentes del Juzgado de lo Penal número Cuatro de Zaragoza, rollo número 298 de 2008, seguidas por DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA (ABSENTISMO **ESCOLAR**) contra Estibaliz con D.N.I. nº NUM000 , hija de Vicente y de Rosa, nacida el ocho de agosto de mil novecientos sesenta y dos, natural de Zaragoza y con domicilio en Zaragoza, C/ DIRECCION000 nº NUM001 , NUM002 , de estado casada y de profesión dependiente, de solvencia no acreditada, sin antecedentes penales y contra Jose Ramón con D.N.I. nº NUM003 , hijo de Sixto y de María Ramos, nacido el veintitrés de abril de mil novecientos sesenta y tres, natural de Quintanilla-La Cabrera (Burgos) y con domicilio en Zaragoza, C/ DIRECCION000 nº NUM001 , NUM002 , de estado casado y de profesión transportista, de solvencia no acreditada, sin antecedentes penales, representado por la Procuradora D^a Sonia García de Val y defendido por el Letrado Don Rafael Martín López, habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente en esta apelación la Ilma. Sra. Magistrada D^a SARA ARRIERO ESPÉS, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los citados autos recayó sentencia con fecha veintidós de octubre de dos mil ocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Jose Ramón y a Estibaliz como autores penalmente responsables de un delito de abandono de familia por incumplimiento del deber de



asistencia inherente a la patria potestad, a la pena de multa de nueve meses con una cuota de tres euros al día, con la responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, y al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: "HECHOS PROBADOS: ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que los acusados Jose Ramón y Estibaliz , mayores de edad, sin antecedentes penales han venido incumpliendo el deber de llevar a su hija menor al colegio, Ana , nacida el 18-8-1992, durante los cursos **escolares** 2005-2006 y 2006-2007, con un 69,54 % de **abstentismo escolar**". Hechos probados que como tales se aceptan.

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de los acusados, alegando como motivos de recurso los que constan en su escrito y que luego se dirán y, admitido en ambos efectos, se dio traslado tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Audiencia señalándose para votación y fallo del recurso el día 17 de marzo de 2009, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la parte apelante como motivo de recurso error en la valoración de la prueba. Expone que en la prueba documental obrante en las actuaciones los padres aportaron informes del Servicio de Salud en los que se contempla que la menor asistía asiduamente a consultas médicas, dado su estado de salud y sus múltiples dolencias, que la madre enviaba la correspondiente documentación al colegio y que las profesiones de los padres impedían un férreo control de la menor, en cuanto a sus asistencia al centro docente.

Se alega que la hija aludía a una pretendida "ojeriza" del tutor hacia su persona y, además que los padres estaban mal informados y engañados por la hija, habiéndola castigado y reprendido en varias ocasiones, siendo la pasividad y despreocupación atribuible a la menor, habiendo los padres hecho todo lo posible para que su hija recibiera educación.

La pretensión sustentada por la parte recurrente radica en sustituir el criterio imparcial del Juzgador "a quo", obtenido de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas, plasmada como conclusión fáctica en los hechos probados que son premisa del fallo recurrido, por su propia, subjetiva y necesariamente interesada apreciación de la prueba, pretensión que no es acogible en esta alzada toda vez que la relación histórica del hecho enjuiciado no debe ser sustituida ni modificada en apelación, salvo cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

- 1º) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba;
- 2º) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio
- 3º) que se a desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Ninguno de los expresados supuestos concurre en el caso enjuiciado, en el que la Juez de lo Penal valoró correctamente la prueba y plasmó adecuadamente su convicción a la vista del contenido del acta del juicio y del visionado del vídeo.

El delito por el que los recurrentes han resultado condenados es un delito permanente de omisión, un tipo penal en blanco, dado que uno de sus elementos típicos no se haya inserto en el precepto y por ello ha de contemplarse con el contenido de otros preceptos extravénales, que son los que han de explicar en concreto qué debe de entenderse como deberes de asistencia inherentes a la patria potestad.

Es sujeto activo del delito quien ejerce la patria potestad; sujeto pasivo, los hijos o descendientes menores; y la acción sancionable, el incumplimiento de los deberes de asistencia. Por tales no deben de entenderse únicamente los materiales o económicos, inherentes a la patria potestad, sino que se extiende a otros deberes como son, en concreto, la educación y formación integral de los hijos.

Es esclarecedora al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998 , que al estudiar el delito en cuestión dice que "comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia- dada su naturaleza de tipo penal en blanco- la constituyen los artículos del Código Civil (o en nuestro caso Legislación Aragonesa aplicable) reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad, de cuyo núcleo central irradian con intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo". Dice también la indicada sentencia que el incumplimiento de los deberes que como padres afectan a estos en el ejercicio de su patria potestad (autoridad familiar en el Derecho Aragonés) "debe ser voluntario y no producto de la imposibilidad de asumir y cumplir tales deberes, además de persistente, no esporádico o transitorio y completo".

De lo antes expuesto, debe concluirse que la perfección del tipo penal exige que se den los siguientes requisitos:



- a) Situación generadora del deber de actuar que se produce por la existencia del vínculo entre el omitente, titular de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad (o autoridad familiar, en Derecho Aragonés) y los beneficiarios de tales deberes (los hijos).
- b) No realización de la acción (omisión)
- c) Capacidad de acción, todo ello naturalmente junto al conocimiento de quien omite la situación del deber y su capacidad de actuación.

Además debe de atenderse a que dentro del concepto o núcleo del derecho-deber que constituye el contenido de la patria potestad se encuentra el de la educación de los hijos entendida en un sentido integral, constituyendo la asistencia al Centro Educativo uno de los pilares esenciales de dicha formación, debiéndose tener en cuenta que la L.O.G.S.E. y la L.O.C.E., extiende la enseñanza básica hasta el curso **escolar** en que se cumple la edad de 16 años de edad, esto es, hasta concluir la E.S.O. (Enseñanza Secundaria Obligatoria).

En el presente caso, los padres conocen dicha obligación, y, dado el elevadísimo índice de absentismo **escolar** de su hija Ana, máxime cuando se ha acreditado que conocían lo que ocurría con su hija, por haber sido puesto su absentismo en conocimiento de los padres, omitieron los actos necesarios para impedir que dicha situación continuase, por lo que de forma voluntaria y consciente han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad o autoridad familiar, perjudicando con su conducta omisiva la educación y formación de su hija. El índice de absentismo es elevadísimo, según se acredita documentalmente y, los padres ante ello han tenido una actitud omisiva, debiendo ponerse énfasis en que en la familia ya contaban con un antecedente por un hijo con problemas similares de absentismo **escolar**.

En el acto del juicio oral, consta la declaración de la Directora de Enseñanza Secundaria Obligatoria (E.S.O.) del Colegio Hijas de San José de Zaragoza, así como la declaración de la Trabajadora Social, debiendo atenderse a dicha prueba, con base en el principio de inmediación del que ha gozado la Juez "a quo", sin que existan razones que cuestionen la valoración de la prueba practicada.

Ha existido una actitud de inhibición y pasividad por los padres, ya que tenían que haberse esforzado por cumplir con la obligación de escolarización y asistencia a clase que les compete, no habiendo realizado esfuerzo para controlar la asistencia a clase, limitándose a anteponer que la menor se encontraba enferma, siendo enfermedades de poca entidad, que no justificaban el elevado índice de absentismo. Ningún informe médico justifica un estado de salud de tal gravedad que impida la asistencia a clase.

Además, aunque es cierto que los padres, en general, pueden tener dificultades para controlar a sus hijos adolescentes, cuando ya se acercan a la mayoría de edad, lo cierto es que el incumplimiento de los padres no ha sido aislado o esporádico, sino persistente, dado el alto absentismo **escolar** de la hija, como se desprende de la prueba practicada y de los profesionales del sistema educativo que depusieron el acto del juicio que, pese a sus esfuerzos, no pudieron conseguir una actitud colaboradora en los acusados, respecto al deber que les incumbe respecto a su hija, lo que obligó a acudir a la vía penal.

Analizada la prueba practicada en el plenario no puede mantenerse que la convicción de la Magistrada-Juez Penal derivada de la prueba practicada sea errónea, irracional o ilógica, sino que debe atenderse a la inmediación que privilegia al Juez Penal, sin que se aprecie la errónea valoración que se postula. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para enervar la presunción de inocencia, es preciso, no sólo la existencia de una mínima actividad probatoria legalmente para construir enlace racional y ajustado a las reglas de la lógica deductiva entre el contenido del elemento probatorio seleccionado para sustentar el fallo condenatorio y la convicción ala que llega el órgano sentenciador. La convicción de éste debe asentarse sobre una firme y sólida base fáctica y un lógico proceso argumental para obtener, aun por las vías indirectas de la deducción valorativa de los hechos, un juicio fundado que no rompa la armonía que debe presidir todo proceso deductivo. (Vid sentencia del TS de 19 de septiembre de 1990 [RJ 1990\7191]).

Una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el órgano juzgador, su valoración corresponde al mismo, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al principio de inmediación, pues es el órgano juzgador en primera instancia quien puede ver y oír a quienes ante él declaran.

En el presente caso que se somete a consideración de esta Sala, la Juez "a quo" ha motivado el por qué de su convicción de que los hechos se han producido tal como se narran en el "factum" de la sentencia combatida.

Teniendo en cuenta que la inasistencia a clase fue elevadísima, persistente y contumaz, que la madre era conocedora de dicha situación, que no es verosímil que el padre (dado el dilatado periodo de tiempo) desconociese la falta de asistencia a clase de su hija, que no se ha acreditado que la menor tuviese imposibilidad física por razón de enfermedad **grave** para asistir al colegio y que la inasistencia se ha repetido en dos cursos **escolares** y en dos centros distintos, a saber, Colegio Hijas de San José (Josefinas) y



Colegio Salesianos, no es apreciable el motivo invocado de error en la apreciación de la prueba, siendo los razonamientos expuestos por la Juez "a quo" en la sentencia apelada lógicos, racionales y acordes con la prueba practicada en el plenario y con la documental aportada a las presentes actuaciones.

El motivo debe perecer.

SEGUNDO.- Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación del Código Penal, el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Estibaliz y Jose Ramón , CONFIRMAMOS también en su integridad, la sentencia dictada con fecha veintidós de octubre de dos mil ocho por la Ilma. Sra. Magistrado Juez Titular de lo Penal número Cuatro de Zaragoza, en las Diligencias de Procedimiento Abreviado número 80 de 2008.

Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.