



AUDIENCIA NACIONAL - Sala de lo Penal

ROLLO DE SALA 2/ 2016

APELACION CONTRA SENTENCIA

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUM. 15/2015

Órgano de origen: Juzgado Central de lo Penal

Proveniente de diligencias previas 11/14 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5

SENTENCIA

núm. 10 / 2016

Sección 3ª

Ilmos. Sres:

Don F. Alfonso Guevara Marcos- Presidente

Doña M. Angeles Barreiro Avellaneda

Doña Clara Eugenia Bayarri García

En Madrid, a 15 de marzo de 2016.

VISTO por esta Sección 3ª del tribunal el presente recurso de Apelación núm. 2/16 contra la Sentencia núm. 21/2015, de 2 de noviembre de 2015 dictada por el Magistrado del Juzgado Central de lo Penal, en el juicio oral relativo al procedimiento abreviado 15/15, interpuesto por la parte acusadora particular, Doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y en su nombre el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Requejo García de Mateo, defendida por el Letrado Don Simón Fernández Rebollo al que se ha adherido el Ministerio Fiscal.

Resulta parte apelada, el acusado xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx , representado por la Procuradora Doña Carmen Palomares Quesada asistido de la Letrada Doña xxxxxxxxxxxx.

Ha sido ponente la Sra. Barreiro Avellaneda, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Magistrado del Juzgado Central de lo Penal en el procedimiento que más arriba se indica, se evacuó dicha sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS

>>>> UNICO.- D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx contrajo matrimonio con xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el día 14 de junio de 2012 y el 12 de diciembre de 2012 nació la hija de ambos en Sevilla, siendo inscrita en Dos Hermanas (Sevilla) donde el matrimonio tenía su residencia.

En septiembre de 2013, xxxxxxxxxxxx acepta una oferta laboral de la entidad Pricewaterhouse Coopers para desarrollar su actividad laboral en Bogotá, trasladándose ambos progenitores a esta ciudad tras vencer xxxxxxxx las retenciones de Xxxxxxxxxx respecto al traslado, si bien al estar éste en situación de paro debió conformarse con lo determinado por la esposa, única fuente de ingresos del matrimonio, y precisamente dado el exhaustivo trabajo realizado por ésta tanto en España como , fundamentalmente en Colombia, Xxxxxxxxxx es el que esencialmente cuida y está en compañía de la niña hasta que entrando el matrimonio en crisis a mediados de diciembre de 2013, xxxxxxxxxxxx decide volver a casa de sus padres en España, con los que ya había convivido la pareja antes de contraer matrimonio. Para trasladar la niña a España xxxxxxxxxxxx adquirió dos billetes de la Compañía Avianca, tomando el vuelo Bogotá-Madrid del 17 de diciembre. Una vez en España xxxxxxxxxxxx avisó a D^a xxxxxxxx del traslado de la niña y que se encontraba en buen estado.

En fecha 3 de enero de 2014 xxxxxxxxxxxx presentó la solicitud de medidas cautelares, solicitando y consiguiendo que se prohibiera la salida del territorio nacional de la niña, salvo autorización expresa, lo que se acordó por auto de 30 de enero.

En fecha 30 de enero de 2014 el juzgado de 1^a instancia nº 2 de Dos Hermanas dicta Auto de medidas urgentes instadas por el padre, entregando la guarda y custodia a la madre, fijando régimen de visitas a favor del padre, y entregando la niña a xxxxxxxxxxxx que ya había llegado a España.

En fecha 7 de marzo de 2014 se dictó Auto por el mismo juzgado de medidas provisionales, a instancia de la madre estableciendo la patria potestad compartida y la guarda y custodia a favor de la madre y un régimen de visitas del progenitor no custodio, (el padre) valorando que madre e hija residirán en Bogotá, asimismo se fijaba pensión de alimentos a satisfacer por xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx y se dejaba sin efecto la prohibición de salida del territorio nacional.

En la fecha de redacción de la presente sentencia, los cónyuges están a la espera de que se dicte sentencia definitiva de divorcio. <<<

En la parte dispositiva de la sentencia se establece:

FALLO:

>>>Que debo absolver y absuelvo a XXXXXXXXXXXX como responsable criminalmente en concepto de autor del delito de sustracción de menores en el ámbito familiar del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas causadas.

Así mismo le absolvemos del delito de amenazas en el ámbito familiar del que también venía acusado. <<<

Segundo.- Notificada dicha sentencia a las partes personadas, en nombre de Doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se formalizó recurso de apelación que autoriza el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realizando las alegaciones que se contienen en el mismo, el cual ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y la Defensa de xxxxxxxxxxxxxx.

Tercero.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia se formó el correspondiente rollo de apelación, se dictó providencia no admitiendo prueba documental a la Defensa, se ha procedido a la deliberación y resolución del recurso, acto que tuvo lugar el día señalado.

II. HECHOS PROBADOS

Se confirman los hechos declarados probados en la sentencia apelada.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Articula la parte acusadora recurrente que la sentencia ha incurrido en infracción de ley y vulneración del principio de tipicidad penal por indebida inaplicación del artículo 225 bis del Código Penal.

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

Leída la exposición de motivos parece que la novedad del legislador consistente en la figura delictiva de la sustracción de menores estuviera vinculada a la exigencia de una resolución judicial, al destacar que “resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”, en los supuestos “donde se verifica la sustracción o de negativa a restituir al menor o de negativa a sustituir al menor es uno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia hayan sido atribuidas

legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor”. La doctrina de las Audiencias Provinciales no consideraba típico el traslado de un menor por un progenitor sin consentimiento de otro, si no mediaba resolución judicial o administrativa sobre el derecho de custodia.

Pero es lo cierto que el Tribunal Supremo en auto de 2 de febrero de 2012, dictado en una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, nos enseña, aunque sea por vía tangencial que El Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/2008 establece qué entiende por sustracción y cuales son los deberes de los Estados en vía civil; de ahí que se considere traslado ilícito – artículo 3 a) del Convenio – el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjunto, a una persona. “

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

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

La exposición de motivos, solo discurre para destacar la novedad más evidente, sentando un delito de desobediencia específica, cuando la conducta se despliega por un progenitor y es el otro quien tiene las facultades inherentes a la custodia del menor. Razonamos que dicho ponderación se consagró dirigida el objetivo de sancionar la desobediencia a la Autoridad administrativa que adoptaba decisiones en materia de custodia de menores, cuando era cometida por particulares, que no encajaba en los artículos 410 y 411 del Código Penal, mientras que el delito de desobediencia a la Autoridad judicial, si podía integrar el artículo 556 del CP, sin la regulación singularizada del apartado 2.2º. Y lo mismo para la sustracción del menor en detrimento de la custodia del otro progenitor en el domicilio del menor mutuamente consentido, que se saldaría con un delito ordinario de detención ilegal, a falta de regulación específica. En definitiva, “la respuesta penal clara” obedecía a tratar por igual la desobediencia a la Autoridad judicial y administrativa, pero no a excluir el reproche penal el secuestro de un menor en el puro seno del ámbito familiar. En disputas parentales sobre el menor, la reforma afecta a la conducta de privación de la custodia del menor al otro progenitor, ofreciendo la misma respuesta que conlleva la

respuesta penal unívoca, en la pena de prisión como en los efectos civiles, la pérdida de la custodia.

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

En el caso, el traslado se origina desde Bogotá lugar de residencia habitual del matrimonio y de la hija menor, por el padre, siendo que tanto éste como la madre por ley de matrimonio entre españoles (la del Código civil) tienen el derecho de custodia conjunto. De modo que la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal. Lo que es ilícito civilmente se traslada al campo penal, por aplicación de artículo 225 bis del Código Penal, y la trasposición del artículo 3 que es fuente normativa.

Por último, el artículo 5 del Convenio señala que “A los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. En última instancia, la protección del lugar de residencia del menor, y por tanto de su entorno afectivo, es el eje del artículo 225 bis.2.1º y 2º, primando el interés del menor sobre las desobediencias judiciales o administrativas y las propias discrepancias de la pareja genitora, protegiendo su marco habitual de referencia, ubicado en la residencia fijada por decisión parental, resolución judicial o administrativa. Se trata del interés del menor frente al ejercicio arbitrario del derecho de custodia ejercido ope legis.

SEGUNDO.- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución, a un proceso con todas las garantías y error en la valoración de la prueba. La parte con base en la prueba practicada, propende la inclusión de nuevos datos fácticos en el relato.

1. Para ello hay que dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional, de entre las más recientes la STC núm. 201/2012, vide. FJ 6 párrafo final, en la que se excluyó la necesidad de celebración de vista *“sobre la base de una cuestión esencial y estrictamente jurídica, sin valoración de pruebas personales, supuesto éste no susceptible de reproche constitucional por la falta de celebración de vista como ya pusimos de manifiesto en la STC*

170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, y se reiteró en la doctrina contenida, entre otras, en SSTC 34/ 2009, de 9 de febrero, FJ4; 120/2009, de 18 de mayo, FJ4 y 144/2012, de 2 de julio”. Si nos apoyamos en el apartado b) y siguientes de este motivo del recurso, debería ser oído el acusado en una vista, pero a mayores, en lo esencial la parte sostiene que no es así en orden a las comunicaciones remitidas a la esposa.

2. Considera el recurrente que en atención al relato de hechos probados” la conclusión no puede ser en modo alguno que en un clima de normalidad, el acusado informó a la madre del traslado y a donde le podía llamar, ya que en un ambiente de normalidad hubiera podido acreditar el acusado las llamadas que dice realizó y no hubiera sido necesario indicar a qué teléfono tenía que llamarle su esposa, detalle, este que no hace sino corroborar que esta desconocía donde se encontraba y como contactar con él.” (página 9) del recurso. De igual modo el recurso continúa invocando con arreglo a la prueba practicada, que se deducirían otros hechos, omitidos de la resultante probatoria, para desbaratar la simple desavenencia entre cónyuges que argumenta el juzgador de instancia.

3. Esta instancia determina que sin introducir puntualizaciones pretendidas, si se cohonestan las alegaciones sobre la base de los hechos declarados probados y la valoración de la prueba que los sostiene, el incidente de vista no es necesario.

El iter discursivo ofrecido por la resolución sostiene no sólo la simple desavenencia conyugal, sino también la ausencia de consentimiento de la madre en lo tocante al traslado, por lo que es patente que contamos con una valoración de sendos elementos radicados en la declaración del acusado, que aun tratándose de pruebas subjetivas, que no ha sido impugnada por la Defensa.

Obra en el FJ 1º (página 11) que: “Por tanto, la menor estuvo localizada y localizable desde que se produjo el traslado sorpresivo pero no delictivo de la menor” sobre la base de haberse puesto en contacto con la madre a las muy pocas horas del traslado, diciéndole que se contacte con ella a través del teléfono de la suegra de aquella (madre del denunciado) y el 22 de diciembre le comunica un nuevo teléfono de contacto.” (véase segundo párrafo de la página 11); a continuación se razona en el párrafo tercero “Añadimos a ello que con fecha 2 de enero el acusado acudió al juzgado competente solicitando medidas urgentes para que judicialmente se resolviera sobre la custodia de la niña y el régimen de visitas”.

4. Son tres datos objetivos, la constancia de la interposición de la demanda sobre medidas urgentes, aneja como documental a la denuncia que encabeza las actuaciones y documento nº 1 de los aportados por la Defensa en su escrito de oposición, así como en el documento 1 presentado por la acusación, y el reconocimiento por parte del denunciado de la comunicación de 17 de diciembre de 2013, (paso 1.06.35) y también el mensaje de 22 de diciembre (paso 1.13.41), aun sin recordar tenor exacto. Se trata de pruebas documentales y afirmaciones no impugnadas que permiten ser valoradas según la doctrina constitucional.

La Defensa no ha invocado causa de justificación probada para el traslado, y de hecho, la madre, ostenta la custodia y la ejercita en Bogotá con arreglo a sendas resoluciones del Juzgado de familia obrantes en autos.

TERCERO.- Sobre estas premisas, se extrae la intención de conseguir satisfacer su voluntad, sin que la interposición de la demanda de medidas cautelares o los mensajes, resten fuerza a la presencia del traslado a sabiendas de la falta de consentimiento del otro progenitor que mantenía la convivencia efectiva junto a la hija común.

No hay datos objetivos que permitan otra deducción, en una figura delictiva en que no se requiere un especial ánimo, como elemento subjetivo del injusto adicional. Resulta indiferente la causa de la desavenencia a salvo por una causa justificada en interés del menor que no se ha manifestado de manera convincente y el juzgador “a quo” no ha señalado para excluir el dolo en su tratamiento de la prueba ante él practicada cuando apreció “la conducta del denunciado es reprobable pues se considera que ante una probable divorcio o separación trató de obtener ventaja” (página 11). Esta matiz se valora por la Sala como un perjuicio para la menor, proceso deductivo compatible sin la celebración de vista, pues “ el proceso deductivo en la medida en que se base en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable pro los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales “ (por todas, SSTC 2272/2005, FJ2; 153/2011, de 17 de octubre, FJ3), citada en el Fj 5b) por la ya aludida STC 201/2012.

En consecuencia, es de aplicar el artículo 225 bis apartados 1 y 2. 1º que castiga el traslado de un menor, sin causa justificada, de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, al considerar cumplida la exigencia constitucional contenida en STC 196/2013, de 2 de diciembre de 2013. El Fj 6 de la resolución resolvió que “para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa la existencia de consciencia y voluntariedad por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la intencionalidad extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante.>>> pues en aquel supuesto no se había valorado adecuadamente que la resolución civil de atribución de custodia a la madre le había sido notificada por edictos a la otra parte y no se había valorado el grado de conocimiento de las obligaciones que por ello pudo incumplir ese condenado.

Resulta inviable acoger la petición subsidiaria de la Defensa sobre la aplicabilidad del apartado en su apartado cuarto, 2º párrafo, en la modalidad de devolución en los quince días siguientes a la denuncia, que solo conlleva pena privativa de libertad. Obra por los

mensajes que se elevaron a hechos probados en la instancia, la conducta del acusado informando a la madre del lugar en que se encontraba la menor, pero es palmario que no efectuó la devolución de manera inmediata. En consecuencia, de oficio, apreciamos que no cabe la causa de exculpación, aunque no se haya pedido, pero se trata de una previsión evaluable en términos del artículo 2 de la LECriminal.

Item más, la devolución de la hija tuvo lugar en ejecución del auto dictado en 30 de enero de 2014; se trata de un dato que no cuestionan las partes y, descansa en el documento presentado en la vista en el marco del procedimiento 1/14 de medidas de protección del artículo 158 del Código Civil, habiendo tenido lugar la denuncia por sustracción, no el día 27 de enero de 2015 como sostiene la parte, con arreglo a la actuación promovida en España exclusivamente, sino el día 18 de diciembre de 2015 ante la Fiscalía de Bogotá, foro derivado del domicilio conyugal, donde se observa que el hecho se califica en derecho colombiano como un delito del artículo 230 del Código Penal de dicho país que típica el ejercicio arbitrario de la custodia (vide. documento 16 adjunto al escrito de denuncia en España en folio 63), siendo tangible por la documental que desaparecidos sus dos pasaportes, hubo de esperar hasta la expedición de un duplicado (serie documental 2 aportada en la vista, unida al rollo del Juzgado de lo Penal).

CUARTO.- Las penas que se imponen se sitúan en el límite mínimo sobre la previsión del artículo 66.1.6ª del Código Penal, es decir dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad durante cuatro años, para lo que valoramos la normalización de las relaciones paterno-materno-filiales en las tres direcciones.

Habida cuenta que es firme el pronunciamiento absolutorio sobre el delito de amenazas en el ámbito doméstico y valorada la normalización familiar, se elevará exposición razonada al gobierno de la Nación en promoción del indulto parcial del condenado en atención a la incidencia episódica de la conducta y observancia del condenado de las resoluciones judiciales sobre custodia, dirigido a minorar la pena de inhabilitación de la patria potestad exclusivamente, para que a la postre la medida no resulte un perjuicio para la hija común a medio plazo, todo ello de conformidad al artículo 4.3 del Código Penal.

QUINTO.- Por imperativo del artículo 123 del Código Penal le son impuestas la mitad de las costas procesales de ambas instancias, incluyendo las de la acusación particular, al ser eje rector de la contienda y especialmente de la alzada, respecto del delito objeto de condena.



FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de Apelación deducido en nombre de Doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y en su nombre el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Requejo García de Mateo.

REVOCAMOS la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015 dictada por el Magistrado del Juzgado Central de lo Penal en el juicio oral de procedimiento abreviado 15/15.

CONDENAMOS a XXXXXXXXXXXXX como autor responsable de un delito de sustracción de menores, ya calificado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISION y a la pena de INHABILITACIÓN ABSOLUTA DEL DERECHO DE PATRIA POTESTAD POR TIEMPO DE CUATRO AÑOS.

Le son impuestas la mitad de las costas procesales y se declaran de oficio en la otra mitad.

PRACTICADAS LAS NOTIFICACIONES, SERA ELEVADA EXPOSICIÓN RAZONADA AL GOBIERNO DE LA NACION EN ORDEN A LA CONCESION DE LA GRACIA DE INDULTO PARCIAL DE LA PENA DE INHABILITACION, QUE SE ADJUNTARA AL TESTIMONIO DE LA PRESENTE PARA ANTE EL MINISTERIO DE JUSTICIA.

MANTENEMOS EL PRONUNCIAMIENTO ABSOLUTORIO POR DELITO DE AMENAZAS.

Contra esta sentencia no procede recurso ordinario alguno, salvo el de revisión, en su caso.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta Sentencia, para su conocimiento y ejecución.

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

E/

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia celebrando audiencia pública en la Sección 3ª, en el día de su fecha. Doy fe.