



Roj: **STS 1273/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1273**

Id Cendoj: **28079120012023100211**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2023**

Nº de Recurso: **3823/2021**

Nº de Resolución: **191/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 6342/2021,**  
**STS 1273/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 191/2023**

Fecha de sentencia: 16/03/**2023**

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3823/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 15/03/**2023**

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial, Sección 30ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: OVR

Nota:

Se desestima el recurso.

RECURSO CASACION núm.: 3823/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 191/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García



D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 16 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 3823/2021, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular **D. Felicísimo**, contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2021 por la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala nº 542/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2021 dictada en el procedimiento abreviado nº 285/2019 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares, por la que fue absuelta la acusada Dª María Luisa como autora responsable de un delito de sustracción de menores, y un delito de desobediencia, habiendo sido parte en el presente procedimiento el recurrente representado por el procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez; y defendido por el letrado D. José Luis Sariego Morillo, y como recurrida Dª María Luisa, representada por la procuradora Dª María Isabel Torres Coello, bajo la dirección letrada de D. Alberto León Serrano, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcalá de Henares, tramitó procedimiento abreviado núm. 165/2018 por delito de sustracción de menores, contra D. María Luisa; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares, (proc. abreviado nº 285/2019) y dictó Sentencia en fecha 8 de marzo de 2021 que contiene los siguientes hechos probados: "UNICO. - Probado y así se declara que en fecha 16 de febrero de 2016, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcalá de Henares, en procedimiento de medidas paterno-filiales de mutuo acuerdo, número 1373/2015, atribuyó la guarda y custodia del hijo menor que Don Felicísimo, tiene con la acusada, a esta, pasando a residir el menor y su madre en DIRECCION000, Santa Cruz de Tenerife, estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. En verano de 2016, la acusada decide voluntariamente trasladarse con el hijo común, Silvio, al domicilio del padre, Don Felicísimo en DIRECCION001 (Madrid), donde el menor acude a un centro escolar, que cuenta con un médico especializado que le lleva el control de insulina, así como protocolo específico del profesorado para poder atender al menor, quien está sometido a un control externo en el HOSPITAL000, Madrid. En verano de 2017, la acusada decide regresar con el menor a Santa Cruz de Tenerife, instando entonces el Sr Felicísimo, vía artículo 158 del CC, la atribución del ejercicio de la guarda y custodia del menor durante el curso escolar 2017/2018, hasta que recaiga resolución en el procedimiento de modificación de medidas, petición que le es concedida por auto de fecha 15 de septiembre de 2017. De esta resolución tiene conocimiento la acusada, al que le fue notificada, formulando su defensa, solicitud de rectificación y nulidad de la misma, que le fue desestimado por auto de fecha 23 de noviembre de 2017, recurriendo en apelación, revocando la Audiencia Provincial de Madrid, dicha resolución, archivándose la ejecución forzosa derivada de la resolución recurrida (folio 698 actuaciones). En fecha 3 de octubre de 2017, el Sr Felicísimo, viaja hasta Tenerife para recoger a su hijo, tras comunicárselo a Doña María Luisa por medio de burofax, y SMS, en este último indicándole que tenga preparada, toda la documentación del menor, material médico, informes de comida insulina de las últimas semanas, ropa del menor, a lo que Doña María Luisa le contesta que ha recibido el burofax con menos de 24 horas de antelación, y no ha podido preparar todo lo que el padre le pide, rogando que lo comunique con 72 horas de antelación. Ese día el Sr Felicísimo, acompañado de un detective llega sobre las 09:00 al aeropuerto de Tenerife Norte, esperando a que llegue la Sra María Luisa con el hijo que tienen en común, la cual no comparece, haciéndolo sus hermanas, entregando al Sr Felicísimo un documento por el que María Luisa indica que no ha tenido tiempo suficiente, acudiendo el Sr Felicísimo al Juzgado de Guardia de la Laguna, a interponer una denuncia contra María Luisa por estos hechos, después de haber acudido al domicilio donde reside el menor con su madre, atendiéndole la abuela materna, indicándole que María Luisa y el niño estaban en el colegio, acudiendo al centro escolar, donde se entrevistan con el director, y con María Luisa quien indica que no entregara al niño porque la resolución que lo acuerda está recurrida, pero que podía ver al niño a las 15:00 horas, lo que el acuso rehúsa, ante cualquier situación desagradable que pudiera acontecer.

El Sr Felicísimo de nuevo, los días 9 y 10 de noviembre de 2017 acude al colegio del menor, para solicitar documentación relativa al mismo.

El 23 de noviembre de 2017 se dicta auto en el procedimiento de ejecución forzosa 167/2017, despachando ejecución, acordando requerir a Doña María Luisa para que cumpla con lo establecido en el auto de 15 de septiembre de 2017, estos es, entregue al menor a su padre, con apercibimiento de multas coercitivas de 50 euros mensuales en caso de persistir en su conducta, auto que es rectificado por otro de fecha 23 de enero de 2018, en lo que respecta a la multa coercitiva, porque no es respecto a guarda y custodia compartida, sido



provisional paterna. El 12 de enero de 2018, Doña María Luisa es requerida en estos términos por el Juzgado de Paz de Buenavista Norte, interponiendo querrela el Sr Felicísimo en enero de 2018. Doña María Luisa en ningún momento fue requerida de incurrir en un posible delito de desobediencia, únicamente fue apercibida de la imposición de multas coercitivas.

El 26 de septiembre de 2018, el Sr Felicísimo acude con dos señores de una asociación de padres separados, y una señora, llamada Aida, que se identifica como enfermera, al centro escolar del menor, para llevárselo. Ante la situación que se genera, entre lo que decía el padre y la madre del niño, se llevan a cabo por agentes de la guardia civil, NUM000 y NUM001, gestiones telefónicas con el juzgado de Madrid que lleva el asunto de familia, donde les indican que la resolución que se pretende ejecutar por el padre está recurrida, ante lo cual los agentes le comunican que sin una orden judicial no procederían a entregar el menor, siendo los agentes denunciados por Don Felicísimo.

El 16 de Julio de 2019, el juzgado de Primera Instancia 6 de Alcala de Henares, dicta sentencia en el procedimiento de modificación de medidas definitivas, declarando no haber lugar a modificar la sentencia de fecha 16 de febrero de 2016, que atribuía a Doña María Luisa, la guarda y custodia del menor, recurrida en apelación por el Sr Felicísimo.

En el informe psicosocial unido a los autos, de fecha 7 de mayo de 2019, (folios 542 a 559) se recoge; en lo referente al ámbito sanitario: "de los numerosos informes que presenta el menor, y en concreto del servicio emitido por el servicio de salud canario con fecha 1 de marzo de 2019, se extrae que el menor: "tiene buen estado de salud, buena evolución clínica, ha acudido a revisiones del programa del niño sano sin incidencia. Tiene vacunación completa según calendario vigente. Acude al servicio de endocrinología pediátrica hospitalaria de forma continuada para sus revisiones sin presentar hasta el momento descompensaciones en su enfermedad. Así mismo, en el informe del endocrino Santiago de fecha 11 de noviembre de 2018, consta: "... que el paciente ... recibe una dieta equilibrada y la madre muestra competencia en el manejo práctico de la bomba de insulina, cálculo de reacciones e interpretación del registro de glucemia .... Las ocasionales fluctuaciones del nivel de glucosa son corregidas oportunamente por su madre quién ha recibido una adecuada formación diabetológica y ha sido la única persona a cargo del tratamiento del paciente desde su debut".

Por otro lado, de las conclusiones del citado informe se concluye que "el menor, tiene un arraigo social con el contexto materno de Tenerife. A pesar de su corta edad, realiza una valoración, muy clara, a pesar de su corta edad, manifiesta querer continuar con la situación actual, junto a su madre, y en el círculo familiar materno en Canarias, mostrando su deseo de ver a su padre en visitas" no quedando por tanto acreditada la existencia de una situación de maltrato físico y/o psíquico de la madre al menor, o la realización arbitraria del propio derecho por esta, en los términos que se formulaba acusación." (sic)

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "ABSUELVO a María Luisa de la acusación formulada por el Ministerio fiscal por un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis1.2.2º y un delito de desobediencia del artículo 556 del CP, y de la acusación formulada por Don Felicísimo, por iguales delitos, además del delito del artículo 173.2 y 455 del CP, declarando de oficio las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, comunicándoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el término de DIEZ días ante este Juzgado para la Illtrma. Audiencia Provincial de Madrid conforme al art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusación particular en nombre de D. Felicísimo, interesando la estimación del mismo el Ministerio Fiscal, e impugnándolo la acusada Dª María Luisa, dictándose sentencia núm. 225/2021 por la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 10 de mayo de 2021, en el rollo de apelación núm.542/2021, cuyo Fallo es el siguiente: "Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. COSODERO RODRÍGUEZ en nombre y representación de D. Felicísimo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares con fecha 8 de marzo de 2021, dictada en el seno del Procedimiento Abreviado 285/2019 del que dimana y se contrae el presente rollo de apelación RAA 542/2021, debemos **CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** íntegramente la resolución recurrida, declarando de oficio las costas procesales.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el nº 1º del art. 849 de la LECrim., y devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos previstos legalmente.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)



**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de la acusación particular D. Felicísimo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Por infracción de ley del art. 849.1 y 2 por inaplicación de los arts. 225 bis y 173 del CP.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 16 de noviembre de 2021, y la parte recurrida por escrito de fecha 23 de noviembre de 2021, interesaron la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de marzo de **2023**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 71/2021, 8 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares, absolvió a la acusada María Luisa de los delitos de sustracción de menores, desobediencia, maltrato y realización arbitraria del propio derecho por los que venía siendo acusada.

Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Felicísimo, impugnación que fue resuelta por la sentencia núm. 225/2021, 10 de mayo, dictada por Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Se formaliza ahora recurso de casación, en el que se hacen valer distintos motivos y submotivos que van a ser objeto de análisis.

2.- El escrito de formalización presenta no pocas dificultades derivadas de su falta de acomodo a las exigencias de los arts. 847.2.b) y 874 de la LECrim. No existe mención alguna de los artículos con arreglo a los cuales se fundamenta la discrepancia que inspira cada uno de los motivos que, dicho sea de paso, tampoco están adecuadamente individualizados.

Se impone, por consiguiente, una previa tarea de reordenación sistemática que asume esta Sala con el propósito de evitar el rechazo *a limine* del recurso, tal y como sugiere el Ministerio Fiscal (cfr. art. 885.4 de la LECrim), decisión que podría erosionar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

2.1.- Conviene recordar que, a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido "...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción" ( SSTS 547/2022, 2 de junio, 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que "...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria".

Esta interpretación restrictiva, acorde con la significado histórico del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 de la LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.



Por consiguiente, se impone un previo filtrado de las alegaciones de la defensa para constatar que el recurso promovido acepta la premisa impuesta por el art. 847 de la LECrim, que sólo habilita en estos casos la angosta vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Y no vale, desde luego, sortear este freno, impuesto por razones ligadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y a la necesidad de facilitar la labor nomofiláctica de esta Sala, mediante el artificial acomodo de alegaciones vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental, bajo un enunciado que anticipa estratégicamente que el desacuerdo se limita al juicio de tipicidad.

**2.2.-** Desde esta perspectiva han de ser rechazadas las alegaciones que se construyen con referencia implícita -no nominal- al art. 849.2 de la LECrim y que invitan a esta Sala a detectar un error probatorio basado en documentos que, por otra parte, ni siquiera se citan como demostrativos de ese error, exponiéndose al efecto de inadmisión previsto en el art. 884.6 de la LECrim.

Es también inatendible la petición que se desliza en el argumentario del recurrente de que anulemos la sentencia de instancia y devolvamos la causa con el fin de reparar la ilógica conclusión probatoria del Juzgado de lo Penal.

Idéntico rechazo merece la línea argumental que invoca la posible incongruencia omisiva en que habría incurrido la sentencia de instancia "...al no valorar el criterio de STS caso Juana Rivas, ya que entendemos que constituye un 'vicio in iudicando' que tiene como esencial la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente" (*sic*). La razón es bien sencilla: el art. 847.2.b) de la LECrim no admite, frente a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

También es inviable la argumentación construida a partir de una confusa referencia a la prejudicialidad penal que no habría sido respetada en el procedimiento civil del que trae causa el presente recurso.

Por la misma razón, esta Sala ha de prescindir de consideraciones que se vuelcan en el escrito de formalización referidas al tiempo ya transcurrido de incomunicación del recurrente con su hijo. Es el relato de hechos probados -y sólo el relato de hechos probados- el que condensa la información de la que puede disponer esta Sala para atender las quejas del recurrente que -insistimos- sólo puede cuestionar si en el juicio histórico proclamado por el Juzgado de lo Penal y avalado en el recurso de apelación por la Audiencia Provincial se describe un hecho delictivo que no ha sido objeto de sanción penal.

Incluso si el recurso se hubiera centrado, con mayor precisión casacional, en la censura acerca del relieve delictivo de unos hechos que en la instancia han sido calificados con error, otra dificultad se sumaría a ese objetivo. Hablamos, claro es, de la doctrina constitucional y de esta Sala que limita nuestra capacidad para convertir un relato de hechos probados que ha desembocado en un pronunciamiento absolutorio en una sentencia condenatoria.

Así lo advierte la Fiscal del Tribunal Supremo en su dictamen de impugnación. En efecto, la estimación de un recurso de casación contra una sentencia absolutoria choca de lleno con una jurisprudencia plenamente consolidada que impide revertir un pronunciamiento absolutorio y convertirlo en una sentencia condenatoria. Esta Sala no ha presenciado ninguna de las pruebas practicadas y no puede desplazar la valiosa aportación del principio de inmediación, con el consiguiente riesgo, además, de vulnerar el derecho de defensa de quien no ha sido oído en el proceso casacional.

Hemos reiterado -recuerdan las SSTS 171/2022, 24 de febrero; 170/2022, 24 de febrero; 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre- que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

Ahora bien, la STC 157/2013, 23 de septiembre -con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4- puntualiza que "el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales", siendo por ello precisa la



previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita la sentencia, (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, §§ 46 a 49; y de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, §§ 37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido (SSTEDH de 20 marzo 2012, caso Serrano Contreras c. España, §§ 37 a 39; y de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España, § 35)".

En consecuencia, ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del recurrente, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que ello fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia.

**2.3.-** A la vista de lo ya razonado, nuestro espacio funcional para dar respuesta a las quejas del recurrente no permite ir más allá de lo que tolera el análisis de los hechos declarados probados.

**2.3.1.-** Con esta premisa metodológica, debemos concluir que la decisión en la instancia de no considerar calificables los hechos como constitutivos de un delito de sustracción de menores del art. 225 bis.1 y 2 del CP es correcta.

La lectura del hecho probado da cuenta de la existencia de una resolución favorable al progenitor dictada en el marco de un procedimiento civil en el que se dilucidaba el régimen de custodia del hijo común. Se trata del auto de 15 de septiembre de 2017, que dio respuesta estimatoria a la solicitud que había formulado, al amparo del art. 158 del Código Civil, de que le fuera atribuido "...el ejercicio de la guarda y custodia del menor durante el curso escolar 2017/2018, hasta que recaiga resolución en el procedimiento de modificación de medidas". Es esta resolución la que habría sido desatendida por la acusada y que estaría en el origen de la responsabilidad criminal que el recurrente reivindica sea declarada.

El auto de 15 de septiembre de 2017 no puede ser entendido ni aislado en su significado procesal sin otras informaciones complementarias que se expresan en el *factum*

Ese auto dejó sin efecto la resolución anterior, dictada en el procedimiento de medidas paterno-filiales núm. 1373/2015, seguido en el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 6 de Alcalá de Henares, que había atribuido la guarda y custodia a María Luisa, fijando un régimen de visitas a favor de su padre. La inicial atribución de la guarda y custodia a la madre había sido judicialmente resuelta en el auto de 16 de febrero de 2016, tomando en consideración que María Luisa, a raíz de la ruptura, se había trasladado a vivir con su madre a la residencia familiar sita en DIRECCION000, Santa Cruz de Tenerife.

Sin embargo, después de esta resolución que adjudicaba en exclusiva la guarda y custodia a la madre y definía un régimen de visitas al padre, el relato de hechos probados precisa que algunos meses después -verano de 2016- "... la acusada decide voluntariamente trasladarse con el hijo común, Silvio, al domicilio del padre, Don Felicísimo en DIRECCION001 (Madrid), donde el menor acude a un centro escolar, que cuenta con un médico especializado que le lleva el control de insulina, así como protocolo específico del profesorado para poder atender al menor, quien está sometido a un control externo en el HOSPITAL000, Madrid".

Ese dato sobrevenido del traslado de María Luisa a Madrid y la residencia común en el mismo domicilio, como es lógico, supuso una modificación *de facto* de la resolución judicial que hacía a aquella la titular de la guarda y custodia del hijo común que, a partir de esa fecha, vivía con los dos progenitores.

Un año después, esa convivencia compartida se rompe y María Luisa decide regresar al domicilio de su madre, sito en Tenerife. Es entonces cuando el progenitor - Felicísimo - insta judicialmente la atribución de la guarda y custodia hasta tanto se resuelva el incidente de modificación de medidas que había promovido como consecuencia del traslado de María Luisa con su hijo a las Islas Canarias. Y es en el marco de ese procedimiento en el que se dicta el auto de 15 de septiembre de 2017, que es notificado cuando la madre vuelve a residir en el archipiélago, en las mismas circunstancias que, algo más de un año antes, habían determinado que fuera a ella a la que se adjudicara la guarda y custodia del hijo común.

Para lograr la efectividad de ese auto, Felicísimo se traslada a Tenerife y contacta con María Luisa requiriéndole la entrega del menor. Se produce una primera negativa que la progenitora justifica por la premura del tiempo en el que se ha producido el aviso de llegada -24 horas- cuando, en realidad, necesitaría un período mínimo de preparación de 72 horas. Después de la denuncia interpuesta ante el Juzgado de guardia por el padre y una entrevista con el director del centro en el que está escolarizado el menor, María Luisa indica "...que no entregara al niño porque la resolución que lo acuerda está recurrida, pero que podía ver al niño a las 15:00 horas, lo que el acuso rehúsa, ante cualquier situación desagradable que pudiera acontecer".

A raíz de ese primer desencuentro, se dicta una segunda resolución, fechada el 27 de noviembre de 2017, en el marco del procedimiento de ejecución forzosa núm. 167/2017, despachando ejecución y acordando "...



requerir a Doña María Luisa para que cumpla con lo establecido en el auto de 15 de septiembre de 2017, estos es, entregue al menor a su padre, con apercibimiento de multas coercitivas de 50 euros mensuales en caso de persistir en su conducta, auto que es rectificado por otro de fecha 23 de enero de 2018, en lo que respecta a la multa coercitiva, porque no es respecto a guarda y custodia compartida, sido provisional paterna. El 12 de enero de 2018, Doña María Luisa es requerida en estos términos por el Juzgado de Paz de Buenavista Norte, interponiendo querrela el Sr Felicísimo en enero de 2018. Doña María Luisa en ningún momento fue requerida de incurrir en un posible delito de desobediencia, únicamente fue apercibida de la imposición de multas coercitivas".

Este segundo requerimiento invita al progenitor, con fecha 26 de septiembre de 2018, a volver a Tenerife y dirigirse al centro escolar donde cursa sus estudios el hijo común. Acude en compañía de una persona que se identifica como enfermera y con dos miembros de una asociación de padres separados. La situación conflictiva que se genera lleva a la dirección del colegio a llamar a la Guardia Civil. Los agentes núm. NUM000 y NUM001 practican "...gestiones telefónicas con el juzgado de Madrid que lleva el asunto de familia, donde les indican que la resolución que se pretende ejecutar por el padre está recurrida, ante lo cual los agentes le comunican que sin una orden judicial no procederían a entregar el menor, siendo los agentes denunciados por Don Felicísimo".

Meses después, el 16 de julio de 2019, "...el juzgado de Primera Instancia 6 de Alcalá de Henares, dicta sentencia en el procedimiento de modificación de medidas definitivas, declarando no haber lugar a modificar la sentencia de fecha 16 de febrero de 2016, que atribuía a Doña María Luisa, la guarda y custodia del menor, recurrida en apelación por el Sr. Felicísimo".

Es a partir de este relato como debemos concluir la posible subsunción de los hechos en los delitos de sustracción de menores (art. 225 bis) o malos tratos en el ámbito familiar (art. 173.2), únicos delitos que la acusación particular considera.

**2.3.1.a.-** La Sala estima que los hechos declarados probados no son susceptibles de ser calificados como constitutivos de un delito de sustracción de menores.

El art. 225 bis señala: " 1. *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*

2. *A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*

1.º *El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*

2.º *La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa".*

La falta de trascendencia penal de los hechos, tal y como han sido descritos, no puede sostenerse con el argumento empleado en la instancia. El Juez de lo penal -con el aval de la Audiencia Provincial- viene a sugerir la existencia de una causa de justificación que operaría con vocación retroactiva, a la vista del desenlace jurisdiccional que tuvo la contienda entre ambos progenitores, que adjudicó a la madre la guarda y custodia del hijo, restableciendo así el régimen inicial que había sido dejado sin efecto mediante una resolución provisional.

En el último apartado del FJ 1º se razona en los siguientes términos: "... como quiera que el artículo 225 bis del Código Penal dice "El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor...", ese elemento típico "sin causa justificada" al menos se tambalea, y si bien es cierto que ese otorgamiento de la guarda y custodia produce efectos civiles desde que se dicta, ningún inconveniente se ve para su retroacción en alguna medida al hecho sometido a enjuiciamiento penal, es decir, la conducta de la acusada no era totalmente injustificada, y si el orden jurisdiccional civil es el genuinamente competente para el otorgamiento de la guarda y custodia, que la ha dado a la hoy acusada, en atención al interés del menor, que igualmente es el protegido en el precepto penal, flaco favor haríamos a esa coherencia interna del ordenamiento jurídico, si ahora se justificara una automática condena penal, claramente en contra del interés del menor, pues por razón de la pena quedaría inhabilitada la madre y condenada para el ejercicio de la patria potestad, de suerte que la aplicación de todo el peso de la ley, el sumo derecho, ocasionaría un tremendo agravio, efecto pernicioso incompatible con el espíritu y finalidad del precepto penal, y naturalmente con la función de los órganos jurisdiccionales de impartir justicia, que no puede desvincularse de la aplicación de los preceptos, que estatuyen de modo general, a los casos concretos y determinados".

Avalar este razonamiento conduciría a legitimar la contumaz oposición de cualquier obligado al cumplimiento de decisiones judiciales que fueran adoptadas con carácter provisional o en el ámbito que es propio de la



justicia cautelar. El auto de 15 de septiembre de 2017 que otorgaba la guarda y custodia al progenitor era una resolución vinculante, frente a la cual no cabía otra actitud que su acatamiento. Con carácter general, es evidente que la obligatoria aceptación de las resoluciones judiciales no afecta sólo a las que han adquirido firmeza, sino a todas aquellas de las que se deriva un mandato imperativo que puede hacerse efectivo conforme a las normas que regulan los actos de notificación. Sin embargo, proclamar sin ambages que la decisión judicial que obligaba a la entrega del menor era vinculante para María Luisa no puede conducirnos, sin otros matices, a afirmar el carácter delictivo de la negativa a la entrega del menor.

En efecto, la primera de las negativas que hace valer la acusada, cuando se entrevista con el progenitor que acaba de desplazarse a Tenerife para hacerse cargo del hijo común, no es una negativa abierta. Se basa en la premura con la que esa visita se ha producido y la imposibilidad de hacer efectiva la entrega en un plazo de 24 horas. En el juicio histórico se describe que Felicísimo "... viaja hasta Tenerife para recoger a su hijo, tras comunicárselo a Doña María Luisa por medio de burofax, y SMS, en este último indicándole que tenga preparada, toda la documentación del menor, material médico, informes de comida insulina de las últimas semanas, ropa del menor, a lo que Doña María Luisa le contesta que ha recibido el burofax con menos de 24 horas de antelación, y no ha podido preparar todo lo que el padre le pide, rogando que lo comunique con 72 horas de antelación".

Esa negativa se hace llegar al progenitor por medio de las hermanas de María Luisa, lo que no impide la denuncia contra ésta en el Juzgado de Guardia y la posterior visita al centro escolar en el que recibe clases el menor, momento en el que María Luisa "...indica que no entregará al niño porque la resolución que lo acuerda está recurrida, pero que podía ver al niño a las 15:00 horas, lo que el acuso rehúsa, ante cualquier situación desagradable que pudiera acontecer".

La existencia de un recurso de apelación contra la decisión judicial de privar a María Luisa de la guarda y custodia del hijo común y otorgársela a Felicísimo lleva a la acusada, de forma inapropiada, a ampararse en la falta de firmeza de esa resolución para eludir la entrega de su hijo, ofreciendo la alternativa de un encuentro con el menor a las 15:00 horas, cuando llegara a su fin el horario escolar.

Semanas después, una vez se dicta auto despachando ejecución para hacer realidad las previsiones del auto de 15 de septiembre de 2017, María Luisa recibe una notificación con el requerimiento formal de que entregue al menor a su padre, con el apercibimiento de multas coercitivas de 50 euros mensuales al que hemos hecho referencia *supra*. El hecho probado no da cuenta del decurso que transcurre desde ese requerimiento verificado en el Juzgado de paz de Buenavista Norte hasta el acontecimiento que tiene lugar el día 26 de septiembre de 2018, día en el que el progenitor vuelve a presentarse en el colegio del hijo común en compañía de otras dos personas y una enfermera llamada a atender al pequeño en su medicación. El desencuentro entre ambos progenitores lleva a dar aviso a los agentes de la Guardia Civil que, antes de tomar una decisión, contactan telefónicamente con el Juzgado de familia de Madrid en el que se tramitaban los autos. Es entonces cuando les es indicado que "...la resolución que se pretende ejecutar por el padre está recurrida, ante lo cual los agentes le comunican que sin una orden judicial no procederían a entregar el menor, siendo los agentes denunciados por Don Felicísimo".

La Sala estima que esa llamada de los agentes al órgano jurisdiccional que había dictado la resolución provisional en la que se amparaba Felicísimo y que también conocía del pleito principal dirigido a la modificación de las medidas, tuvo necesariamente que generar en María Luisa la firme creencia de que estaba legitimada para rehusar la entrega del menor. Eran dos agentes de la Guardia Civil que consultaron qué hacer ante la disputa originada entre ambos progenitores, cada uno de los cuales invocaba su propio derecho. El padre, la existencia del auto de 15 de septiembre de 2017 que le otorgaba la guarda y custodia de su hijo; la madre, la falta de ejecutoriedad de esa resolución que había sido recurrida. Y esa discrepancia valorativa fue resuelta mediante una llamada telefónica que, con la aureola de oficialidad que le proporcionaba el hecho de haber sido practicada por dos agentes de la Guardia Civil, dio la oportunidad de conocer la respuesta del órgano jurisdiccional que había practicado los requerimientos y que, por razones no hechas explícitas en el *factum*, no ratificó el requerimiento.

El juicio histórico, cuya mayor o menor riqueza descriptiva delimita el ámbito de nuestro razonamiento, no describe una actitud posterior de María Luisa reveladora de un pertinaz rechazo al cumplimiento de la decisión judicial que, como ya se ha puesto de manifiesto, fue *reinterpretada* por los agentes de la Guardia Civil que contactaron con el Juzgado que había acordado el cambio de custodia. No existen datos fácticos que enriquezcan la inicial negativa de la madre hasta proclamar su propia culpabilidad.

Se hace difícil, en consecuencia, no detectar en el *factum* una creencia errónea e invencible de estar obrando conforme a derecho, con el efecto exoneratorio que impone para tales casos el art. 14.3 del CP. Dificultad que se acrecienta si, con posterioridad, la resolución dictada en el procedimiento de modificación de medidas





definitivas declaró no haber lugar a la modificación de la sentencia inicial, fechada el 16 de febrero de 2016, que atribuyó la guarda y custodia a la progenitora.

**2.3.1.b.-** Tampoco los hechos tienen encaje en el delito de malos tratos en el ámbito familiar que tipifica el art. 173.2 del CP.

Una vez más, el relato de hechos probados proporciona la respuesta a las dudas que suscita el Letrado de la acusación particular, que entiende que la madre habría incurrido en este delito porque es maltrato psicológico "...impedir el contacto y asilar a un menor de su padre o de su madre por el otro progenitor".

En efecto, sobre la irrealidad de esos malos tratos se pronuncia la sentencia de instancia:

"...En el informe psicosocial unido a los autos, de fecha 7 de mayo de 2019, (folios 542 a 559) se recoge; en lo referente al ámbito sanitario: "de los numerosos informes que presenta el menor, y en concreto del servicio emitido por el servicio de salud canario con fecha 1 de marzo de 2019, se extrae que el menor: "tiene buen estado de salud, buena evolución clínica, ha acudido a revisiones del programa del niño sano sin incidencia. Tiene vacunación completa según calendario vigente. Acude al servicio de endocrinología pediátrica hospitalaria de forma continuada para sus revisiones sin presentar hasta el momento descompensaciones en su enfermedad. Así mismo, en el informe del endocrino Santiago de fecha 11 de noviembre de 2018, consta:" ... que el paciente ... recibe una dieta equilibrada y la madre muestra competencia en el manejo práctico de la bomba de insulina, cálculo de reacciones e interpretación del registro de glucemia .... Las ocasionales fluctuaciones del nivel de glucosa son corregidas oportunamente por su madre quién ha recibido una adecuada formación diabetológica y ha sido la única persona a cargo del tratamiento del paciente desde su debut""

Y se añade lo siguiente:

"...El menor, tiene un arraigo social con el contexto materno de Tenerife. A pesar de su corta edad, realiza una valoración, muy clara, a pesar de su corta edad, manifiesta querer continuar con la situación actual, junto a su madre, y en el círculo familiar materno en Canarias, mostrando su deseo de ver a su padre en visitas no quedando por tanto acreditada la existencia de una situación de maltrato físico y/o psíquico de la madre al menor, o la realización arbitraria del propio derecho por esta, en los términos que se formulaba acusación".

No existe, por tanto, base fáctica para concluir que esa falta de contacto del padre con el menor pueda implicar la comisión de un delito imputable a la madre y previsto en el art. 173.2 del CP. Tampoco para la hipotética comisión de un delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal, sobre el que concurriría la misma causa de exclusión de la culpabilidad a la que hemos hecho antes alusión para negar trascendencia penal al delito de sustracción de menores.

**3.-** Cuestión distinta es la necesidad de que la jurisdicción civil llamada a la resolución de conflictos familiares de esta naturaleza vuelque sus esfuerzos en hacer efectivo el derecho-función de cualquiera de los progenitores a estar en compañía de sus hijos, tal y como reconoce el art. 154 del Código Civil. La inexistencia de delito no puede validar con indiferencia una situación tan perniciosa para las relaciones familiares como la que se describe en el relato de hechos probados. De ahí la importancia de no burocratizar la queja de cualquier progenitor ante la negativa del otro a permitirle ese contacto o compañía con el hijo común. La meticulosidad en la práctica de los requerimientos que luego puedan constituir el presupuesto para la comisión de un delito de esta naturaleza o la prudencia a la hora de responder a las dudas de los agentes que contactan desde el lugar de los hechos son indispensables para evitar el frontal desacuerdo con pronunciamientos absolutorios frente a acciones típicamente antijurídicas.

**4.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

## FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. Felicísimo** contra la sentencia núm. 225/2021, 10 de mayo, dictada por la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid al resolver el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 71/2021, 8 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.ª Ana María Ferrer García

D. Leopoldo Puente Segura D. Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ