

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065499

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 340/2021, de 23 de abril de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2987/2020

SUMARIO:**Delitos contra los derechos y deberes familiares. Delito de sustracción de menores. Traslado de un menor de su lugar de residencia.**

Posibilidad de que el progenitor custodio sea sujeto activo del delito de sustracción de menores, si el otro progenitor también detenta la custodia: ... desde la consideración del tenor literal de la propia norma cuando describe la modalidad alternativa de traslado -art. 225.bis.2.1º, como de su configuración modelada por el Convenio de la Haya de 1980; como en sistemática interpretación dado el bien jurídico tutelado; como en congruencia con los precedentes de la Sala penal del Tribunal Supremo, ciertamente, el progenitor custodio, puede resultar sujeto activo del delito.

Más difícil, es la posibilidad de subsumir en el tipo legal, los supuestos también excluidos del ámbito del Convenio de la Haya, de traslado del menor por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva, donde el derecho de retorno se troca en facilitación del derecho de visita, aunque desde la jurisdicción civil, se niega que el traslado de residencia al extranjero sea inherente a la custodia sin ponderación previa de los intereses del menor; frente a lo cual, resulta cada vez más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya como condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin el consentimiento del otro progenitor.

En este caso, el traslado del menor y la presentación de medias provisionales previas a la demanda de divorcio, narran los hechos probados se producen el mismo día; es cierto que por el progenitor que resta en casa, de modo que presenta conjuntamente, solicitud de medidas urgentes al amparo del artículo 158 del Código Civil para requerir de forma inmediata e inaudita parte a la acusada para que reintegrarse a la hija menor de ambos al domicilio familiar sito en Madrid y se abstuviese de trasladar el domicilio de la menor a Tenerife; pero ello genera, una situación de crisis matrimonial donde se interesa una resolución judicial para su encauzamiento; y mientras se produce esa resolución, en esa situación no deviene exigible la permanencia de los cónyuges bajo el mismo techo; o dicho de otro modo, a efectos penales, no integra un supuesto de traslado ilícito, siempre que no conste a la vez, que con su conducta prive, con vocación de permanencia, al otro progenitor de relacionarse con el menor. No resulta descrita privación de las relaciones del menor con el progenitor que permanece en el domicilio conyugal durante la tramitación del proceso de separación, con una mínima vocación de permanencia; y cuando la resolución judicial se dicta, la custodia se otorga a la acusada por lo que no hay delito. Al no quebrantarse el derecho de custodia de ningún progenitor.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 225 bis.
Código civil, art. 158.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE

Don VICENTE MAGRO SERVET
Don SUSANA POLO GARCIA
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 340/2021

Fecha de sentencia: 23/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2987/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN SEGUNDA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2987/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 340/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 2987/2020, interpuesto por D. Luis Alberto representado por el Procurador D. Francisco Fernández Rosa bajo la dirección letrada de D. Enrique Alejandro Fernández Vargas, contra la sentencia número 824/2019 de fecha 12 de noviembre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid Sección Segunda, (Rollo de Apelación 1320/2019) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 120/19 de fecha 27 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm.16 de Madrid en la causa Procedimiento Abreviado 346/2018.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado núm. 2834/2016 por delito de sustracción de hijo menor, contra Evangelina; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 16 de Madrid, (P.A. núm. 346/2018) quien dictó Sentencia en fecha 27 de marzo de 2019 que contiene los siguientes hechos probados:

"UNICO. La acusada Evangelina, mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Luis Alberto el 30 de junio de 2007, de cuya unión nació una hija el NUM000 de 2011, fijando ambos el domicilio común en la CALLE000, nº NUM001, de la ciudad de Madrid.

El 1 de noviembre de 2016, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid dictó auto en el marco de las diligencias urgentes-juicio rápido 264/2016 en el que se denegaba la orden de protección solicitada por la acusada frente a Luis Alberto.

El 4 de noviembre de 2016, la acusada se marchó de Madrid a la ciudad de DIRECCION000, en la isla de Tenerife, llevando consigo a su hija, sin que mediase resolución judicial que amparase la modificación del domicilio familiar llevada a cabo por aquélla, no habiendo quedado acreditado que Luis Alberto desconociese dónde se encontraba su hija ni que la acusada le impidiese en todo momento las comunicaciones con la menor.

El 4 de noviembre de 2016, Luis Alberto presentó demanda de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio y de medidas urgentes al amparo del artículo 158 del Código Civil para requerir de forma inmediata e inaudita parte a la acusada para que reintegrase a la hija menor de ambos al domicilio familiar sito en Madrid y se

abstuviese de trasladar el domicilio de la menor a Tenerife, indicando como domicilio de la acusada en la isla el sito en el no NUM002 de la CALLE001 en la localidad de DIRECCION000.

Por resolución de fecha 20 de diciembre de 2016 dictada por el Director Territorial de Educación de Santa Cruz de Tenerife se autorizó la escolarización extraordinaria de la hija menor de forma provisional y condicionada hasta resolución judicial.

El 10 de febrero de 2017, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid dictó auto en el expediente de jurisdicción voluntaria 4/2016 en solicitud de medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil a instancia de Luis Alberto en el que se acordaba que la residencia de la hija menor de la acusada y de Luis Alberto se fijase en la ciudad de Madrid; procediendo requerir a la acusada para que de forma inmediata reintegrase a la menor a dicha ciudad.

El 13 de febrero de 2017 se dictó auto por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 6 de Madrid en el procedimiento de medidas provisionales previas nº 4/2016, instadas el 8 de noviembre de 2016 por Luis Alberto, en el que: se acordaba atribuir la guardia y custodia de la hija menor a la acusada, rechazando la solicitud de aquél de que le fuese atribuida y argumentando el citado órgano judicial las razones por las que tampoco procedía una custodia compartida, fijando un régimen de visitas a favor del padre.

El 29 de junio de 2017 se presentó demanda por Luis Alberto de ejecución de lo acordado en los autos dictados por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid en fecha 10 y 13 de febrero de 2017.

El 27 de julio de 2017 se dictó auto por el por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid en el procedimiento de familia-ejecución forzosa nº 171/2017 en el que se despachaba ejecución a instancia de la representación procesal de Luis Alberto frente a la acusada y se acordaba requerir a ésta para que diese cumplimiento a lo establecido en el auto de 10 de febrero de 2017, concretamente que reintegrase de manera inmediata a la menor a la ciudad de Madrid, resolución que fue notificada personalmente a la acusada.

El 14 de septiembre de 2017, la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó auto confirmando el auto de 10 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid en el expediente de jurisdicción voluntaria 4/2016 en solicitud de medidas urgentes del artículo 158 del Código Civil.

El 21 de septiembre de 2017 se dictó auto por el por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid en el procedimiento de familia-ejecución forzosa nº 171/2017 en el que se acordaba que se requiriese a la acusada para que de forma inmediata cumpliera lo establecido en el auto de fecha 10 de febrero de 2017 con apercibimiento de que, en caso de no verificarlo, incurriría en un delito de desobediencia a la autoridad.

El 4 de octubre de 2017 se notificó personalmente el auto dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 dictado el 21 de septiembre de 2017 en el procedimiento de familia-ejecución forzosa nº 171/2017.

El 4 de octubre de 2017, la acusada regresó a Madrid junto con su hija".

Segundo.

Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid dictó el siguiente pronunciamiento en la referida causa:

"SE ABSUELVE a Evangelina del delito de sustracción de hijo menor por el que ha sido acusada, declarándose de oficio las costas del juicio.

Procédase a dejar sin efectos las medidas cautelares que se encontrasen vigentes frente a Evangelina en este procedimiento."

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Luis Alberto al que se adhirió el Ministerio Fiscal; dictándose sentencia núm. 824/2019 por Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) en fecha 12 de noviembre de 2019, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 1320/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el denunciante D. Luis Alberto representado por la Procuradora Dª María Irene Arnes Bueno, y del MINISTERIO FISCAL que se adhiere, contra la Sentencia no 120/2019 de fecha 27 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal no 16 de los de Madrid en Autos: Juicio Oral no 346/2018, y, en consecuencia, confirmamos la misma en su integridad, con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada."

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Luis Alberto 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, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto por la indebida inaplicación del art. 225 bis1 y 225 bis 2.1º del Código Penal.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, a efectos de recurribilidad de la resolución y la concurrencia en su caso de interés casacional, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 25 de septiembre de 2020 interesa la inadmisión del recurso de casación por carencia de interés casacional.

Octavo.

Admitido a trámite y visto el estado de las actuaciones, la Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo en Pleno Jurisdiccional y se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El recurso que se formula es contra la sentencia de la Audiencia Provincial dictada en apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal; modalidad casacional cuya viabilidad se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma operada en la por ley 41/2015, específicamente en el apartado b) al art. 847.1 LECrim, donde limita su procedencia al motivo por infracción de ley previsto en el número 1º del artículo 849.

1. Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, seguido de manera pacífica en un ingente número de resoluciones de esta misma Sala, establece de manera sistematizada el alcance de esta modalidad casacional; y entre otros apartados indica que los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales, sin perjuicio de que puedan invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva; y así mismo que los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

2. Además en el caso de autos, el recurso se formula contra una resolución absolutoria, donde el ejercicio de subsunción que posibilite una resolución condenatoria, no sólo debe atenerse a la intangibilidad del relato probatorio, sino así mismo de todo elemento factual vertido en la fundamentación.

3. En definitiva, como resulta entre otras varias de la STS núm. 169/2021, de 25 de febrero, la técnica de la casación penal exige que, cuando el motivo formulado es por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de legalidad, de modo que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente debe limitarse al contenido del hecho probado (STS 799/2017, de 11 de diciembre y STS 315/2019, de 18 de junio); no cabe alterar el relato histórico declarado probado; y a mayor abundamiento, como además de tratarse de un motivo por infracción de ley, se insta con su formulación la revocación del pronunciamiento absolutorio de instancia, se redobra la imposibilidad de trocar la valoración probatoria o de cambiar el apartado fáctico de la resolución recurrida, sin haber practicado el tribunal que ahora resuelve prueba alguna y sin oír a los acusados (SSTEDH recaídas en los asuntos Lacadena Calero, Valbuena Redondo, Serrano Contreras, Vilanova, Nieto Macero, Román Zurdo, Sainz Casla, Porcel Terribas, Gómez Olmeda, Atutxa, etc.). Mientras que la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley: 363/2017, 19 de mayo; 340/2017, de 11 de mayo; 162/2017, de 14 de marzo, etc.).

La jurisprudencia europea no permite en los casos que hayan de suponer un agravamiento para la persona acusada, revisar el juicio de culpabilidad, sin audiencia del acusado; audiencia que no ha tenido lugar, ni tampoco se encuentra prevista en la ley ((acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 19 de diciembre de 2012, invocado en numerosas resoluciones como la STS 751/2018, de 21 de febrero de 2019); y esa consideración intangible del relato de hechos probados la extiende también en estos supuestos, a las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual (STEDH Almenara Álvarez c España, de 25 de octubre de 2011 , § 49) contenidos en la fundamentación de la resolución.

4. En cuya consecuencia entre otros elementos que conforman el sustrato fáctico y a los que debemos atenernos, pero se encuentran fuera del específico apartado de hechos probados, ya en asertiva forma ya en argumentativa valoración, obran entre otros, en las sentencias contestes de ambas instancias, los siguientes:

El 1 de diciembre de 2017 dictó sentencia el Juzgado de Violencia sobre Mujer nº 6 de Madrid en el procedimiento de familia-divorcio contencioso nº 22/2016 instado por Luis Alberto en cuyo fundamento cuarto se indica que la menor regresó a Madrid con su madre el día 4 de octubre de 2017 en el que se atribuía la guardia y custodia de la menor a la acusada (folios 562-576).

El 15 de octubre de 2018 se dictó sentencia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid en el procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso nº 38/2018, en la que se afirma que la acusada y su hija menor no han podido acceder al uso y disfrute de la vivienda familiar que le fue atribuida en sentencia al haberse alquilado a un tercero, incumpléndose lo que se acordó en sentencia de divorcio. Asimismo se indica que no se ha ofrecido a la acusada una vivienda alternativa pese a que Luis Alberto es propietario, junto con su madre y hermanos, de dos empresas familiares dedicadas a negocios inmobiliarios, disponiendo de inmuebles destinados al alquiler o venta, motivo por el que, amén de la falta de oposición de Luis Alberto y en interés de la hija menor de edad, procedía acordar la modificación del cambio de domicilio de la menor y que viviese junto a la acusada en la isla de Tenerife (documental aportada por la defensa en el plenario).

(...) el juzgador a quo duda de su versión (del denunciante) y en concreto sobre su afirmación relativa a que cuando se marchó la acusada a Tenerife desconocía dónde se encontraba su hija, porque (como mantiene la acusada) a efecto de notificaciones, en la demanda de medidas provisionales se designaba como domicilio de la demandada, (hoy apelada), precisamente el que ocupaba, siendo el mismo al que remite un burofax (f. 298 y 299 TA), es decir: CALLE001 nº NUM002- CP NUM003 DIRECCION000 (Tenerife). Y añade el juzgador un dato crucial cual es que consta que contrató al detective para conocer el centro escolar de la niña, no para averiguar su domicilio, tal y como relató a la psicóloga adscrita a los JVSM (véase en concreto f. 1307 vto.) a la que asimismo indicó que la contratación de detectives también lo fue "tanto en Madrid como en Tenerife para comprobar su desahogado estilo de vida y la existencia de su amante" (pues reitera que la acusada lo tenía); al igual que le narra que, "mantenía comunicación con su ex pareja, que en semana santa el encuentro con la niña fue "sorprendentemente positivo" y su ex pareja desobedece el auto que le obligaba a regresar a Madrid y escolarizar a la niña en la capital, pidiendo él la ejecución de la medida una vez finalizado el curso escolar en Tenerife".

Segundo.

El recurrente, acusación particular, formula su motivo al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto por la indebida inaplicación del art. 225 bis.1 y 225 bis.2.1º del Código Penal.

1. Alega que los hechos probados de la sentencia de instancia, aceptados por la de apelación, recogen los elementos del delito de sustracción de menores por el progenitor; rechazando la absolución fundada en la interpretación de que el delito exige que quien sustrae al menor sea el progenitor no custodio, pues cuando ambos progenitores tienen atribuida la custodia, como es el caso de autos, y se produce el traslado del menor por uno de ellos aún sin el consentimiento del otro, si no media resolución judicial o administrativa sobre el derecho de custodia, no se comete el delito; tesis sustentada por las numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que se mencionan; y que, a juicio del recurrente, está en contradicción con la doctrina de la sentencia 10/2016, de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que fundada en un ATS de 2 de febrero de 2020, dictado en una cuestión de competencia, y en el Convenio de 25 de octubre de 2008 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, considera delictivo el traslado del menor sin hacer distingo alguno; considerando que en este caso resulta irrelevante que el denunciante tuviera conocimiento del lugar donde vivía la menor, al no establecer el tipo penal dicho elemento.

2. Efectivamente, la jurisprudencia menor de las Audiencias, se encontraba absolutamente fracturada en esta cuestión, por lo que conviene precisar el origen y ámbito de la norma, muy directamente conectados con la concreción del bien jurídico tutelado.

Esta norma sanciona la sustracción de menores y a su vez describe dos conductas alternativas que integran esa conducta:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

El término sustracción en este ámbito más que hurto o robo fraudulento con que lo define el Diccionario de la lengua español (DEL) en su segunda acepción, se corresponde con la primera: apartar, separar; y así cuando expresa la norma se considera sustracción, realiza una tarea de equiparación, no tanto con la modalidad de traslado, donde se opera su concreción y definición, como en relación a la modalidad de retención que precisa de asimilación normativa, al no corresponderse semánticamente con la sustracción (cifr. núm. STS 870/2015, de 19 de enero de 2016).

Se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan varias conductas, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que sólo contempla la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa del traslado, donde la conducta se tipifica sin distinguir alguno, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal.

Pero la fragmentaria explicación de la Exposición de Motivos de la LO 9/2002 y el acercamiento a la norma desde la contemplación individualizada de sólo una de las conductas típicas alternativas del art. 225 bis con olvido de su consideración general, dificultó sobremanera su inteligencia.

3. En cuanto al origen del art. 225 bis, conviene remontarse al consenso doctrinal que entendía que el Código Penal de 1995, respondía de modo insatisfactorio al delito de sustracción de menores por sus propios progenitores en situación de crisis familiar e incluso también en contra de las decisiones judiciales, por cuanto normalmente no se acomodaba a la conducta de detención ilegal prevista en el art. 163 y modalidad agravada del art. 165, de donde restaba meramente como tipo residual de recogida, si mediara resolución judicial o administrativa, el delito de desobediencia (SSTS núm. 373, de 15 de marzo de 1983 ó núm. 2.486, de 5 de julio de 1993).

El Defensor del Pueblo, haciéndose eco de las dificultades que atraviesan los padres al tratar de recuperar a su hijo que sustraído por el otro progenitor ha sido trasladado en la mayoría de las ocasiones a otro país, ponderando que para su resolución ya existían diversos Convenios internacionales, pero la norma penal era deficitaria, entiende que es necesario un tratamiento específico para tipificar el "secuestro parental" y no sólo por lo atentatorio que resultan este tipo de conductas para la libertad del menor, sino también para poder contar con un delito autónomo que permita iniciar los mecanismos internacionales de cooperación y así dar una respuesta más eficaz a la solución de estos conflictos, por lo que recomienda se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición (recomendación número 66/99 de 17 de noviembre).

Acogida la recomendación en sendas proposiciones de Ley, luego unificadas en 2001, darían lugar al alumbramiento del artículo 225 bis por LO 9/2002.

De las proposiciones de Ley resulta que la finalidad era evitar la insuficiencia del art. 165 CP y del informe de la ponencia al unificarlas, en cuanto a la modificación del Código penal, además de referencias al art. 224 y al 622, proponía:

- La creación de una nueva sección en el Capítulo III del Título XII del Libro II relativa al delito de sustracción de menores.

- Integrada por un nuevo artículo, con el número 225 bis, en el que se describen las nuevas conductas penadas y se delimitan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Todo ello de conformidad con el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

- Mejor dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares que en otra sede diferente del Código Penal.

El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en su artículo tercero considera que hay sustracción ilícita "cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" y "cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención".

Definición que no exige resolución judicial o administrativa previa que atribuya el derecho de custodia, al prever expresamente el Convenio que tal derecho de custodia podría derivar de una atribución legal, por resultar

así previsto en el ordenamiento estatal o por una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Como sí exige y su título revela el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos; escasamente utilizado por la dificultad y tiempo que conlleva la obtención del exequátur previsto, frente a la acción directa de retorno del menor del Convenio de la Haya.

Por otra parte, aunque en la relaciones entre los Estados de la Unión Europea, rige el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también conocido Reglamento de Bruselas II bis, hasta el 1 de agosto de 2022 que se aplicarán las modificaciones del Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, normativa europea se parte expresamente en esta materia de la aplicación de las disposiciones del Convenio de la Haya, si bien con la complementariedad de las previsiones de sus Capítulos III y IV (art. 96).

Es decir, la normativa de derecho internacional privada tuitiva de la evitación del secuestro parental comúnmente aceptada y aplicada, que sirvió de modelo para la configuración y redacción del art. 225 bis, no diferencia en el traslado ilícito, los supuestos donde la custodia quebrantada era consecuencia de previsión legal, acuerdo con eficacia jurídica o derivaba de resolución judicial o administrativa.

Aún cuando el tipo penal goza de autonomía absoluta respecto del Convenio que le sirve como modelo referencial, sirve en este apartado el contenido del Convenio como pauta interpretativa, para concluir que no se trata de que sólo el progenitor custodio pueda incurrir en traslado o retención ilícita, pues esta exclusión del sujeto activo, solo resulta predicable del progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta y con independencia del régimen de visitas establecido; de modo que, en casos de atribución conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia.

Así, la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016, entiende adecuadamente subsumidos los hechos en el art. 225 bis porque la conducta del acusado impidió que los menores estuvieran con su madre, así como que ésta ejerciera los derechos y deberes que le correspondían, inherentes a la custodia compartida, precisando que no se trataba de la simple privación de alguna concreción del derecho de visita.

Término de custodia, referido a los menores, utilizado en los trabajos legislativos e incluso en la redacción final de la Ley 9/2002, claramente proveniente del art. 5 del Convenio de la Haya (y en manera derivada el art. 2 de Reglamento (CE) nº 2201/2003), que contenía la siguiente definición (a efectos del Convenio) del " 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 diferencia al " derecho de visita" que comprende el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. En época, donde con esa denominación y connotación, no aparecía en esa fecha, 2002, en el Código Civil (sí en la 'adjetiva' Ley de Enjuiciamiento de 8 de enero de 2000 y vigencia un año después, que usaba en dos ocasiones la locución "guardia y custodia" -arts. 769 y 770- y exclusivamente custodia en el art. 771).

De este modo, se procura lograr una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resultaba eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, que no permite entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, con cuál de los progenitores el menor estaría mejor atendido; sólo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas, la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que el superior interés del menor se concreta en el Convenio de la Haya en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.

4. Ciertamente, la Exposición de Motivos, no resulta explícita este sentido. En la tramitación de las proposiciones de ley, luego unificadas, que dieron lugar a la Ley 9/2002, a su paso por el Senado, sin cambiar el texto de la norma, salvo para establecer un límite temporal a la pena de privación de la patria potestad, se dotó a la proposición "de una Exposición de Motivos en la que se recogen las razones a las que responde esta iniciativa legislativa", con la única justificación de que carecía de ella, donde se indicaba: El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Exposición, que en vez de clarificar, dificultó grandemente la interpretación de la norma, pues si bien es cierto que la motivación de su tipificación era la consecución de un tipo específico y que estas conductas no persistieran sancionadas como un supuesto de desobediencia del art. 556, esta última consecuencia, sólo era predicable cuando mediara previamente, una resolución judicial (en su caso administrativa), mientras que restaba aún una gran parte de comportamientos de "secuestro parental", que también se procuraba y atendía tipificar, respecto de los cuales, ni siquiera resultaba posible condenar por desobediencia, al corresponderles la custodia por atribución legal sin haber resultado modificada esa situación por resolución judicial.

No olvidamos que aunque carente de valor normativo, la Exposición de Motivos (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), conjuntamente con su tramitación parlamentaria, "constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas" (SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 7; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6; y también STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6).

Por ello, más allá de su tenor literal, hemos de ponderar sistemáticamente, que en este caso la Exposición o Preámbulo fue incorporado ex post, por quien no había intervenido en la configuración del cuerpo normativo; que aún así, efectivamente aporta una interpretación finalista, pero que sólo resulta inteligible si se entiende su dimensión parcial, restringida a la conducta del art. 225 bis.2.º, la alternativa típica que precisaba aclaración, pues si bien con anterioridad a la norma podía resultar típica a través del delito de desobediencia, la retención no se compadecía en su estricta literalidad con la término sustracción; mientras que, como hemos visto, en la inicial ponencia unificada donde se redacta el texto del articulado (BOCG de 11 de junio de 2001, Serie B, núm. 6-10), luego definitivamente aprobado, sin discusión o debate ulterior en toda la tramitación, que alterara la opción de su ubicación sistemática y la explicación que otorgaba al modo en que se había configurado, indicaba que la norma tipificaba comportamientos de traslado o retención de menores descritos como ilícitos en la Convenio de la Haya; y en esta norma convencional, como hemos reiterado no discrimina el derecho de custodia del menor adquirido por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, con el derecho de custodia adquirido por resolución judicial o administrativa.

En todo caso, incluso el estricto tenor literal de la Exposición de Motivos, en nada permite concluir que el componente principal en esta nueva tipología fuere la desatención frente a la Administración de Justicia, integrado por la desobediencia a sus resoluciones, sino meramente el deseo de evitar la tipificación a través de la desobediencia genérica; caben otras muchas posibilidades, que no sean un tipo configurado como desobediencia específica, como la alternativa que resulta de la propia ubicación sistemática, desde un inicio enunciada por la Ponencia unificada.

5. Ello conecta directamente con el bien jurídico tutelado, cuya concreción nos permite acotar las conductas penalmente sancionadas.

En principio, aunque se invoque con frecuencia el interés superior del menor y la propia Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, exhorta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11); tan esencial interés, que integra sin duda un primordial criterio de ponderación interpretativo, o criterio referencial metodológico, sigue precisando de anclaje en un concreto bien jurídico tutelado por la norma penal.

Además, como la jurisprudencia incluso ya con el anterior Código, doctrina y Defensor del Pueblo, han puesto de relieve este bien jurídico no pudo ser identificado con la libertad y seguridad del menor.

A partir de la motivación de la tipificación de esta conducta, ciertamente con sustantividad y autonomía propia, pero directamente inspirada y conformada a partir de las conductas de traslado y retención ilícitos contempladas en el ámbito del derecho internacional privado y más concretamente en el Convenio de la Haya de 1980, en directa y congruente relación con su ubicación sistemática, en Capítulo dedicado a "De los delitos contra los derechos y deberes familiares" dentro del Título XIII, rubricado como "Delitos contra las relaciones familiares"; ha de ser puesta en directa relación con el derecho de custodia, cuyo quebranto determina el traslado y retención ilícita en aquella normativa, como instrumento de estabilidad en las relaciones familiares sobre los menores que recaiga, donde el evitar los cauces legalmente establecidos para resolver los supuestos de desacuerdo entre los progenitores y acudir a vías de hecho para conseguir esa custodia, genera lógicamente la desestabilización de esas relaciones, en cuanto se le cercenan con parte de los integrantes de esa familia.

Es decir, contemplando siempre como criterio finalístico el principio rector del superior interés del menor, se concreta en uno de sus aspectos, la tutela del derecho de custodia formalmente establecida, en cuanto su desconocimiento por vías de hecho genera el riesgo para el menor de privarle de sus relaciones con el otro progenitor, de originarle problemas de adaptación, psicológicos, afectivos...; pero a través de una protección anticipada, como mera situación de riesgo, pues por una parte igualmente incurre en comisión típica el progenitor que traslada a un hijo al extranjero y allí consigue una resolución que prohíba salir de ese país al menor, aunque no impida y de hecho el otro progenitor contacte frecuentemente con ese menor; por otra, tampoco exige el tipo que esa serie de riesgos afectivos o adaptativos se concreten; como tampoco evita la comisión delictiva, que

efectivamente en atención a las circunstancias en el momento del secuestro, el progenitor que realiza el traslado o lo retiene, estuviere objetivamente en mejores condiciones para custodiar al menor; al margen de la potencial concurrencia de causas de justificación, algunas también contempladas en el contenido en el Convenio.

Se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de la Haya, en evitación de que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello.

En cuya consecuencia, como a su vez abundantemente ilustran resoluciones de la jurisprudencia menor proveniente de las Audiencias Provinciales, debemos concretarlo en el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos; se atiende a evitar las consecuencias que la violación del derecho de custodia supone y el modo en que se realiza, al margen los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaída en el cauce establecido.

De ahí que se sancione la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar en el modo reseñado las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca de límite; y donde la permanencia de los menores en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa de derecho internacional privado, al margen de criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela como una consecuencia favorecida con la estabilidad de la relaciones familiares y la evitación de conductas de sustracción.

Coincide con uno de los derechos establecidos en la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992), donde el Parlamento en su apartado 7, dentro del listado de peticiones, incluye en el subapartado 14: En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño. Se deberán adoptar pronto las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales -perpetrado por uno de los padres o por un tercero-, ya tenga lugar en un Estado miembro o en un tercer país.

Igualmente el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras proclamar el interés superior del menor, en su apartado tercero establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

Inclusive la propia Circular FGE 2/2012, aunque indica que la voluntad legislatoris de la LO 9/2002, obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, cuando en expresión propia indica la finalidad de la reforma, sin remisión a su Exposición de Motivos, incide en la defensa de los derechos del progenitor custodio y lógicamente y también del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia.

Ello no se contradice, como es patente, que en el caso del 225.bis.2.º, en cuanto que además se parte del incumplimiento de una resolución judicial, su inobservancia asimila la configuración de una desobediencia, donde los intereses de la administración de justicia, conforman en adicional aportación, su naturaleza pluriofensiva.

6. En definitiva, desde la consideración del tenor literal de la propia norma cuando describe la modalidad alternativa de traslado - art. 225.bis.2.1º, como de su configuración modelada por el Convenio de la Haya de 1980; como en sistemática interpretación dado el bien jurídico tutelado; como en congruencia con los dos precedentes de esta Sala, el Auto de 2 de febrero de 2012 recaído en la cuestión de competencia 20540/2011 (donde se proseguía procedimiento por el traslado del menor contra uno de los progenitores que tenía su custodia por atribución legal) y la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016 (donde recaía condena sobre progenitor que tenía a su favor la custodia compartida del menor), ciertamente, el progenitor custodio, puede resultar sujeto activo del delito.

Más difícil, es la posibilidad de subsumir en el tipo legal, los supuestos también excluidos del ámbito del Convenio de la Haya, de traslado del menor por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva, donde el derecho de retorno se troca en facilitación del derecho de visita, aunque desde la jurisdicción civil, se niega que el traslado de residencia al extranjero sea inherente a la custodia sin ponderación previa de los intereses del menor (STS Sala Primera 536/2014 de 20 de octubre de 2014); frente a lo cual, resulta cada vez más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya como condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin el consentimiento del otro progenitor.

Tercero.

Desde las anteriores consideraciones, en relación a los hechos probados, como bien discrimina la inicial sentencia, deben ser diferenciados dos períodos:

i) desde que la acusada se marcha a Tenerife junto con la menor a principios de noviembre de 2016 hasta que se dicta el 13 de marzo de 2017 auto por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 6 de Madrid en el procedimiento de medidas provisionales previas nº 4/2016, instadas el 8 de noviembre de 2016 por Luis Alberto, en el que se acordaba atribuir la guardia y custodia de la hija menor a la acusada, rechazando la solicitud de aquél de que le fuese atribuida y argumentando el citado órgano judicial las razones por las que tampoco procedía una custodia compartida; y

ii) desde el 13 de marzo de 2017 hasta que la acusada regresó a Madrid con su hija el 4 de noviembre de 2017.

Desde la perspectiva del art. 225 bis, único delito objeto de acusación, lo que nos exime, a la vez que obliga a prescindir de cualquier otra tipicidad y de conformidad con lo expresado hasta ahora, dada a redacción de la conducta típica, en correlación a las previsiones del Convenio de la Haya, en relación con el segundo período, ningún delito es predicable de la conducta de la acusada, quien a partir del 13 de marzo de 2017 tenía en exclusiva la custodia de la menor y por tanto teniendo a la menor en su compañía no infringía derecho de custodia alguna. Conducta que en la actualidad, ni siquiera en el ámbito del Convenio de la Haya, se contempla como traslado ilícito.

Más problemática, se presenta la calificación de la conducta en el primer período. Pues en principio media un traslado de la menor por uno de los progenitores, que la traslada del domicilio habitual, que es cuestionado por el otro progenitor. Sin embargo, median dos circunstancias, que impiden que la conducta de la madre, pueda ser considerada típica: i) la situación de ruptura matrimonial que dificultaba la permanencia de toda la familia en el mismo domicilio; y ii) el traslado, alejamiento, separación o desplazamiento del menor no generaba una ruptura de sus relaciones con el otro progenitor.

Decíamos que se trataba de tutelar la paz en las relaciones familiares, en su concreción con el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos.

En autos, el traslado del menor y la presentación de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, narran los hechos probados se producen el mismo día; es cierto que por el progenitor que resta en casa, de modo que presenta conjuntamente, solicitud de medidas urgentes al amparo del artículo 158 del Código Civil para requerir de forma inmediata e inaudita parte a la acusada para que reintegrase a la hija menor de ambos al domicilio familiar sito en Madrid y se abstuviese de trasladar el domicilio de la menor a Tenerife; pero ello genera, una situación de crisis matrimonial donde se interesa una resolución judicial para su encauzamiento; y mientras se produce esa resolución, en esa situación no deviene exigible la permanencia de los cónyuges bajo el mismo techo; o dicho de otro modo, a efectos penales, no integra un supuesto de traslado ilícito, siempre que no conste a la vez, que con su conducta prive, con vocación de permanencia, al otro progenitor de relacionarse con el menor.

Este tipo de conductas, como ponen de relieve múltiples resoluciones de las Audiencias, se suelen realizar cuando se rompe la relación matrimonial o de hecho y, entonces, en esa fase previa todavía no existe resolución judicial alguna que determine a qué progenitor se le concede la custodia del hijo; siendo así que el que considera inminente que va a perderla opta por llevarse al menor, evitando de ese modo que tenga efectividad la resolución que al efecto pueda dictarse, privando en consecuencia al otro de relacionarse con el menor.

Pero no resulta predicable de quien en esa situación, ante la crisis matrimonial sale del domicilio común con el menor, se tramita en paralelo por el cauce judicial establecido la solución, pero no impide que siga relacionándose con el otro progenitor, ni evita el efectivo cumplimiento de la resolución judicial que recaiga.

En autos, resulta primordial atender a que las resoluciones judiciales, cuando existe procedimiento judicial al efecto desde el mismo día en que se rompe la convivencia en común, en ningún momento ponen en cuestión la custodia de la menor a favor de la acusada; así, las primeras datadas en febrero, el auto del día 10, meramente acuerda que se fije la residencia de la hija menor en la ciudad de Madrid, no en el domicilio que hasta entonces había sido el habitual; y el auto del día 13, se acordaba atribuir la guardia y custodia de la hija menor a la acusada, rechazando expresamente la solicitud del padre y acusador particular de que le fuese atribuida así como la improcedencia de una custodia compartida, fijando un régimen de visitas a favor de la denunciada.

Precisa el Ministerio Fiscal, que la sentencia del Juzgado de lo Penal declara que "no ha quedado acreditado que Luis Alberto desconociese dónde se encontraba su hija ni que la acusada le impidiese en todo momento las comunicaciones con la menor"; y para fijar el hecho probado tiene en cuenta la declaración de la acusada que manifestó que Luis Alberto era consciente de que se iba a Canarias porque sus padres fueron a buscarla y él autorizó verbalmente su decisión cuando se encontraban en la puerta de su domicilio, existiendo un acuerdo verbal para que se fuese también con ella la hija de ambos; declaración que contrasta con las explicaciones dadas por el testigo denunciante, que el propio juzgador expresa que le suscitan dudas (FJ 3º); prueba genuinamente personal que es examinada también por la sentencia de apelación (FJ 3º) para concluir que las inferencias que se combaten no pueden ser más lógicas y racionales". Este sustrato fáctico lo enlaza con la STC 196/2013, de 2 de diciembre para poner de relieve la falta de acreditación del elemento subjetivo.

Efectivamente, la privación de las relaciones de la menor con el padre, no parece acreditada; ya en la demanda formulada por el padre, el mismo día 4 de noviembre de 2016, cese de la convivencia, designa como domicilio donde notificar a la acusada, aquel donde efectivamente se encontraba con la menor en DIRECCION000, interesando que la residencia se traslade de Madrid a Canarias; situación para quien es "propietario, junto con su madre y hermanos, de dos empresas familiares dedicadas a negocios inmobiliarios", no resulta un especial obstáculo para relacionarse con la menor, en un régimen de visitas adaptado a esa circunstancia. También recoge la sentencia de apelación, que el progenitor denunciante narró que "mantenía comunicación con su ex pareja, que en semana santa el encuentro con la niña fue "sorprendentemente positivo", y su ex pareja desobedece el auto que le obligaba a regresar a Madrid y escolarizar a la niña en la capital, pidiendo él la ejecución de la medida una vez finalizado el curso escolar en Tenerife".

En todo caso, conviene recordar, que no es lo mismo la fijación de la ciudad de residencia que la alteración del régimen de custodia, núcleo de la conducta típica.

En definitiva, no consta la privación de la relación del padre con la menor, más allá de la interinidad que conlleva en una crisis familiar la espera de la decisión judicial en proceso que se inicia el mismo día en que cesa la convivencia familiar y se procede al traslado del menor del domicilio hasta entonces común de ambos progenitores. La resolución otorga la custodia de la menor a la madre. Quien además cuando es requerida, retorna con la menor a la ciudad donde el domicilio común se encontraba.

Precedentes, que incluso con abstracción hecha de la falta de la acreditación del elemento subjetivo que invoca el Ministerio Fiscal, desde la consideración del bien jurídico protegido de esta modalidad de infracción del régimen de custodia, incurso entre los delitos contra las relaciones familiares, determinan la atipicidad de la conducta; pues no resulta descrita privación de las relaciones del menor con el progenitor que permanece en el domicilio conyugal durante la tramitación del proceso de separación, con una mínima vocación de permanencia; y cuando la resolución judicial se dicta, la custodia se otorga a la acusada. Encauzada judicialmente la crisis familiar y estando a su resolución, no se quebranta el bien jurídico que tutela esta tipicidad.

Por ello, no es impedimento a la anterior conclusión, el Auto de esta Sala, citado por el recurrente, ciertamente en cuestión de competencia, pero sumamente ilustrativo, de 2 de febrero de 2012, rec. 20540/2011, donde en situación de custodia correspondiente a uno y otro progenitor que residían en Estados Unidos, la madre de manera unilateral trasladó al menor común a Madrid, en situación de hecho, que cuando la cuestión de competencia se suscita se prolongaba ya más de año y medio. Resolución que igualmente recalca la relación del Convenio de la Haya de 1980 con el art. 225 bis y por tanto la posibilidad, de la que esta resolución también parte, de que el progenitor custodio pueda ser sujeto activo del delito, en supuestos de custodia conjunta por atribución legal o custodia compartida por resolución judicial o convenio judicialmente aprobado.

Cuarto.

De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de desestimación del recurso, las costas procesales se impondrán al recurrente.

FALLO

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

Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación de D. Luis Alberto en su condición de acusación particular, contra la sentencia número 824/2019 de fecha 12 de noviembre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid Sección Segunda, (Rollo de Apelación 1320/2019) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 120/19 de fecha 27 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal num.16 de Madrid en la causa Procedimiento Abreviado 346/2018; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar
Miguel Colmenero Menéndez de Lurca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García
Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.