

Audiencia Provincial de La Rioja, Sentencia 216/2021 de 21 Oct. 2021, Rec. 26/2021

Ponente: Aramendia Ojer, María del Puy.

Nº de Sentencia: 216/2021

Nº de Recurso: 26/2021

Jurisdicción: PENAL

La entrega voluntaria del menor a su madre una vez requerido por la policía, no exime del delito de sustracción de menores cometido por el padre

Cabecera

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Negativa del acusado de retornar al menor a la madre incumpliendo reiteradamente las resoluciones judiciales que así lo ordenaban. El acusado impidió el normal desarrollo del régimen de custodia compartida establecida, reteniendo al niño consigo y durante más de un año la madre no pudo disfrutar de la compañía de su hijo ni ejercer la custodia que le correspondía, sin que se haya acreditado la concurrencia de causa de justificación de dicha conducta. Ante la declaración de ilicitud del traslado por el Juzgado civil, el padre se niega a entregar al menor, y no es hasta que es requerido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando finalmente reintegra, en ese momento voluntariamente, al hijo común a la madre. Aplicación del subtipo atenuado al entregar al menor en los quince días siguientes desde que se interpusiera la denuncia.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AP La Rioja desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Logroño, y confirma la condena del acusado por delito de sustracción de menores.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 LOGROÑO

SENTENCIA: 00216/2021

-

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296 568

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: MCG

Modelo: 213100

N.I.G.: 26089 43 2 2020 0003144

RJR APELACION JUICIO RAPIDO 0000026 /2021

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 3 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: JUICIO RAPIDO 0000047 /2020

Delito: SUSTRACCIÓN DE MENORES

Recurrente: FELIPE

Procurador/a: D/Dª MARIA TERESA ZUAZO CERECEDA

Abogado/a: D/Dª DAVID NIETO CALVO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, LAURA

Procurador/a: D/Dª, MARIA LUISA MARCO CIRIA

Abogado/a: D/Dª, NURIA PEREZ MELEGO

SENTENCIA Nº 216/2021

ILMOS/AS SR./SRAS MAGISTRADOS/AS

D. RICARDO MORENO GARCIA

DÑA. MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

D. JOSE CARLOS ORGA LARRÉS

En LOGROÑO, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

VISTO, por esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora MARIA TERESA ZUAZO CERECEDA, en representación de FELIPE, contra Sentencia dictada en el procedimiento JR 47/2020 del JDO. DE LO PENAL nº 3; habiendo sido parte en él, como apelante el mencionado recurrente, como apelado LAURA, representada por la Procuradora MARIA LUISA MARCO CIRIA y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, actuando como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 23 de marzo de 2021 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Logroño cuyo fallo es el siguiente: "*CONDENO a FELIPE como autor penalmente responsable de un delito de sustracción de menores, subtipo atenuado previsto en el art. 225 bis 4 (LA LEY 3996/1995) "in fine", previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de Prisión de 6 meses con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena . Se imponen las costas al responsable penal.*".

SEGUNDO: Por la representación procesal de don Felipe se interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, y admitido el recurso se dio al mismo el curso legal, siendo objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de doña Laura, que solicitan su desestimación; remitiéndose seguidamente lo actuado a esta Audiencia, dándose por recibidos los autos, señalándose para examen y deliberación el día 14 de octubre de 2021, quedando pendientes de resolución. Ha sido designada ponente doña María del Puy Aramendía Ojer.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El art. 225 bis del Código Penal dice: "**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.***

3. *Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*

4. *Cuando el sustractor haya **comunicado el lugar de estancia al otro progenitor** o a quien corresponda legalmente su cuidado **dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata** que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de **veinticuatro horas**, quedará exento de pena.*

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

*Estos plazos se computarán **desde la fecha de la denuncia de la sustracción.***

5. *Las penas señaladas en este artículo se impondrán **igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas**".*

Tipifica pues dicho precepto la *conducta del progenitor que en un momento dado no ostente legalmente la custodia de un menor, bien por no habersele concedido, bien por no estar en el periodo en que le corresponde conforme a resolución judicial, realice el núcleo de la acción consistente en sustraer a su hijo menor de edad sin causa justificada.*

Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que *el acusado Felipe impidió de manera activa el normal desarrollo del régimen de custodia compartida establecida, actuando por la vía de hecho reteniendo al menor consigo y, siendo que durante más de un año la madre no pudo disfrutar de la compañía de su hijo ni ejercer la custodia que le correspondía, sin que se haya acreditado la concurrencia de causa de justificación alguna de aquella conducta del acusado.*

Así se acredita de forma palmaria con la documental obrante en la causa, de la que resulta: don Felipe y doña Laura de nacionalidad colombiana, constituyeron pareja de hecho, siendo padres del

menor Mateo, nacido el 00/00/00. El 27 de abril de 2015 en la Comisaría 13 de Familia de Bogotá se celebró acto de conciliación por don Felipe y doña Laura acerca de custodia alimentos y visitas sobre el hijo menor de ambos Mateo en el que *se atribuyó la custodia del menor a la madre, con obligación del padre de abonar una pensión alimenticia y con derecho de régimen de vistas a favor del mismo.* Con ocasión de que *la madre iba a fijar su residencia en Australia*, en fecha 9 de agosto de 2017 ambos progenitores suscribieron un nuevo acuerdo que fue aprobado por resolución de 9 de agosto de 2017 dictada en proceso 1100131100152017-00077-00 del Juzgado de Familia de Oralidad nº 15 de Bogotá, del que cabe destacar: " *Acuerdan que el progenitor autoriza la salida del país del menor MATEO en compañía de su progenitora con destino a Tazmania, Ciudad de Hobart AUSTRALIA, hasta el año 2020 en los siguientes periodos:*

a.- Entre el 29 de diciembre de 2017 al 30 de junio de 2018.

b.- Entre el 29 de diciembre de 2018 al 30 de junio de 2019.

c.- Entre el 29 de diciembre de 2019 al 30 de junio de 2020.

Durante estos períodos *la progenitora ejercerá la custodia y cuidado personal del niño MATEO.*

Al finalizar cada período, la progenitora del niño debe retornarlo al aeropuerto de MADRID (BARAJAS) en ESPAÑA o al aeropuerto Internacional El Dorado en COLOMBIA, donde lo debe recibir el progenitor.

(...) El padre manifiesta que la residencia en España la fija en la CALLE001 de la ciudad de Logroño, Comunidad la Rioja y en Colombia la fija en la CALLE002 de Bogotá.

2.- Acuerdan que *la progenitora autoriza la salida del país del menor MATEO en compañía de su progenitor con destino a ESPAÑA hasta el año 2020 en los siguientes períodos:*

a.- Entre el 30 de junio al 29 de diciembre de 2018.

b.- Entre el 30 de junio al 29 de diciembre de 2019.

C.- Entre el 30 de junio al 29 de diciembre de 2020.

(...) Durante estos períodos el progenitor ejercerá la custodia y cuidado personal del niño MATEO.

Al finalizar cada periodo, el progenitor del niño debe retornarlo al aeropuerto Internacional de Hobart Australia donde lo debe recibir la progenitora. ..."

En julio de 2019 don Felipe se presentó en Australia con el fin de pasar 27 días con su hijo en ese país. Los días 17 y 18 de julio, la madre perdió el contacto con su hijo y el demandado; finalmente éste atendió la llamada, manifestándole que el menor se encontraba bien. El día 21 de julio de 2019, estando ya camino de España, *le comunicó a la madre por whatsapp que estaban volando hacia España y que había decidido que se quedaría con él conviviendo en España.*

Con su hijo ya en España, en fecha 17 de septiembre de 2019 don Felipe promovió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño procedimiento de exequatur en reconocimiento de la resolución judicial de Medidas paterno-filiales de 9 de agosto de 2017 dictada en proceso 1100131100152017-00077-00, por el Juzgado quince de Familia de oralidad de Bogotá, que dio lugar al dictado del auto de fecha 12 de marzo de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño que acordó "reconocer eficacia y efectos en el Estado Español a la resolución judicial de Medidas paterno-filiales entre don Felipe y doña Laura de 9 de agosto de 2017 dictada en proceso 1100131100152017-00077-00, por el Juzgado quince de Familia de oralidad de Bogotá".

En fecha 3 de febrero de 2020 doña Laura *promovió demanda para la restitución del menor*, demanda que dio lugar al procedimiento núm. 221/20 sobre retorno/ restitución de menores/ sustracción internacional del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, en el que se dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2020, en la que se acordaba: *"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por D^a Laura frente a D. Felipe, con la intervención del Ministerio Fiscal y debo declarar y declaro que el traslado del menor Mateo llevado a cabo por el demandado desde Australia hasta la ciudad de Logroño fue ilícito así como su retención, y por ello procede el retorno de dicho menor a su madre una vez firme esta resolución, asumiendo el padre los gastos que dicho traslado genere."* Frente a esta sentencia, don Felipe interpuso recurso de apelación y no entregó al menor a la madre, a pesar de que conforme a la resolución judicial de Medidas paterno-filiales de 9 de agosto de 2017 del Juzgado quince de Familia de oralidad de Bogotá, el padre debería de haber entregado el menor a la madre el día 29 de diciembre de 2019 en el aeropuerto Internacional de Hobart, Australia.

El recurso de apelación contra la sentencia de 25 de mayo de 2020 fue desestimado por la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial en fecha 13 de julio de 2020, rollo de apelación 205/2020.

No obstante conocer el progenitor su obligación de retorno del menor a la madre, acordada por sentencia firme, no cumplió lo mandado, por lo que en fecha 30 de julio de 2020 el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto por el que acordó *"Requerir a D. Felipe para que entregue al menor Mateo a su progenitora en el plazo de 24 horas en el domicilio de doña Laura, sito en CALLE002;*

con auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado si fuera preciso en el caso de que el demandado incumpliera este mandato judicial."

Contra dicho auto interpuso don Felipe recurso de apelación, y a pesar de ser conocedor de que la resolución recurrida le ordenaba entregar al menor en el plazo de 24 horas no cumplió lo ordenado, por lo que el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de 4 de agosto de 2020 por el que acordaba oficiar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado competentes para que procedieran a la entrega del menor MATEO a su madre con carácter inmediato.

Al día siguiente, 5 de agosto don Felipe entregó el menor a la madre.

Señalar que el recurso de apelación fue desestimado por auto de esta Audiencia Provincial de fecha 17 de agosto de 2020.

El apelante relata una cronología de hechos y decisiones unilateralmente tomadas por el mismo que no desvirtúan en modo alguno la prueba documental que se acaba de exponer y que acredita la reiterada negativa del acusado de retornar al menor a la madre incumpliendo reiteradamente las resoluciones judiciales que así lo ordenaban, siendo el propio acusado quien solicitó ante los juzgados españoles el exequatur en reconocimiento de la resolución judicial de Medidas paterno-filiales de 9 de agosto de 2017 dictada por el Juzgado quince de Familia de Bogotá, que le obligaba a retornar al menor a la madre el 29 de diciembre de 2019, lo que no hizo; tal como correcta y razonadamente ha apreciado la juez de instancia, sin que se haya acreditado en modo alguno una situación del menor tal como pudieran ser situaciones de abandono o grave negligencia en el cuidado de los menores que no tuvieran cubiertas sus necesidades vitales o episodio o situaciones de violencia; que justificara la conducta del acusado, más allá de sus meras alegaciones huérfanas de toda prueba, por lo que el recurso ha de ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

SEGUNDO: En aplicación de los artículos 239 y siguientes de la LECRM, se declaran de oficio las costas procesales devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos y razonamientos citados, en nombre de S.M el Rey.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Felipe contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Logroño en fecha 23 de marzo de 2021, en autos de juicio rápido 47/2020, de que dimana el

rollo de apelación 26/2021, y en consecuencia CONFIRMAMOS la expresada resolución en su integridad.

Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución de acuerdo con lo establecido en el art. 248 -4 de la LOPJ.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por infracción de ley conforme al art. 792.4), 847.1.2º b)) y 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que deberá prepararse en cinco días ante este tribunal para ante el Tribunal Supremo en los términos de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En caso de que se presentase por las partes escrito de preparación de recurso de casación, dese cuenta inmediata por la Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala a la ponente a los oportunos efectos.

Así por esta sentencia lo mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.