



**Audiencia Provincial de Granada Sentencia 87/2017
de 6 de febrero de 2017 (Sección 2.ª)**

Referencia: SP/AUTRJ/897903

Recurso 780/2016. Ponente: AURORA MARIA FERNANDEZ GARCIA

EXTRACTOS

Queda probado que la madre del menor no devolvió al mismo al progenitor incumpliendo el régimen de custodia, cometiendo por ello el delito de sustracción de menores

"... Se dan, por tanto, en el supuesto de autos los presupuestos básicos de la figura delictiva apreciada en la sentencia, de sustracción de menores prevista en el artículo 225 bis, apartado 1 y 2, del Código Penal, por cuanto **se ha producido la "retención" o no devolución del mismo, incumpliendo el deber de custodia establecido en una sentencia judicial**, y debiendo igualmente de calificarse dicho incumplimiento como "grave" a los efectos de la descripción típica de dicho precepto, dada la **situación de permanencia en el tiempo que tal retención ha tenido con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia establecido judicialmente a favor del padre, y sin que pueda entenderse que nos hallemos ante un supuesto de mero retraso o inexactitud en el cumplimiento de dicho régimen de visitas**, estando ausente cualquier causa que pudiera justificar dicha conducta por parte de la acusada.

No podemos compartir la interpretación que el juez de instancia realiza del imperativo "revisará" que obra en el convenio regulador pues revisar no es cambiar automáticamente el régimen de custodia sino abrir un camino a la nueva valoración, siempre en interés del menor, relativo a la custodia del niño que deberá de hacerse, en un primer momento, de manera extrajudicial presentando un acuerdo que obtenga la homologación judicial sobre el cambio de régimen, y en caso de desacuerdo, acudir al correspondiente procedimiento judicial, donde el juez de familia resolverá lo procedente, **sin que ninguna de las partes pueda alterar lo aprobado por resolución judicial por su absoluta y exclusiva voluntad**. Si existió, como alega la investigada, un engaño que le hizo aceptar unas condiciones no queridas, **lo procedente es intentar modificar lo aprobado en instancia judicial pero no acudir a las vías de hecho, alterando a la fuerza el contenido de una resolución judicial que hasta que no se acredite lo contrario es válida y conforme a la legalidad. ..."**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las diligencias previas nº 3.063/2016, por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Granada con fecha 18 de julio de 2016, se dictó auto por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de la causa.-



SEGUNDO.- Contra la anterior resolución y por la Procuradora Dña. Carmen Sánchez Valenzuela, en nombre y representación de Faustino se interpuso, en tiempo y forma, recurso de reforma y subsidiario de apelación, y desestimada que fue la reforma por auto de 30 de septiembre de 2016 , se admitió a tramite el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.-

TERCERO.- Puestas las actuaciones de manifiesto a las partes por término de cinco días, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso y la otra parte, Celia , representada y asistida como investigada por el Letrado D. Antonio Luis Sánchez Salas, interesaron la desestimación del recurso y la confirmación del auto recurrido, remitiéndose las diligencias a esta Audiencia, donde se acordó formar rollo, designar Ponente, y se señaló para deliberación y resolución el día dos del presente.-

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el denunciante contra la resolución que acuerda no estar debidamente justificada la perpetración del delito de sustracción de menores, art. 225 bis del CP , denunciado por parte de Faustino. En realidad el objeto del delito queda limitado a determinar si los hechos en su día denunciados y que han dado lugar a la medida cautelar de prohibición de salida del territorio nacional del hijo de las partes, de seis años de edad, pueden estar o no incurso en la tipicidad que describe el citado precepto en su modalidad de retención del menor por cuanto respecto de los hechos no existe mayor controversia salvo en algún matiz no influyente en la calificación y que se deriva de la distinta interpretación que las partes realizan del convenio regulador, suscrito por las partes y ratificado por sentencia firme.

Los hechos no controvertidos son los que siguen: Faustino y Celia mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació su hijo menor, **Martin** , que en la actualidad cuenta con **seis años de edad**, nacido en el año 2010. En fecha 11 de mayo de 2015 se dictó **sentencia**, ahora firme, que **acordaba un régimen de guarda y custodia para el menor conforme al convenio regulador aportado** por la ex pareja, de fecha 13 de abril de 2015. El día 2 de junio de 2016, la denuncia es del siguiente día 6, **el padre dejó al menor en compañía de la madre con la intención de recogerlo a las 15:00 horas del día siguiente. La madre no procedió a devolver al menor al padre quien en virtud del convenio judicialmente aprobado tenía otorgada tanto la custodia del menor como la patria potestad del mismo.** El propio convenio establecía la posibilidad de cambio en el régimen de guarda y custodia, si la madre volviera a residir en España y siempre en atención al interés del menor, así como un cambio en la atribución de la patria potestad " si cambiaren las circunstancias y el interés del hijo lo exigiera ".

Frente a la posición del denunciante quien afirma que existe un incumplimiento grave del convenio y de la sentencia judicial que lo ratifica, la denunciada, reconociendo los



hechos, afirma que firmó el convenio engañada y sin asistencia jurídica, desconociendo que ello supondría perder al menor.

El juez de instancia, en la resolución combatida, difiere la interpretación del convenio y la controversia suscitada a la jurisdicción civil -familia-, descartando la tipicidad de la conducta al constar en el convenio de forma imperativa que se "revisará" el estatus quo creado a través del mismo, atribuyendo la custodia a la madre, si está volviera a residir en España, circunstancia ésta que considera acreditada.

En autos únicamente se han practicado las diligencias de declaración de ambas partes como perjudicado e investigada, respectivamente, reafirmando cada uno en su postura.-

SEGUNDO.- Como decimos la cuestión a dilucidar no son los hechos, admitidos grosso modo por ambas partes sino la interpretación que de ellos se deriva. **La conducta típica que el recurrente afirma ha realizado la denunciada se define como sustraer a un hijo menor sin causa justificada, encajando en la previsión que hace el nº 2 del apdo. 2º del art. 225 bis : "La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa".**

La interpretación del concreto apartado permite inferir que **la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, como es el caso, y el otro progenitor o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo.** Todo ello, como veremos seguidamente, impregnado de un comportamiento escrupulosamente doloso.

Dada la entidad de las penas, **el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía,** con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial.

Tanto la redacción de este segundo apartado, como el propio significado de la palabra sustracción, **no caben cuando se trate de actuaciones temporales** -que podría ser el supuesto de la antigua infracción leve de falta-, **es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que existe la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un periodo razonable.**



Se dan, por tanto, en el supuesto de autos los presupuestos básicos de la figura delictiva apreciada en la sentencia, de sustracción de menores prevista en el artículo 225 bis, apartado 1 y 2, del Código Penal, por cuanto se ha producido la "retención" o no devolución del mismo, incumpliendo el deber de custodia establecido en una sentencia judicial, y debiendo igualmente de calificarse dicho incumplimiento como "grave" a los efectos de la descripción típica de dicho precepto, dada la situación de permanencia en el tiempo que tal retención ha tenido con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia establecido judicialmente a favor del padre, y sin que pueda entenderse que nos hallemos ante un supuesto de mero retraso o inexactitud en el cumplimiento de dicho régimen de visitas, estando ausente cualquier causa que pudiera justificar dicha conducta por parte de la acusada.

No podemos compartir la interpretación que el juez de instancia realiza del imperativo "revisará" que obra en el convenio regulador pues revisar no es cambiar automáticamente el régimen de custodia sino abrir un camino a la nueva valoración, siempre en interés del menor, relativo a la custodia del niño que deberá de hacerse, en un primer momento, de manera extrajudicial presentando un acuerdo que obtenga la homologación judicial sobre el cambio de régimen, y en caso de desacuerdo, acudir al correspondiente procedimiento judicial, donde el juez de familia resolverá lo procedente, sin que ninguna de las partes pueda alterar lo aprobado por resolución judicial por su absoluta y exclusiva voluntad. Si existió, como alega la investigada, un engaño que le hizo aceptar unas condiciones no queridas, lo procedente es intentar modificar lo aprobado en instancia judicial pero no acudir a las vías de hecho, alterando a la fuerza el contenido de una resolución judicial que hasta que no se acredite lo contrario es válida y conforme a la legalidad.-

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas de ésta alzada.-

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Celia, contra los autos de 18 de julio y 30 de septiembre de 2.016, dictados por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Granada (D.P. nº 3.063/2016), los cuales revocamos, y en su defecto, continúe el procedimiento por sus trámites, declarando de oficio las costas de esta alzada.-

Devuélvanse los autos originales, si hubieran sido remitidos, al Juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes, y notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.-

Así, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Magistrados relacionados al margen.-

© 2017 NETPOL.- Instituto Superior de Seguridad Pública