



Roj: **STS 4323/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4323**

Id Cendoj: **28079120012021100909**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2021**

Nº de Recurso: **5297/2019**

Nº de Resolución: **901/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 901/2021

Fecha de sentencia: 18/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5297/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2021

Voto Particular

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID, 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.: 5297/2019

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

Sentencia núm. 901/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **5297/2019**, interpuesto por **D^a Celia** representada por la Procuradora D^a Lourdes Íñigo Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Rafael Ángel Torres Aparicio y D. **Evelio** representado por la Procuradora D^a María Paula Carrillo Sánchez bajo la dirección letrada de D. Rafael Torreblanca Rodríguez contra la sentencia número 234/2019 de fecha 21 de octubre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en el Rollo de Apelación nº 711/2019, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 227/2019 de fecha 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valladolid en la causa Procedimiento Abreviado 158/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valladolid incoó Diligencias Previas núm. 334/2019 por delito de sustracción de menores, contra Celia y Evelio ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 4 de Valladolid, (P.A. núm. 158/2019) quien dictó Sentencia nº 277/2019 en fecha 31 de julio de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"**ÚNICO.-** Celia y Evelio son mayores de edad. Tienen antecedentes penales que no causan reincidencia.

Por Resolución de 7.3.2019 de la Gerencia de Servicios Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, se acordó declarar a los menores Indalecio , Irene y Josefina - hijos menores de los acusados, nacido el primero de ellos NUM000 2010; la segunda el NUM001 .2013 y la tercera el NUM002 .2014- en situación de desamparo y asumir su tutela legal por ministerio de la ley, abriéndose Expediente de Protección en dicha Administración Autonómica sobre mencionados menores al nº NUM003 ; NUM004 y NUM005 , delegando su guarda, mediante medida de acogimiento residencial en el Centro " DIRECCION000 ", en la dirección de dicho Centro donde serán dados de altas. Se acordó también que el régimen de estancia, comunicación y visitas de los menores con su familia biológica se establecería mediante Resolución de la referida Gerencia cuyo contenido no consta.

Dicha Resolución fue notificada a los aquí acusados y no ha sido recurrida ante la jurisdicción civil. Indicados menores fueron trasladados el Centro DIRECCION000 .

Celia y Evelio actuando de común acuerdo, el 9.3.2019, alrededor de las 12.20 horas, se presentaron en el Centro " DIRECCION000 " sito en la CALLE000 NUM006 de esta ciudad. Penetraron en su interior, cerrando la puerta, y fueron allí so pretexto de entregar un libro de familia que se les había pedido. Dado que el que entregaron no era el que se les pidió y que la responsable del Centro, en ese momento, fue a hacer unas fotocopias de dicho Libro, ambos acusados aprovecharon para llevarse a sus tres mencionados hijos de referido Centro sin autorización ni de su responsable ni de la Gerencia de Servicios Sociales.

Los referidos menores fueron entregados voluntariamente por los acusados alrededor de las 15 horas del 11.3.2019 a los Agentes de la Guardia Civil que se personaron en su domicilio de CALLE001 N° NUM007 de DIRECCION001 (Valladolid)".

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal en la referida sentencia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Celia y Evelio como autores criminalmente responsables, únicamente de un delito de sustracción de menores ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a los que se impone, -a cada uno de ellos-, la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Todo ello con imposición del pago de las costas.

Llévese el original al libro de sentencias, dejando testimonio en autos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes intervinientes, y a los ofendidos y perjudicados por los delitos aun cuando no se hubieran mostrado parte en la causa, previéndoles que la misma no es firme y que podrán interponer en el plazo de diez días recurso de apelación para su resolución por la Ilma Audiencia Provincial, por medio de escrito fundamentado".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; dictándose sentencia núm. 234/2019 por Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en fecha 21 de octubre de 2019, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 711/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que con ESTIMACION del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, frente a la sentencia fechada el 31-7-2.018 del Juzgado Penal 4 de los de esta ciudad, debemos REVOCAR mencionada resolución y emitir



la presente, por medio de la cual debemos condenar a Celia y a Evelio a las respectivas penas de SEIS MESES DE PRISION por cada uno de los tres delitos de sustracción de menores por los que venían acusados, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente, sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por INFRACCIÓN DE LEY del motivo previsto en el nº 1 del art. 849 LECrim., ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este Tribunal en el término de CINCO DÍAS siguientes al de su notificación".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de D^a Celia y D. Evelio 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 los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes **motivos de casación:**

Recurso de Celia

Motivo Único: Infracción de ley, y concretamente, por vulneración de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

Recurso de Evelio

Motivo Único.- Del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal por Infracción de Ley, por inaplicación de lo preceptuado en el artículo 74 del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 12 de mayo de 2020 manifestó se proceda a admitir el recurso con nuevo traslado al Fiscal para informar sobre la cuestión planteada una vez se resuelva el recurso similar núm. 1665/19; la procuradora Sra. Carrillo presentó escrito reiterando lo manifestado en su escrito de formalización; la Procuradora Sra. Íñigo Rodríguez presentó escrito manifestando coincidir con las razones expuestas por el Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO.- La Sala declaró conclusos los autos, señalando el día 16 de noviembre de 2021 para la celebración de la votación y deliberación prevenida; con fecha 28 de octubre de 2021 a la vista de lo manifestado por el Ministerio Fiscal se dio traslado por tres días a las partes, presentando escritos ambas representaciones legales y el Ministerio Fiscal el cual en su escrito de 2 de noviembre de 2021 manifiesta "SE APOYAN los motivos de ambos recursos, debiendo revocarse la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial y mantenerse el pronunciamiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condenó a los acusados como autores de un único delito".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Los hechos enjuiciados, en sintetizado resumen, parten de la declaración en situación de desamparo y asunción de la tutela legal de los menores Indalecio, Irene y Josefina, hijos menores de los acusados Celia y Evelio, por parte de la Gerencia de Servicios Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Castilla y León, quien delegó su guarda, mediante medida de acogimiento residencial en el centro " DIRECCION000 "; en esa situación, el día 9 de marzo de 2019, alrededor de las 12,20 horas, ambos acusados de común acuerdo se presentaron en el centro y se llevaron a sus tres hijos sin autorización ni de su responsable, ni de la Gerencia. Los menores fueron entregados voluntariamente por los acusados alrededor de las 15 horas del 11 de marzo a los agentes de la Guardia Civil que se personaron en su domicilio.

2. El Juzgado de lo Penal nº 4 de Valladolid condenó a los acusados como autores de un delito de sustracción de menores del art. 225 bis 1, 2.1 y 4 CP a la pena de seis meses de prisión, por entender que estamos ante un supuesto de unidad natural de la acción con independencia del número de menores afectados por la sustracción.

3. La Audiencia Provincial, estimando el recurso del Fiscal, revocó la sentencia de instancia y condenó a los acusados como autores de tres delitos de sustracción de menores, por entender que eran tres los resultados lesivos que afectan a bienes eminentemente personales.

4. Contra esa sentencia de la Audiencia dictada en apelación formularon uno y otro condenado, sendos recursos de casación, para sostener por aplicación de la doctrina de la unidad natural de la acción, fundamentalmente, que estamos en presencia de un único delito; o al menos ante un delito continuado.



SEGUNDO.- En definitiva, como informa el Ministerio Fiscal, que apoya dicho motivo, la cuestión estriba en resolver si el delito del art. 225 bis CP admite un sujeto pasivo plural, cuestión que ha sido definitivamente resuelta por la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda 339/2021, de 23 de abril.

En dicha resolución, decíamos en el fundamento cuarto:

(...) 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 genérico 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 potenciales 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 *voluntas 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 literal 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.*

En todo caso, es patente, que en el caso del 225.bis.2.º, como informa el Ministerio Fiscal, en cuanto que además se parte del incumplimiento de una resolución judicial, adicionalmente su inobservancia asimila la configuración de una desobediencia, donde los intereses de la administración de justicia, conforman en adicional aportación, su naturaleza pluriofensiva.

Cuando en vez de una resolución judicial, sea una decisión administrativa, la que establece la guarda del menor, la solución vendrá dada por el paralelismo que ha de establecerse entre el derecho de custodia y la efectiva protección por parte de la Administración a su situación de desamparo.

En el fundamento quinto:

Consecuencia de ello, aunque la motivación no sea absolutamente coincidente con la desarrollada en el recurso y adhesión, el motivo de deber ser estimado. Es cierto que el bien jurídico descrito favorece esta resolución, pero aún así, no se revela de manera diáfana y que las posiciones que afirman la existencia de concurso de delitos cuando es más de un menor el ilícitamente desplazado por uno de los progenitores, cuenta también con argumentos en su favor, especialmente por cuanto el 225 bis, siempre se refiere al "menor", en singular.



No obstante, el Título donde se ubica la norma, alude a las *relaciones familiares* y el Capítulo a *los derechos y deberes familiares*; siendo varios argumentos más los que abogan por la solución de una sola infracción, aunque sean varios los menores sustraídos.

1. Tal como hemos descrito el bien jurídico, la concomitancia con el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico es patente; ilícito, donde en virtud de que el bien jurídico considerado es *la paz en la convivencia familiar* (STS 1060/1996, de 20 de diciembre), la pluralidad de sujetos pasivos siempre que se hallen integrados en el mismo marco convivencial, se ha entendido como un solo delito habitual y no concurso real, a pesar de su ubicación dentro un título que ampara un bien tan personal como la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como directa manifestación de la dignidad humana. Así lo justificamos en la STS núm. 556/2020, de 29 de octubre...

2. En relación a la descripción de la conducta típica, la conducta de sustracción y las definiciones o asimilaciones de la misma, en el art. 225 bis, como hemos indicado, se realizan en singular: "sustrajere a su hijo menor", "el traslado de un menor", "la retención de un menor", que describen exactamente sobre quien recae la acción, pero no abarca la integridad de los sujetos afectados por el mismo, que como título y capítulo que albergan al art 225 bis, siempre resulta la familia en su conjunto.

El derecho de custodia quebrantado es el del progenitor, que es el instituto sobre el que se estructura la conducta típica; y la desestabilización de las relaciones familiares que conlleva es la que se proyecta sobre el menor desplazado o retenido.

Pero en el caso de que hubiere más menores no desplazados, también resultarían potencialmente afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares, aunque sobre ellos no pivote el derecho de custodia quebrantado; restan privados de esa relación, tanto con el menor distanciado o retenido, como con el progenitor que decide desconectar su relación; de modo que resultarían afectados en similar medida a si hubieran sido desplazados o retenidos de forma conjunta con el otro hermano.

Y aunque deben ponderarse criterios contrapuestos, de modo que no debe entenderse que favorezcamos, desplazar a todos los menores que integren el núcleo familiar en caso de su sustracción por un progenitor, tampoco resulta oportuno como política criminal, en contra del criterio general del art. 92.5 CC, adoptar soluciones concursales que favorezcan punitivamente la separación de los hermanos.

Ciertamente el progenitor víctima, soportaría mayor aflicción con la privación de su relación con dos hijos, que con uno solo y ello según los casos, podría ser ponderado en la individualización de la pena, por la mayor gravedad del hecho, pero la ruptura de la paz en las relaciones familiares, no conlleva modo significativo una diversa alteración, cuando el traslado o la retención se realiza por el progenitor en el mismo acto en relación a un hijo que con dos.

3. (...) En la STS 870/2015 de 19 de enero de 2016, aunque son dos los menores objeto de sustracción, la condena recaída es por un solo delito del artículo 225 bis; si bien, aunque media recurso formulado por la acusación particular, no es cuestión objeto de recurso.

En la STEDH *Ignaccolo-Zenide* mencionada en el caso *Iglesias Gil y A.U.I c. España*, que en algún episodio presenta un cierto paralelismo con el caso de autos, entre sus antecedentes de hecho menciona una condena penal dictada por un tribunal de Metz por "non-représentation d'enfants", y pese a ser dos, los menores ilícitamente desplazados, solo contiene una pena, impuesta conforme al anterior Código penal francés, de un año de prisión.

4. Resulta además esta conclusión de afirmar un solo delito, aunque los menores trasladados o retenidos por su progenitor en un mismo acto, sean varios, congruente con la entidad de la pena conminada, donde su gravedad posibilita, en el margen establecido hasta cuatro años de prisión, responder al desvalor material de dicha acción.

Valga comparar con las penas establecidas en otros delitos del mismo capítulo, como el abandono de familia donde los menores pueden ser plurales y la pena de prisión conminada es de tres a seis meses con alternativa de multa; o con el abandono de menores del art. 229 CP, que sanciona el abandono definitivo (pues el temporal se contempla en el art. 230) de los menores por sus padres con la pena de prisión de dieciocho meses a tres años y cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor, con pena de prisión de dos a cuatro años.

Sin embargo, en el art. 225 bis, no se exige que la concreta libertad y seguridad del menor corran peligro, pues entonces son otras las tipicidades a considerar; aunque se entiende de modo genérico que desconocer por vías de hecho la custodia establecida y alejar al menor de su entorno, potencialmente le origina múltiples riesgos y dificultades de muy diversa índole (afectivo, psicológico, material, etc.), para cuya conjura, se atiende a tutelar



el interés del menor, con la urgencia del retorno donde la custodia antes del secuestro estaba establecida; y ello se procura con la imposición de penas especialmente disuasorias.

(...) En definitiva, el art. 225, atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que sea encauzada su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como un único delito.

TERCERO.- Consecuentemente el recurso de uno y otro progenitor deben ser estimados y con mayor razón en el caso de autos, donde no se enjuicia la conducta del progenitor no custodio en el traslado y retención de los menores, sino a ambos progenitores estando la guarda atribuida a una institución pública. Donde en la conformación de la pluralidad de bienes jurídicos lesionados, el desconocimiento de la resolución administrativa, sin afectación a un progenitor a causa de la conducta de otro, determina que aunque no fuere la de mayor relevancia, cobra una mayor impronta la estructura típica como modalidad de desobediencia; tipología de la desobediencia donde resulta pacífica la admisión de un sujeto pasivo plural derivado de una acción única.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de estimación del recurso, se declararán de oficio.

FALLO

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

1º) Declarar haber lugar al recurso de casación formulado por D^a Celia contra la sentencia número 234/2019 de fecha 21 de octubre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en el Rollo de Apelación nº 711/2019, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 227/2019 de fecha 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valladolid en la causa Procedimiento Abreviado 158/2019; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

2º) Declarar haber lugar al recurso de casación formulado por D. Evelio contra la sentencia número 234/2019 de fecha 21 de octubre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en el Rollo de Apelación nº 711/2019, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 227/2019 de fecha 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valladolid en la causa Procedimiento Abreviado 158/2019; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

3º) Declaramos de oficio las costas generadas por ambos recursos.

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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García

Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 5297/2019

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

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **5297/2019**, interpuesto por D^a **Celia** representada por la Procuradora D^a Lourdes Íñigo Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Rafael Ángel Torres Aparicio y D. **Evelio** representado por la Procuradora D^a María Paula Carrillo Sánchez bajo la dirección letrada de D. Rafael Torreblanca Rodríguez contra la sentencia número 234/2019 de fecha 21 de octubre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en el Rollo de Apelación nº 711/2019, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 227/2019 de fecha 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valladolid en la causa Procedimiento Abreviado 158/2019, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia casacional procede condenar a uno y otro progenitor por un solo delito de sustracción de menores en vez de tres. En definitiva reponer el fallo pronunciado por el Juzgado de lo Penal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Con revocación de la condena contenida en la sentencia número 234/2019 de fecha 21 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en el Rollo de Apelación nº 711/2019, reponer en su integridad el pronunciamiento condenatorio en la sentencia núm. 227/2019 de fecha 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valladolid.

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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García

Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA, A LA SENTENCIA NÚM **901/2021** DE FECHA 18 DE NOVIEMBRE DE 2021 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 5297/2019.

1.- Ciertamente, tal y como se expresa en el fundamento jurídico segundo de nuestra sentencia, la cuestión suscitada en ambos recursos estriba en determinar si el tipo previsto en el artículo 225 bis del Código Penal, con independencia del número de menores sobre los que la conducta recaiga, integra un solo delito; o si, por el contrario, cuando la acción típica afecte a varios de ellos, habrán de reputarse cometidos tantos ilícitos penales como aquéllos fueran, en relación de concurso real.



2.- Igualmente, y como también precisamos, dicho dilema aparece resuelto en nuestra reciente sentencia de Pleno número 339/2021, de 23 de abril. Resulta así, además de previsible, plenamente razonable que los recursos ahora interpuestos hayan sido resueltos con aplicación de dicha doctrina.

3.- No obstante, habiendo formulado entonces, junto a otros compañeros, voto particular, me considero ahora obligado, por imperativo de coherencia, a reproducir aquí las razones que fundamentaron mi discrepancia y que hubieran conducido en este caso a la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. La coherencia, que creo me justifica en esta primera ocasión, podría considerarse tozudez si en las futuras oportunidades, si las hubiera, en que enfrentemos este mismo problema, volviese a reproducir, sin objeto práctico alguno y sin que la mera repetición de ideas ya expresadas nada pueda aportar tampoco en otro plano, esas mismas consideraciones. Anuncio ya que no lo haré. La Sala en Pleno ha resuelto por muy amplia mayoría la cuestión debatida sobre la base de argumentos, huelga añadirlo, enteramente atendibles y fundados. Y en tanto ese entendimiento persista, resulta lo razonable en lo porvenir sujetarse a lo resuelto. Es el criterio mayoritario el que se impone. Y es así como debe ser.

4.- Como se sabe, la discrepancia mantenida se centraba en las siguientes consideraciones, que ahora reproduzco en síntesis: "...identificamos un espacio de protección más amplio en el que ocupa un lugar prioritario el derecho a la relación parental de cada uno de los menores que puedan verse afectados por las distintas acciones que se contemplan en el tipo.

Creemos que ese derecho fundamental de los menores constituye el bien jurídico primario de protección, prestando sentido constitucional y convencional a la intervención penal y a la propia estructura del tipo.

En efecto, desde una concepción de la intervención penal basada en el principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos, debe convenirse en que estos constituyen el punto de partida en la propia formación de los tipos objetivos de desviación. El bien jurídico presupone una valoración normativa de que los intereses que comporta son relevantes para la vida de la comunidad y por ello merecedores de protección mediante el Derecho Penal. De ahí que se admita, como consecuencia del principio de garantía, que el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación global de los tipos sancionadores. Desempeñando un papel decisivo para identificar qué tipo de acción puede menoscabarlo -el nivel de lesividad-, el tipo de lesión que resulta exigible -de resultado material, de puesta en peligro- y cuál es el sujeto pasivo -individual o colectivo-, que puede verse afectado...

... Creemos, como apuntábamos, que las acciones de sustracción o de retención previstas en el tipo del artículo 225 bis CP afectan de forma directa y grave a un bien jurídico de máxima dignidad constitucional conformado por los derechos del menor a su estabilidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a su vida privada y familiar...

...La identificación de un espacio de protección integrado, como bien jurídico, por el derecho constitucional de los menores a su estabilidad personal y familiar arrastra una cascada de consecuencias estructurales sobre el alcance de las respectivas acciones típicas, los sujetos pasivos afectados y, en lógica consecuencia, las posibilidades concursales...

... La acción retentiva o sustractiva para que sea típica debe reunir las características delimitadas por el tipo. Debe desconocer los derechos de guarda y custodia o el mandato judicial de retorno, pero estos son, precisamente, los objetos sobre los que recae la acción no el bien jurídico protegido. Porque lo que no parece del todo coherente con los fines de protección constitucionalmente relevantes que convergen en el artículo 225 bis CP es que la acción sustractiva o retentiva que afecta al menor -cabe destacar que el tipo utiliza una referencia en singular del sujeto pasivo de la acción- le desplace, sin embargo, de la protección penal...

...En coherencia con ello, el artículo 225 bis, en su número 1, describe la conducta por referencia al progenitor -delito especial en cuanto restringe el círculo de posibles sujetos activos- que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor - expresándose, insistimos, deliberadamente en singular-, sin que tampoco la ubicación sistemática del precepto, en el capítulo correspondiente a los delitos contra los derechos y deberes familiares, excluya la presencia de bienes jurídicos personalísimos y de titularidad individual como objeto de protección -así, por ejemplo, también el artículo 224 del CP-.

Si, como creemos, el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores..., la consecuencia es que dada la acción típica -la sustracción o la retención (o ambas como en el caso que nos ocupa)- habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados.

La naturaleza personal del bien jurídico lesionado -la vida privada y familiar-, su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas de unidad normativa de acción. Lo que coliga con los pronunciamientos reiterados de esta Sala sobre tratamiento



concurral de atentados contra bienes jurídicos personales -vid. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016, sobre el delito de trata de seres humanos, en el que se establece que habrá tantos delitos como personas que se vean involucradas en la trata como víctimas; Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, en el que se acuerda la calificación como concurso real de los ataques contra la vida de varias personas ejecutadas con dolo directo o eventual cuando se realicen a partir de una única acción-".

A mi juicio, por tanto, debió ser confirmada la sentencia que ha sido aquí objeto de recurso.

Leopoldo Puente Segura.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ