



Roj: **STS 4618/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4618**

Id Cendoj: **28079120012024100802**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2024**

Nº de Recurso: **7227/2023**

Nº de Resolución: **805/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 805/2024

Fecha de sentencia: 26/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **7227/2023**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: Agg

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: **7227/2023**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 805/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García



D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 26 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **7227/2023** interpuesto, por infracción de ley, por D.^a **Sandra**, representada por el procurador D. Gregorio Leal Bueso y bajo la dirección letrada de D. Salvador Martínez Romepeltien, contra el Auto de 25 de septiembre, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el Recurso de Apelación núm. 804/2023, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado y desestimó la apelación formalizada por la recurrente contra el Auto de 9 de marzo de 2023, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Arrecife, dimanante de las Diligencias Previas núm. 2281/2021 que se revoca en parte el mismo, acordando el sobreseimiento de las actuaciones y se deja sin efecto la orden de detención y entrega de Raimundo. Es parte el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D. Raimundo**, representado por el procurador, D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D.^a África Zabala Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Arrecife incoó Diligencias Previas con el núm. 2281/2021 por la presunta comisión de delito de sustracción de menores contra D. Raimundo dictando auto de fecha 9 de marzo de 2023, que contiene los siguientes **antecedentes de hecho**:

"ÚNICO. Las presentes actuaciones fueron incoadas mediante AUTO DE FECHA 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 por la comisión de un presunto DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES. Las defensas de la denunciante Sandra y del investigado Raimundo han solicitado la adopción de diversas medidas. El MINISTERIO FISCAL emitió informe de fecha 3 de marzo de 2023 pronunciándose sobre las mismas."

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"1. NO HABER LUGAR AL ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES POR FALTA DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LOS HECHOS OBJETO DE LA PRESENTE CAUSA, NI AL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DE LAS ACTUACIONES POR NO EXISTIR INDICIOS DE PERPETRACIÓN DE LOS MISMOS.

2. DEJAR SIN EFECTO la ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA de Raimundo, con pasaporte austriaco número NUM000, nacido el día NUM001 de 1951, al que se imputa un DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES, acordada mediante AUTO DE FECHA 23 DE SEPTIEMBRE DE 2021.

3. NO PRIVAR AL INVESTIGADO Raimundo DE LA PATRIA POTESTAD QUE OSTENTA SOBRE LA MENOR Almudena, NI SUSPENDERLE EN SU EJERCICIO.

4. NO RETIRAR AL INVESTIGADO EL PASAPORTE ESPAÑOL DE LA MENOR Almudena."

TERCERO.- Contra el anterior auto se interpusieron recurso de apelación por la defensa del investigado, D. Raimundo, y reforma (y subsidiario de apelación) por la denunciante, dictándose auto por la Sección Primera Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 25 de septiembre de 2023, en el Rollo de Apelación núm. 804/2023, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado D. Raimundo, y desestimando la apelación formalizada por la denunciante Dña. Sandra, contra el auto de fecha 9 de marzo de 2023 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Arrecife, se revoca en parte el mismo, acordando el sobreseimiento de la causa por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, con declaración de oficio de las costas de esta alzada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por la denunciante, 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.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo de los arts. 847.1 b) y 849 1º de la LECrim, por infracción de ley, en concreto, por infracción de los arts. 22 quáter d) y 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en tanto la menor y la madre son de nacionalidad española y ambas se encuentran empadronadas en territorio español, y además, la menor debería haber comenzado el curso escolar en territorio español en el mes de septiembre de 2021, que es cuando se consuma el delito de sustracción de menores, previsto y penado en el art. 225 bis del Código Penal.



SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso de casación. Seguidamente, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de fecha 26 de julio de 2024, se unieron los escritos y la documentación aportada por las representaciones procesales de las partes recurrente y recurrido en fecha 24 y 26 de julio de 2024.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 25 de septiembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó auto de fecha 25 de septiembre de 2023, por el que estimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado D. Raimundo , y desestimó la apelación formalizada por la denunciante D.^a Sandra , contra el auto de fecha 9 de marzo de 2023 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Arrecife, y acordó el sobreseimiento de la causa por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, con declaración de costas de oficio.

Contra esta resolución recurre en casación D.^a Sandra .

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación de los arts. 22 quáter d) y 23 LOPJ.

Estima que la consideración efectuada por la Audiencia en el sentido de que fue Italia el lugar donde se produjo la sustracción de la menor es contrario a la correcta interpretación del art. 225 bis CP, en su vertiente de retención ilícita por el ejercicio del régimen de visitas, siendo el lugar de comisión del delito aquel en que estaba obligado a restituir a la menor el progenitor no custodio, esto es, la Isla de DIRECCION000 , donde se tenía previsto el comienzo del curso escolar 2021-2022.

Alega que el Tribunal no ha tenido en cuenta los efectos del Covid-19 ni ha interpretado correctamente cuál era el lugar de residencia de la madre al momento de conculcarse la obligación de la restitución de la menor. Igualmente sostiene que las relaciones paternofiliales fueron reguladas por la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arrecife, en el Procedimiento de Guarda y Custodia núm. 456/2015, cuya resolución es firme, lo que ampara y justifica por sí solo que los Tribunales españoles tienen jurisdicción para el conocimiento del presente asunto.

Sobre los efectos del Covid-19 explica que la menor Almudena vivió en España hasta mitad de septiembre de 2020 y su madre estaba en DIRECCION000 de regreso de Italia cuando la menor debía ser restituida. Fue trasladada por su padre desde territorio nacional a Austria. Es más, tenía plaza escolar para comenzar en septiembre de 2021 el curso académico y su madre una oferta laboral en un restaurante en DIRECCION000 , trabajo al que, por motivos obvios, nunca se pudo incorporar. Añade que nunca madre e hija dejaron de estar empadronadas en DIRECCION000 ni llegaron a empadronarse en Italia. Además, la madre siempre ha tributado en España la renta como residente.

Sostiene que el Covid-19 supuso alteraciones en el régimen de estancias y limitación de movimientos, lo que impidió la consolidación de derechos de residencia desde el punto de vista material. Estima que se ha conculcado su libertad de movimiento, ya que por mor del Covid-19, se vio envuelta en una situación de excepcionalidad.

Se refiere por último al auto núm. 556/2023, de 15 de noviembre, dictado por la Sección Tercera de la misma Audiencia, en el Rollo núm. 1680/2023, que estimó "el recurso de apelación interpuesto por D.^a Sandra contra auto de 24 de julio de 2023 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arrecife, que acordó declarar la competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arrecife para conocer de dicha demanda". Refiere que en el mismo se consigna que la menor en el momento en que no retornó, después de disfrutar con su padre las vacaciones de verano del año 2021, tenía su residencia habitual y su domicilio en España, en concreto en el domicilio de su madre que tenía atribuida la guarda y custodia.

El Ministerio Fiscal, tras analizar si el auto el auto dictado por la Audiencia Provincial es recurrible en casación, entiende que en todo caso el motivo no puede ser acogido, haciendo suyos los razonamientos contenidos en el auto objeto de recurso, en el que se hace constar la existencia del domicilio en Italia desde el año 2015, siendo éste el lugar de comisión del delito.

Por su parte, la defensa de D. Raimundo sostiene que, tal y como acreditó a través de los certificados de empadronamiento, la menor Almudena , quien posee la nacionalidad española y austriaca, no ha residido en



los últimos tres años y seis meses en España, ya que ha estado residiendo con su padre desde febrero de 2020 hasta junio de 2020 en DIRECCION001 , Austria, estando matriculada en DIRECCION002 Schule; y sólo ha estado en España junto a su madre en el mes de julio de 2020 de vacaciones, y en Italia en el mes de agosto de 2020; luego, los meses de septiembre a octubre de 2020 la menor ha residido en Austria, y desde el mes de noviembre 2020 hasta el mes de junio de 2021 ha residido en Italia, junto con su madre, en concreto en DIRECCION003 , y ha cursado sus estudios en el DIRECCION004 Schule, y desde el día 18 de junio de 2021 hasta la fecha (diciembre de 2023) la menor se encuentra residiendo en Austria con su padre. Señala que la madre de la menor matriculó a la menor Almudena en el Colegio de DIRECCION005 el día 3 de septiembre de 2021, es decir, 3 días después de interponer la denuncia, y a sabiendas que ese curso escolar la menor ya no iba a vivir en DIRECCION000 , sino en DIRECCION003 .

Se refiere además a determinadas recomendaciones del Gobierno de DIRECCION006 que aconsejan la no devolución de la menor a la madre por haber recibido malos tratos de ella y de su pareja, y a la resolución dictada por el Tribunal de Distrito de Salzburgo declarando la solicitud de restitución incorrecta, debido a que el país de restitución solicitado (España) no se corresponde con el país de la última residencia habitual del menor (Italia) y por oponerse la repatriación de la niña a la objeción de puesta en peligro.

Afirma también la existencia de un procedimiento penal contra él en Austria que ha finalizado con resolución de 17 de marzo de 2022 que acordó el sobreseimiento de la denuncia por un supuesto delito de sustracción de menores presentada en Austria contra él por D.^a Sandra . Y de la resolución de fecha 27 de junio de 2022 dictada por el Tribunal de Distrito Grieskirchen por la que se acordó la prohibición de D.^a Sandra y de D. Mauricio , de acercarse a él y a la menor Almudena , a su domicilio y a la escuela de primaria donde cursa sus estudios la menor, en un radio de 300 metros durante un periodo de 12 meses, y ello debido a "el constante aparcamiento frente a la escuela primaria y el aparcamiento repetido frente al lugar de residencia del solicitante crea una presión de monitoreo permanente."

Señala igualmente que con fecha 30 de mayo de 2022 se dictó resolución por el Tribunal de Wels en la que se acordaba rechazar la solicitud de D.^a Sandra de repatriación de la menor Almudena al territorio nacional de Italia/ DIRECCION003 .

Añade que la menor Almudena y la denunciante D.^a Sandra tienen un código fiscal de Italia de fecha 18 de Septiembre de 2020, y que fueron aportados por D.^a Sandra ante las autoridades austriacas, lo cual corrobora que cuando D.^a Sandra interpuso la denuncia por sustracción de menores ante la Guardia Civil de DIRECCION005, en septiembre de 2021, la menor ya residía en Italia y ya estaba matriculada en DIRECCION003 , Italia, y la denunciante aportó dicha matrícula ante los Juzgados de Austria.

Invoca determinadas resoluciones dictadas por Tribunales de Austria resolviendo distintos aspectos en relación a la devolución de la menor a la madre, solicitada por D.^a Sandra , en las que se parte del hecho de que la devolución se realizaría a DIRECCION003 (Italia), en consonancia con la solicitud efectuada por la Sra. Sandra .

Por último, aporta copia del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arrecife, dictado en el procedimiento de modificación de medidas núm. 1721/2021, que acordó la falta de competencia internacional de este Juzgado para el conocimiento del procedimiento, debiendo en consecuencia abstenerse de su conocimiento.

Entiende por todo ello que no concurre ninguno de los criterios competenciales contenidos en el art. 23 LOPJ para extender la jurisdicción española al conocimiento del delito por el que ha sido denunciado.

TERCERO.- La controvertida cuestión sobre la recurribilidad del auto por el que la Audiencia Provincial decidía la finalización del proceso por falta de jurisdicción fue resuelta por este Tribunal mediante auto de fecha 13 de marzo de 2018, dictado en el recurso de queja núm. 20360/2017, que desarrolló el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 28 de febrero de 2018 en el que se decidió que, conforme a lo establecido en el art. 848 LECrim, solo cabía recurso de casación contra los autos que acuerdan el sobreseimiento por falta de jurisdicción; y no contra los que la afirman.

Este criterio es también el acogido por el legislador en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante Ley 41/2015, de 5 de octubre. De esta forma, el art. 848 LECrim solamente admite el recurso de casación contra autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción, y no, por lo tanto, cuando la afirman.

Ahora bien, tales autos, conforme señala también el mencionado precepto, únicamente pueden ser recurridos por infracción de ley, lo que, conforme señalábamos en la sentencia núm. 509/2022, de 25 de mayo, nos conduce inexorablemente al art. 849.1º LECrim (el error iuris), que solo habilita para un control jurídico; es



decir, para corregir errores jurídicos, lo que reclama como presupuesto una base fáctica cuya razonabilidad indiciaria esté refrendada judicialmente.

Por ello, no compete a este Tribunal determinar, sobre la base de las diligencias de instrucción practicadas, cual fue el lugar de la denunciada sustracción de la menor, Italia o España, sino, partiendo de la base fáctica incluida en el auto recurrido, determinar si los Tribunales españoles son competentes para su investigación y, en su caso, enjuiciamiento.

CUARTO.- Atendiendo pues a lo expresado en el anterior fundamento de derecho, el auto recurrido señala que fue Italia el lugar de residencia de la menor desde donde fue trasladada a Austria por su padre. Consta igualmente, de forma incontrovertida, que el denunciado es de nacionalidad austriaca.

Tales hechos no son negados por la recurrente.

Conforme señala el artículo 225 bis del Código Penal, "se considera sustracción:

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

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

La competencia territorial viene determinada por el lugar de la comisión del delito, siendo este el lugar de donde el padre presuntamente se llevó a la menor (apartado 1º) o donde debía haberla restituido (apartado 2º), que no es otro que el del domicilio o residencia de la menor. Además, el dato del domicilio o residencia de la menor, en la medida que determina la competencia jurisdiccional, debe ser el del momento de la presunta comisión del hecho justiciable.

En este sentido, como recuerda el auto recurrido, el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, se refiere en todo momento al retorno del menor sustraído ilegalmente al lugar de su residencia inmediatamente antes de su traslado o retención, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia del Estado de residencia del menor.

Igualmente, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (art. 9), con carácter general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

Y como indica el Ministerio Fiscal, en aplicación del Convenio y Reglamento citados, con relación al mecanismo del retorno del menor, la residencia familiar del menor se encuentra donde lo está el lugar en que la familia vive o se ha trasladado de mutuo acuerdo, y en el que el menor está escolarizado o tiene un domicilio fijo.

En nuestro caso, la Audiencia estima razonadamente que el lugar de residencia de la menor en el momento de la no devolución fue Italia.

La recurrente está conforme con que el lugar de comisión del delito es aquel donde el denunciado estaba obligado a restituir a la menor, pero discrepa al considerar que este lugar era la Isla de DIRECCION000, donde se tenía previsto el comienzo del curso escolar 2021-2022.

Se refiere a la influencia de la situación excepcional vivida por los efectos del Covid-19, sin explicar el efecto concreto que tuvo sobre su estancia en Italia y regreso a España, máxime cuando la entrega de la menor al padre se llevó a cabo en DIRECCION003 (Italia), en fecha ya alejada en el tiempo de los efectos de la pandemia, esto es, en junio de 2021. Tampoco parece que la situación de pandemia exigiera que la menor fuera escolarizada en Italia en el curso 2020 a 2021.

De igual forma no aparece cual pueda ser la residencia de la madre en España, la que señala que no atendió la oferta laboral en un restaurante en DIRECCION000 "por motivos obvios", motivos que, no obstante, se desconocen, máxime si, como afirma, era España el lugar de su residencia.

Consta además que las resoluciones dictadas por las autoridades austriacas en relación a las solicitudes dirigidas por D.^a Sandra para la devolución de la menor Almudena, se refieren a que el retorno se realizaría a DIRECCION003 (Italia), en consonancia con la solicitud efectuada por la Sra. Sandra.

En el mismo sentido, la resolución recurrida, lejos de estimar acreditado que la menor y su madre tuvieran su residencia en España al tiempo en que debía ser devuelta a su progenitora, afirma que la menor en ningún momento retornó a España, siendo en Italia donde no se produjo la devolución.



En definitiva, cuando tuvo lugar la sustracción denunciada, era DIRECCION003 (Italia) donde se encontraba la residencia familiar de la menor, por ser este el lugar en que vivía la madre y en el que la menor estaba escolarizada y tenía un domicilio fijo, siendo por ello DIRECCION003 el lugar donde debe entenderse cometido el delito.

La resolución dictada por el Tribunal Regional Superior de Trento-Sección Bolzano de fecha 26 de junio de 2024, aportada por la representación procesal de D. Raimundo con su escrito de fecha 25 de julio de 2024 y el auto dictado con fecha 18 de julio de 2024, aportado por la representación de D.^a Sandra con su escrito de fecha 23 de julio de 2024, no contrarían las conclusiones alcanzadas.

El primero desestima la solicitud de otorgamiento de la ejecución en Italia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arrecife. El segundo, tras declarar la Audiencia mediante auto de fecha 15 de noviembre de 2023 su competencia para el conocimiento del asunto y dejar sin efecto el auto dictado por el Juzgado con fecha 24 de julio de 2023, el citado Juzgado declara ilícito el traslado internacional efectuado por el Sr. Raimundo respecto a la menor D.^a Almudena con destino a Austria, producido tras el periodo vacacional de verano de 2021, dejando claro que la resolución se limita a resolver sobre la acción declarativa de la ilicitud del traslado y en ningún caso sobre la restitución de la menor.

Así pues, ambas resoluciones resuelven cuestiones ajenas al objeto del presente procedimiento y en ninguna de ellas se efectúa declaración alguna contraria a lo razonado y resuelto en el mismo.

Consecuentemente con lo expuesto, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el conocimiento de los hechos denunciados por D.^a Sandra, al no concurrir ninguno de los criterios competenciales contenidos en el art. 23.2 LOPJ para extender la jurisdicción española a delitos cometidos en el extranjero, ya que el investigado no es español, y el delito que se investiga no se encuentra en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 23.3 y 4 LOPJ.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por D.^a Sandra, conlleva a imponerle las costas de su recurso. Todo ello conforme con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

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

- 1) **Desestimar** el recurso formulado por D.^a Sandra contra el Auto de 25 de septiembre de 2023, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el Recurso de Apelación núm. 804/2023.
- 2) **Imponer** a dicha recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.
- 3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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.