

Id Cendoj: 28079370172006200275
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 17
Nº de Recurso: 164/2006
Nº de Resolución: 487/2006
Procedimiento: APELACION AUTOS
Ponente: JESUS FERNANDEZ ENTRALGO
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 17ª

ROLLO DE APELACIÓN Nº: 164/06 RT

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 1.215/2003

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE LEGANÉS

A U T O Nº 487/06

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES MAGISTRADOS:

D. JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO

Dª MANUELA CARMENA CASTRILLO

D. RAMIRO VENTURA FACI

En Madrid, a Ocho de junio de dos mil seis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sección se tramita Recurso de Apelación nº 164/06 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Benito Cabezuelo en nombre y representación procesal de Dña. María Inmaculada contra el auto de fecha 8 de febrero de 2006 que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2005 que decretaba el sobreseimiento provisional de las presentes Diligencias Previas nº 1.215/2003 procedentes del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Leganés.

SEGUNDO.- Contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2005 formuló recurso de reforma la representación procesal del recurrente. Desestimado éste por auto de fecha 8 de febrero de 2006, contra el mismo se interpuso recurso de apelación el cual se admitió a trámite y se dio traslado para alegaciones a las demás partes personadas presentando escrito de impugnación la representación procesal de don Salvador y el Ministerio Fiscal. Elevadas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando dispuesto para resolución.

El Ilustrísimo Señor Magistrado Don JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO actuó como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Defensa de la recurrente considera que existen buenas razones para perseguir procesalmente a Salvador por la comisión culpable de un delito tipificado y penado por el *artículo 224 del Código Penal*.

En él se dispone:

«... El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa. ...».

La inducción que proscribe el *artículo 224* tiene como finalidad conseguir que el menor o incapaz realicen un hecho para ellos penalmente irrelevante.

Si en el primer párrafo parece claro que se tipifica un comportamiento que puede crear un peligro relevante para el menor o incapaz, a quien se incita a abandonar el «medio protegido» en que se encuentra, en el segundo esta finalidad tutelar es menos evidente, prevaleciendo la desobediencia indirecta u oblicua a lo dispuesto judicial o administrativamente.

La conducta típica consiste, en ambas modalidades delictivas, en inducir; esto es, instigar, mover a alguien, persuadirlo para que se comporte de una manera determinada. La inducción es, en sí misma, una conducta de mera actividad, aunque el instigador se proponga conseguir un objetivo (que el inducido realice lo que aquél le propone), de manera que, en su literalidad, el tipo objetivo no exige que sea eficaz, esto es, que el inductor consiga su propósito.

La imagen rectora («Leitbild») del núcleo semántico del significante «inducción», como «acción y efecto de inducir» presupone que el inducido no había decidido previamente realizar la conducta propuesta por el inductor. He aquí la razón del debate sobre la relevancia jurídico penal de quien trata de persuadir de ejecutar un hecho a un tercero que ya se había decidido a llevarlo a cabo de todos modos (el «omnimodo facturus») previa e independientemente de la instigación del inductor; ya que la peligrosidad del reforzamiento de un propósito criminal preexistente es de una calidad distinta de la de aquél que hace surgir en otro una idea criminal que hasta entonces no había concebido y lo anima para que la ponga en práctica.

A diferencia de la proposición, dentro de los planes del inductor no entra intervenir en la ejecución de la propuesta. Así se infiere de la interpretación conjunta de los *artículos 17, 18 y 28.2.a) del Código* antes citado.

La Sentencia 377/2004, de 25 de marzo, cree incontrovertible, en el ámbito de la participación criminal, que «... la inducción requiere que el inducido no esté ya decidido a realizar el hecho.... La afirmación tiene un amplio apoyo doctrinal. Sin embargo, en la doctrina la instigación al omnimodo facturus (el que ya está por sí mismo firmemente decidido) no es impune, sino punible como cooperación psicológica o como tentativa de inducción (si la ley permite esta tentativa, cuestión que puede ser discutida en el Código vigente...).

Por lo tanto, si la inducción a quien ya está decidido sigue siendo punible, la interpretación del tipo del *art. 224 CP*, en el sentido de la no punibilidad de la inducción al abandono del domicilio familiar cuando el menor lo haya decidido por sí mismo, no parece inobjetable, sino todo lo contrario. En otras palabras: si en el caso del omnimodo facturus no cabe excluir la punibilidad, mucho menos resultaría justificado hacerlo en el supuesto del *art. 224 CP*, como lo ha hecho la Audiencia.

Sin perjuicio de lo dicho, es de considerar que este tipo penal tiene la finalidad de proteger el orden familiar establecido por el *Código Civil (art. 154 y stes.)* en el que los padres son quienes tienen el derecho de decidir y fijar la residencia de sus hijos menores. Por lo tanto, cuando el encargado de la guarda, que está en posición de garante, no impide, pudiéndolo hacerlo, que el menor o la menor abandone el domicilio de sus padres se da el supuesto de la comisión por omisión (*art. 11 CP*) de este delito, siempre que las características del hecho permitan afirmar la equivalencia entre la omisión de la conducta debida y la causación activa del resultado. En efecto, es claro que la aceptación, inclusive de hecho, de la guarda de un menor sitúa al aceptante en la misma posición de garante de los padres, que surge de la ley civil, respecto del mismo.

Por tal razón, el encargado de hecho de la guarda de la menor, está obligado a impedir que ésta abandonara el hogar familiar sin consentimiento de sus padres. Como lo ha subrayado la doctrina, la inducción por omisión se caracteriza, precisamente, por la omisión de disuadir de la acción prohibida al sujeto pasivo de la misma.

No obstante los hechos probados no permiten constatar con seguridad que cuando la menor abandonó su casa estuviera todavía bajo la guarda del recurrente, pues al parecer, éste ya no convivía con ella en la casa de los padres. ...».

En la sentencia, cuyos fundamentos quedan parcialmente transcritos, se admite la posibilidad de una inducción por omisión en los casos en los que la persona constituida en posición de garante de otra, «deja hacer» a esta segunda aquello que precisamente tenía el deber legal de evitar. La interpretación del Tribunal casacional es discutible, a menos que la pasividad pueda ser interpretada como un refuerzo de la voluntad ajena («incoraggiamento»); una invitación concluyente a actuar. La dejación del deber de protección que incumbe legalmente a una persona a fin de que una tercera no sufra mal alguno (dentro de las posibilidades exigibles a la primera) e incluso de que, pudiendo evitarlo, no se coloque en una situación de peligro relevante, puede constituir otro delito diferente, pero es controvertible que sea conducta típicamente adecuada respecto del *artículo 224*.

Como quiera que sea, para continuar el procedimiento, es menester que existan, cuando menos, indicios atendibles de que el imputado haya realizado realmente una conducta de inducción típicamente relevante.

Leyendo el escrito de recurso, se advierte que la apelante no individualiza este imprescindible comportamiento inductor.

En él se hace hincapié, en cambio, en un problema aparentemente tangencial, como es la especial vulnerabilidad de la menor, sugiriendo que pudiera estar siendo víctima del denominado Parental Alienation Syndrome (PAS), traducido al castellano como Síndrome de Alienación o de Alejamiento (o, quizá más expresivamente, de Extrañamiento) Parental. La consecuencia sería que, hallándose en tal estado, sus decisiones no pueden ser tenidas como espontáneas, sino como inoculadas por su padre, quien se habría convertido en verdadero dueño de la mente y de los sentimientos de la menor.

El síndrome antes mencionado (que se detecta hace un cuarto de siglo en los Estados Unidos de América, favorecido por unas especialísimas circunstancias sociológicas), se define como «... un trastorno infantil (childhood disorder) que se origina primordialmente en el contexto de disputas de la custodia de menores en las causas de divorcio. Su manifestación primordial es la campaña de denigración del niño en contra de un progenitor, una campaña que no tiene justificación. Resulta de la combinación de una programación del progenitor (lavado del cerebro) y contribuciones del propio niño en la demonización (vilification) que hace del progenitor denigrado su diana. Cuando el verdadero abuso parental o la negligencia está presente, la animosidad del niño puede estar justificada, y en este caso la explicación del síndrome de **alienación parental** para la hostilidad del niño no es aplicable. ...».

Dada la fecha de su publicación, no se encuentra incluido en el DSM IV, el prestigioso manual de la Asociación Psiquiátrica Americana, no se encuentra incluido en ella, lo que ha dado lugar a un debate inacabado sobre su admisibilidad como trastorno mental (mental disorder).

Se recuerda que no es novedad en la bibliografía la descripción de las denominadas «alianzas patológicas», el establecimiento de lazos patológicos entre uno de los progenitores con sus hijos frente al otro progenitor. La expresión «alienation» es polisémica. Con ella se quiere expresar la transformación del padre o de la madre en un «ajeno», un extraño, rompiendo los nexos de afectividad que lo ligaban con el hijo o hija, mediante una técnica de sustitución de su verdadera imagen por otra desacreditada; la imagen de una persona «envilecida» («vilification»).

En las inevitables rupturas de convivencia simultánea con el padre y con la madre cuando se produce una separación o un divorcio, el progenitor que tiene a su cargo al menor está en óptimas condiciones para lograr este cambio de perspectiva, aprovechando el componente emocional producido por el alejamiento del otro; por eso, en la bibliografía hispanoamericana se describe este comportamiento como un «abuso de tenencia».

El menor sólo sabe que ese otro ya no está con él y vive la separación como un abandono por su parte. Al dolor por el abandono sigue, si el conviviente alimenta ese sentimiento, un movimiento de culpabilización y rechazo. La afrenta y la angustia del abandono une patológicamente al hijo con el progenitor a cuyo cargo ha quedado y ambos alimentan recíprocamente su hostilidad frente al ausente. La participación del menor constituye una característica definitoria del Síndrome.

Aunque en los primeros estudios se interpretó que el síndrome afectaba en mayor medida a las

madres (hasta el punto de proponerse la inquietante denominación «Malicious Mother Syndrome» o «Síndrome de la Madre Malvada»), los datos estadísticos más recientes no permiten establecer con certidumbre científica la prevalencia de un sexo sobre otro.

El extrañamiento del menor resultante de una acción unilateral de un progenitor está siendo tratado cada vez más, en Derecho comparado, como un caso de «abuso», de «maltrato psicológico infantil», del que es responsable el progenitor «programador».

Resulta, a este propósito, muy interesante la Sentencia de 13 de julio del 2000, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ángel Daniel contra Alemania.

En 1992, un nacional alemán inició un procedimiento en demanda de reconocimiento de su derecho a visitar periódicamente a su hijo menor, que había quedado al cuidado de su madre tras la separación de ambos cónyuges. La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia. Los Tribunales argumentaron que la tensión existente entre los padres podría afectar negativamente al desarrollo del menor, aunque no fue solicitada la opinión de ningún psicólogo.

El Tribunal entendió que las sentencias desestimatorias de la demanda del Señor Ángel Daniel constituían una interferencia sobre sus derechos relativos a la vida familiar, advirtiendo que, de acuerdo con el *artículo 8 párrafo 2º, del Convenio*, dicha interferencia sólo podía entenderse justificada cuando es el resultado de una intervención prevista por la ley y tiene carácter necesario dentro de una sociedad democrática.

Aunque ciertamente la decisión de los Tribunales alemanes constituye una actuación prescrita por la ley, el Tribunal considera que no se cumple el presupuesto de su necesidad.

En efecto, esta necesidad ha de valorarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, verificando si existe proporción entre la restricción que pueda llevar consigo la medida y el objetivo legítimo que se persigue mediante su aplicación.

Aplicando al caso enjuiciado este criterio general, resulta que las autoridades encargadas del caso no han realizado las actuaciones necesarias para obtener un juicio razonable acerca de las consecuencias psicológicas que para el menor representa la continuidad de la relación con su padre, al no haber solicitado la opinión de ningún experto. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal estima que no se ha efectuado una ponderación adecuada entre los intereses de la menor y los derechos del padre, y procede, por tanto, a declarar la existencia de una vulneración del *artículo 8 del Convenio*.

El demandante alegaba que durante el prolongado período de tiempo transcurrido sin poder tener contacto con su hijo, se había convertido en un extraño para él («the child had become alienated from him»).

El demandante alegaba que la madre había programado al niño contra su padre («the mother programmed the child against his father») haciéndolo víctima de lo que se denomina síndrome de **alienación parental** («**parental** alienation syndrome») (PAS), de modo que el niño rechazaba de plano cualquier contacto con el padre. Había sido influido o utilizado por la madre en contra del padre («had been influenced or used by the mother against the father»).

El Tribunal Europeo no se ocupa, en definitiva, de este problema porque concluye considerando que las sucesivas sentencias de los Tribunales alemanes se habían dictado sin haber contado con la opinión de expertos que informasen sobre los deseos actuales del menor y sobre los factores que hubieran podido influir en él.

Tal vez esta referencia a la necesidad de un previo dictamen pericial desorientó a la recurrente. Los especialistas consultados parecen suficientemente competentes, teniendo en cuenta no sólo su especialización sino la accesibilidad de información sobre el síndrome y los métodos de su diagnóstico.

Las consideraciones vertidas por la Defensa de la recurrente, con abundante y útil información bibliográfica, tropiezan, sin embargo, con la contundente refutación que se contiene en el auto de 8 de febrero del 2006. No se advierten indicios de que la menor hubiera sido manipulada psicológicamente por su padre haciendo surgir en ella sentimientos hostiles hacia su madre, hasta el punto de rechazar todo contacto con ella; tampoco de que hubiera ejercido sobre su hija presión para que abandonara su domicilio o saboteara la efectividad del régimen de visitas y comunicaciones y menos aún de que la hubiera sustraído

o retenido para impedir que mantuviera cualquier relación con su madre.

Ello priva de eficacia argumental a las razones que repite la apelante en su recurso que, por lo mismo, no puede prosperar.

Segundo: No se aprecian motivos para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta instancia.

Por cuanto antecede,

PARTE DISPOSITIVA

Este Tribunal acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por María Inmaculada , contra el auto de fecha 16 de diciembre del 2005, dictado por el Juzgado de Instrucción número 4 de los de Leganés, en Diligencias Previas número 1.215 del 2003.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia, si las hubiere.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Contra este auto no cabe recurso ordinario.

Devuélvanse las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Magistrados integrantes de la Sección.