

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065508

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 339/2021, de 23 de abril de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1665/2019

SUMARIO:**Delitos contra las relaciones familiares. Delito de sustracción de menores. Bien jurídico tutelado. Concurso de delitos. Error de prohibición.**

Como cuestión procesal, se debate en torno a la posibilidad de aplicar el artículo 271.2 de la LEC al proceso penal; y así dentro del capítulo referido a la presentación de documentos en el proceso, el art. 271 LEC, que obedece a la rúbrica de *preclusión definitiva de la presentación* incorpora como excepciones a la regla de que no se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, se excepciona las *sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa*, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Excepción que ante la carencia de previsión específica para la jurisdicción penal, de conformidad con el art. 4 LEC, debe entenderse de aplicación supletoria en los procesos penales. Como objeción a su aplicación, el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que no tienen la consideración de documentos las resoluciones judiciales o administrativas dictadas en otros procedimientos; además, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba.

En este caso, como recurso de casación (art. 849.1 LECrim.), sólo es posible formular motivos por infracción de precepto penal de carácter sustantivo; por cuanto esas valoraciones no son ponderables en ningún modo; tanto menos, cuando los testimonios de resoluciones judiciales ajenas, meramente acreditan que se dictó dicha resolución y cuál fue su contenido, pero en modo alguno hacen fe del acierto de lo resuelto, como no lo hacen tampoco de la veracidad o de la integridad de la prueba practicada ante aquellos órganos judiciales, penales o no, nacionales o extranjeros. Ninguna infracción de la norma - art. 225 bis CP- resulta, ni tampoco de la jurisprudencia constitucional; pues en las sentencias cuestionadas se descartan por completo las alegaciones defensivas relativas al maltrato o a la protección de la integridad de los menores como sostén de la acción ejecutada por la acusada (sustracción de menores), alegaciones huérfanas de apoyo probatorio alguno, y niegan la posibilidad de aplicar el error de prohibición basado en la creencia de un supuesto amparo legal de sus acciones o en el consejo de sus asesores jurídicos, que amen de desconocerse, no pueden servir de coartada, pues la acusada conocía las sucesivas resoluciones dictadas, por lo que no podía llamarse a engaño sobre la ilegalidad de su conducta.

Inexistencia de concurso cuando en una misma acción los menores objetos del delito de sustracción de menores, son más de uno. Estaríamos ante un solo delito de sustracción de menores, pues con independencia de los hijos que se tengan, el único acto cometido conllevaría únicamente la existencia de un delito, ya que como el bien jurídico protegido en este tipo de delitos son los derechos y deberes que asiste al progenitor que se ve privado del disfrute de sus hijos, lo que se vulneraría son los derechos que en este caso pudiese tener el padre, los que se hubieran visto igualmente vulnerados con el extremo de que se tengan uno, dos o varios hijos. El delito de sustracción de menores previsto en el art. 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: *trasladar* y *retener*, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 72, 163, 173, 224, 225 bis, 226, 229 y 230.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 4, 271.2 y 776.

Constitución Española, art. 39.

Ley Orgánica 5/2000 (Responsabilidad Penal de los Menores), art. 42.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 3, 847.1 b), 849, 855, 874 y 884.

Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 (Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), arts. 3 y 16.

Código Civil, art. 92.5.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE
Don VICENTE MAGRO SERVET
Doña SUSANA POLO GARCIA
Doña CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 339/2021

Fecha de sentencia: 23/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1665/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Voto Particular

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA, SECCIÓN PRIMERA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1665/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 339/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1665/2019, interpuesto por D^a Celsa representada por la Procuradora D^a María Teresa Saiz Ferrer bajo la dirección letrada de D^a María Teresa Pozo Ortega contra la sentencia número 98/19 de fecha 7 de marzo de 2019 dictada en el Rollo de Apelación P.A. núm. 215/2018 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 257/18 de fecha 18 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal num.1 de Granada en la causa Procedimiento Abreviado 71/2018.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida, D. Gaspar representado por la Procuradora D^a Paula Aranda López bajo la dirección letrada de D. Enrique Fabián Zambrano Cañizares.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Granada incoó Procedimiento Abreviado núm.197/17 por delitos de sustracción de menores y desobediencia, contra Celsa; una vez concluido lo remitió al Juzgado de lo Penal número 1 de Granada, (P.A. núm. 71/2018) quien dictó Sentencia en fecha 18 de julio de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"Tras haber visto y oído las pruebas practicadas este Juzgado declara probado que " Celsa mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo unida sentimentalmente a Gaspar y de esa unión nacieron los menores Jaime y Jon los días NUM000 de 2006 y NUM001 de 2014, respectivamente.

Tras haber residido en España, donde la pareja estuvo temporalmente separada en 2009 en que Gaspar resultó condenado por un delito de malos tratos, decidieron reconciliarse y en 2012 se marcharon a Italia donde de común acuerdo fijaron la residencia familiar en DIRECCION000, y en esta localidad los menores fueron escolarizados y quedaron registrados como residentes.

El 18 de mayo de 2016 Celsa se trasladó a Granada con los dos menores manifestando que lo hacía para visitar a la familia y mostrando intención de volver nuevamente en un mes a la residencia familiar.

Llegada la fecha de la vuelta, no lo hizo y el 12 de julio de 2016 interpuso denuncia por malos tratos contra Gaspar en el Juzgado de Violencia 2 de Granada, manifestando antes a éste que se hallaba enferma y no iba a

volver en la fecha prevista, cuando en realidad había adoptado la decisión de no retornar con los dos hijos a DIRECCION000 y mantenerlos con ella en Granada. Esta decisión se la hizo llegar a él el día 2 de agosto de 2016 cuando expresamente le manifestó su negativa a volver a Italia con los niños a los que escolarizó en el curso escolar 2016/17 en el CEIP DIRECCION001 de DIRECCION002. Por estas fechas la acusada remite dos correos electrónicos a Gaspar el 16 de agosto y el 30 de agosto de 2016, en los que le manifiesta que llame a los niños cuando quiera y los puede ver en Granada.

En esa situación Gaspar promovió y obtuvo ante el Tribunal de Cagliari la guarda y custodia provisional de los dos menores el 23 de junio de 2017 y promovió procedimiento de devolución de menores ante el Ministerio de Justicia de Italia invocando el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y el Estado italiano lo remitió al Ministerio de Justicia español y este al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada que en fecha 14 de diciembre de 2016, dictó sentencia en la que acordó la inmediata restitución de los menores Jaime y Jon a Italia como Estado de residencia habitual de los dos.

La sentencia fue apelada y el 21 de abril de 2017 la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso de apelación y mantuvo la misma resolución que había adoptado el Juzgado de Primera instancia número 3.

El 11 de julio de 2017 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada dictó auto de ejecución forzosa pues la acusada no había cumplido el fallo de la sentencia antedicha y la requirió al inmediato cumplimiento del mismo, confiándole un plazo de tres días para que entregase a los menores.

Desatendiendo el anterior requerimiento el mismo juzgado dictó resolución el 24 de Julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16,30 horas en el punto de Encuentro Familiar ubicado en la CALLE000 número NUM002 de esta ciudad, desplazándose hasta el mismo el padre de los niños junto a la autoridad consular de Italia y una dotación policial, sin que la acusada se presentara ni diera explicación sobre su inasistencia.

A la vez la acusada toma parte en una campaña mediática, con rueda de prensa incluida al frente de la cual aparece una tal Ángeles quien adoptó la función de portavoz y asesora legal de Celsa llegando a manifestar el 25 de julio que los menores no habían sido entregados, al mismo tiempo que ese día Celsa también concede una entrevista a la cadena SER donde expone su oposición a la entrega.

Esa negativa a atender el requerimiento de 24 de julio, fue apoyada con una petición de nulidad de las actuaciones de ejecución llevadas a cabo por el juzgado de Primera Instancia 3, pero el 9 de agosto de 2017, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el incidente y volvió a recordar a la acusada la obligación que pesaba sobre ella de restituir inmediatamente a los menores.

En estas circunstancias el 26 de julio de 2017 Celsa decide ocultarse en compañía de los dos menores en lugar desconocido para todas las autoridades y agentes intervinientes, quienes trataron de localizarlos en diversos domicilios de familiares y allegados, sin conseguirlo motivando que Gaspar interpusiera denuncia por desaparición de los niños. El Juzgado de instrucción nº 2 de Granada que tramitó la causa ordenó nuevamente la inmediata entrega de los dos, que finalmente tuvo lugar el 28 de agosto de 2017 cuando la acusada compareció asistida de ellos a la Comandancia de la Guardia Civil de Granada donde los menores fueron entregados a Gaspar bajo llantos al principio por no querer separarse de la madre, si bien estos cesaron cuando empezaron a tomar contacto con el padre.

Salvo el episodio de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado ningún otro posterior, ni en Jaime, el mayor de los dos hijos, se han detectado desajustes psicológicos relacionados con malos tratos contra él o por haberlos presenciado hacia la persona de la madre, ni se ha apreciado que la restitución al contexto paterno, suponga un grave peligro para su integridad física o síquica."".

Segundo.

Juzgado de lo Penal en la referida causa dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a Celsa como autora de dos delitos de sustracción de menores, a dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Jaime y Jon, a que indemnice a Gaspar en treinta mil euros y al pago de las costas incluidas las de la acusación.

Abónese al/os penado/os, para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo de privación de libertad o de otros derechos en esta causa, de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de diez días ante la ltma. Audiencia Provincial".

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusada Celsa, dictándose sentencia núm. 98/19 por Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera en fecha 7 de marzo de 2019, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 215/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Celsa contra la sentencia de 28 de Julio de 2.018, pronunciada por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Penal nº 1 de Granada en los autos de Juicio Oral nº 71/18. debernos de revocar y revocamos la misma en el solo sentido de fijar como cantidad a indemnizar a Gaspar por daño moral la de doce mil euros, manteniendo íntegros los demás pronunciamientos de la resolución recurrida, declarando de oficio las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los términos previstos en el art 792.4 LECrim".

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D^a Celsa, 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.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero. Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en Sentencia infringen un precepto penal de carácter sustantivo así como norma jurídica del mismo carácter que debió ser observada, considerando que el artículo 225 bis del CP ha sido infringido por no concurrir en el presente caso el elemento subjetivo del tipo.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en Sentencia infringen un precepto penal de carácter sustantivo así como norma jurídica del mismo carácter que debió ser observada, considerando que el artículo 225 bis del CP excluye la atipicidad del tipo al existir causa justificada.

Motivo Tercero. Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en Sentencia infringen un precepto penal de carácter sustantivo así como norma jurídica del mismo carácter que debió ser observada, considerando que el artículo 225 bis del CP ya que sólo existe un solo delito de sustracción de menores (subsidiariamente).

Motivo Cuarto. Por infracción de la proporcionalidad de las penas e indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 66 y 72 en relación con el artículo 225 bis del Código Penal, pues no existe razonamiento alguno que justifique la gravedad de la pena impuesta que supera el mínimo legal y sin que se hayan tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso ni las personales de nuestra patrocinada.

Sexto.

Por providencia de fecha 30 de julio de 2019 se acordó de conformidad con los artículos 847.1. b) y 889 LECrim, y con los criterios aprobados en el Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016 la admisión a trámite y dar traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, lo que fue verificado mediante escrito de impugnación presentado por la acusación particular D. Gaspar a través de su representación legal y escrito del Ministerio Fiscal de 9 de octubre de 2019 que manifiesta que apoya el motivo debiendo revocarse la sentencia de instancia y dictar otra por la que se condena a la acusada como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, a la pena impuesta en la instancia correspondiente a uno sólo de los delitos por los que fue condenada.

Séptimo.

La parte recurrida presentó testimonio de resolución judicial de archivo del Tribunal de Cagliari, de 17 de febrero de 2020, en relación con una denuncia interpuesta por la recurrente el 17 de octubre de 2017, que fue incorporada a las actuaciones en los términos del art. 271.2 LEC y visto el estado de las actuaciones, la Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo con fijación de la deliberación día 17 de febrero de 2021; si bien por providencia del 15 de febrero se suspendió el señalamiento para su remisión a Pleno, donde el 14 de abril se celebró la votación y deliberación prevenida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Dentro del capítulo referido a la presentación de documentos, el art. 271 LEC, que obedece a la rúbrica de preclusión definitiva de la presentación incorpora como excepciones a la regla, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

Autoriza a su presentación, incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, establece traslado para alegaciones a las demás partes e indica que resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia. Norma de enjuiciamiento civil, que ante la carencia de previsión específica para la jurisdicción penal, de conformidad con el art. 4 LEC, debe entenderse de aplicación supletoria en los procesos penales.

1. En autos, presentada por la acusación particular e incorporada a las actuaciones una resolución judicial de archivo del Tribunal de Cagliari, de 17 de febrero de 2020, en relación con varias querellas-denuncias interpuestas por la recurrente Celsa contra Gaspar, ahora acusación particular, corresponde de conformidad con la referida norma de la LEC, pronunciarnos en este momento procesal sobre su admisibilidad.

2. Se opone a ello el Ministerio Fiscal, indicando que existe normativa expresa en el procedimiento penal, sobre la inviabilidad de aportación documental en la tramitación del recurso de casación, de modo que interesa su inadmisión a limine.

Ciertamente, como informa el Ministerio Fiscal, en la actual regulación del recurso de casación penal solo se admite la aportación de sentencias o relación circunstanciada de las mismas con el escrito de preparación, en los siguientes supuestos:

a) En los recursos de casación para la unificación de doctrina en materia de menores y vigilancia penitenciaria con la finalidad de constatar la contradicción en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica (artículo 42 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores introducido por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, Disposición Adicional 5a de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 5/2003, de 27 de mayo y Acuerdo Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004).

b) En el recurso de casación por infracción de ley del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional previsto en el artículo 847 1º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, a los efectos de acreditar el interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo o resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales conforme a la interpretación del acuerdo plenario de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, acorde con los criterios de la Exposición de Motivos de la reforma procesal.

Así como que, en el escrito de preparación solo se permite solicitar un testimonio de la resolución definitiva y manifestar la clase de recurso que se pretende utilizar (artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al escrito de interposición del recurso solo se puede acompañar el testimonio de dicha resolución (artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y es causa de inadmisión del recurso que el documento o documentos designados en el caso del nº 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hubieran figurado en el proceso (artículo 884.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Aún así, hemos de precisar que ello no impide que en algún supuesto la norma citada -271.2 LEC- derivada de su estricta especificidad, pueda tener operatividad, como sería el caso de la existencia de una sentencia de condena que tenga relevancia de cosa juzgada material, que incorporada por esta vía, evite un innecesario recurso de revisión o como podría acaecer con el acaecimiento de alguna sentencia del Tribunal Constitucional -cuya publicación no es siempre inmediata-, o alguna sentencia dictada por el TJUE o del TEDH que condicionen la interpretación de la norma aplicable; o incluso al menos en la modalidad casacional clásica cuando la resolución implique un supuesto patente de prejudicialidad que efectivamente condicione el resultado de la casación.

También indica el Ministerio Fiscal, ahora ya, no con carácter general, sino en relación a su operatividad en función de los diversos motivos posibles, que integra doctrina consolidada la que establece que a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no tienen la consideración de documentos las resoluciones judiciales o administrativas dictadas en otros procedimientos; y en relación a esta concreta modalidad casacional contra sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales, donde únicamente es posible la vía de infracción de ley del art. 849.1, no cabe su consideración de elemento probatorio para trocar la valoración probatoria ni el relato declarado probado.

Ciertamente y además, a esas objeciones debe añadirse que "a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim)" (STS 528/2020, de 21 de octubre, entre otras muchas).

Pero la resolución sobre la admisión y alcance en estos supuestos de aportación de las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, que por su fecha no pudieron tenerse antes en consideración, indica la norma, que se decidirá, no en el momento de presentación del documento sino, en la misma sentencia.

3. La resolución aportada, aunque interrelacionada con el objeto de este recurso, afecta en modo exclusivo a la responsabilidad criminal del Sr. Gaspar, aunque para su resolución se hagan valoraciones sobre el comportamiento de la recurrente; y sucede que nos encontramos en una modalidad casacional, donde sólo es posible formular motivos por infracción de precepto penal de carácter sustantivo; por cuanto esas valoraciones no son ponderables en ningún modo; tanto menos, cuando los testimonios de resoluciones judiciales ajenas, meramente acreditan que se dictó dicha resolución y cuál fue su contenido, pero en modo alguno hacen fe del acierto de lo resuelto, como no lo hacen tampoco de la veracidad o de la integridad de la prueba practicada ante aquellos órganos judiciales, penales o no, nacionales o extranjeros.

Y por otra parte, la resolución judicial italiana no deviene potencialmente condicionante o decisiva de ninguna forma, para la interpretación de la norma española, en este concreto caso el art. 225 bis CP, por lo que debe concluirse su inadmisión.

Segundo.

Como hemos indicado, nos encontramos ante una modalidad casacional cuya viabilidad se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma operada por ley 41/2015, específicamente en el apartado b) al art. 847.1 LECrim, donde limita su procedencia al motivo por infracción de ley previsto en el número 1º del artículo 849.

1. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, seguido de manera pacífica en un ingente número de resoluciones de esta misma Sala, establece de manera sistematizada el alcance de esta modalidad casacional:

a) El art. 847 1º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECr, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, iii) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

2. El primer motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en sentencia infringen un precepto penal de carácter sustantivo así como norma jurídica del mismo carácter que debió ser observada, considerando que el artículo 225 bis del CP ha sido infringido por no concurrir en el presente caso el elemento subjetivo del tipo; y el segundo por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en sentencia infringen un precepto penal de carácter sustantivo así como norma jurídica del mismo carácter que debió ser observada, considerando que el artículo 225 bis del CP excluye la atipicidad del tipo al existir causa justificada.

3. Sin embargo, estos dos motivos no encuentran acomodo en el ámbito de esta figura casacional; en el primero, cuando afirma infracción del art. 225 bis del Código Penal por no concurrir el elemento subjetivo del tipo, pues este integra un elemento fáctico que no puede ser alterado; aunque en su argumentación reseñe, con cita de la STC 196/2013, de 2 diciembre que en la sentencia de apelación y la de primera instancia, omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o el grado de representación que la acusada tuvo de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas y sobre la aceptación de la probabilidad de transgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles; cuando, entiende que la acusada actuaba en la creencia de que estaba amparada por la ley y por la creencia de que los hijos corrían un grave peligro, siguiendo en todo momento los consejos de su abogada por lo que afirma que concurre un error de prohibición; pero todo su sustento radica en las declaraciones prestadas por la acusada, cuestiones de atinentes a la valoración probatoria, en todo caso ajenas a la infracción de ley.

Como bien informa el Ministerio Fiscal, en el "factum" se describen la pluralidad de las resoluciones que fueron incumplidas por la acusada, incluido el auto de ejecución forzosa dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Granada, llegando la acusada a ocultarse en compañía de los menores para eludir el cumplimiento coactivo de la resolución judicial e igualmente se declara probado, que salvo el episodio ocasional de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado otro posterior, ni en el mayor de los hijos se han detectado desajustes psicológicos relacionados con malos tratos contra él o por haberlos presenciado hacia la persona de la madre, ni se ha apreciado que la restitución al contexto paterno suponga un grave peligro para su integridad física o psíquica, relación de hechos probados en los que aparecen perfectamente delimitados los contornos del tipo delictivo, que no incorpora expresamente ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que sería suficiente la concurrencia de un dolo general que abarque la conciencia y voluntad de trasladar o retener al menor lesionando el derecho de éste a relacionarse con ambos progenitores y quebrantando una resolución judicial, elementos ambos, como hemos dicho, probados en el caso enjuiciado.

Ninguna infracción de la norma - art. 225 bis CP- resulta, ni tampoco de la jurisprudencia constitucional; pues en las sentencias cuestionadas se descartan por completo las alegaciones defensivas relativas al maltrato o a la protección de la integridad de los menores como sostén de la acción ejecutada por la acusada, alegaciones huérfanas de apoyo probatorio alguno, y niegan la posibilidad de aplicar el error de prohibición basado en la creencia de un supuesto amparo legal de sus acciones o en el consejo de sus asesores jurídicos, que amen de desconocerse, no pueden servir de coartada, pues la acusada conocía las sucesivas resoluciones dictadas por el Tribunal de Cagliari, Juzgado de Primera Instancia de Granada y Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, por lo que no podía llamarse a engaño sobre la ilegalidad de su conducta (Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de apelación), apoyándose su decisión en la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016, que conociendo un delito de sustracción de menores descartó la concurrencia del error de prohibición basado en la cobertura del consejo del abogado.

4. En el segundo motivo, aunque igualmente afirma infracción del art. 225 bis CP, lo sustenta en la existencia de una causa justificada que excluye la tipicidad, integrada por la intención de salvaguardar la integridad física y psicológica de sus hijos, circunstancia que ha sido expresamente declarada no probada en la sentencia recurrida, mientras, que correlativa y lógicamente, como igualmente es predicable en relación al primer motivo, ningún episodio del relato probado, se acomoda a tal sustrato fáctico.

5. No desconocemos que existe preocupación, como dan fe diversas proposiciones de ley, en lograr un protocolo adecuado para los supuestos de violencia de género en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980; pero hemos de reiterar, que esta modalidad de casación, establecida para delitos enjuiciados en primera instancia por el Juzgado de lo Penal, atiende a procurar una interpretación unificada de la norma penal, procurar que también para estos delitos que por razón de la entidad menor sus consecuencias punitivas no tenían acceso a la casación, cuenten con un criterio interpretativo de la norma; sin que su objeto permita examinar la valoración probatoria ni la determinación del relato de hechos acontecidos; lo cual resulta posible en este recurso extraordinario, porque ya ha sido objeto de consideración y motivada respuesta, tanto las cuestiones de violencia de género alegadas, como todos los demás elementos fácticos ponderables, en las dos instancias previas.

6. Por ende, ambos motivos incurrir en causa de inadmisibilidad, que en este momento procesal, devienen en causa de desestimación.

Tercero.

El tercer motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849 LECrim, dado que los hechos que se declaran probados en sentencia infringen un precepto penal de carácter el artículo 225 bis del CP ya que, entiende, únicamente existe un solo delito de sustracción de menores.

1. Argumenta que estaríamos ante un solo delito de sustracción de menores, pues con independencia de los hijos que se tengan, el único acto cometido conllevaría únicamente la existencia de un delito, ya que como el bien jurídico protegido en este tipo de delitos son los derechos y deberes que asiste al progenitor que se ve privado

del disfrute de sus hijos, lo que se vulneraría son los derechos que en este caso pudiese tener el padre, los que se hubieran visto igualmente vulnerados con el extremo de que se tengan uno, dos o varios hijos. El artículo 225 bis del CP protege los derechos del padre y no de cada uno de los menores, concluye.

2. La sentencia del Juzgado de lo Penal, al respecto, indica:

Sobre si la acusada cometió uno o dos delitos de sustracción de menores por ser estos dos, la cuestión no es pacífica pues obviamente el propósito es único y esto podría dar lugar a interpretar que se comete un solo delito y por otra parte tratándose de dos menores también hay cierta lógica en argumentar que hay dos delitos.

Ni la jurisprudencia ha sido unánime en este punto y la cuestión parece que debe resolverse mirando al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores. En este se protege no solo la efectividad de las resoluciones judiciales que haya podido establecer cierto régimen de guarda custodia) el status familiar que creado por ellas sino también el derecho de los padres a relacionarse con los hijos y de estos con los padres que tiene un rango constitucional en nuestro ordenamiento según el artículo 39 CE que en su párrafo 4 alude a los Convenios Internacionales como fuente de la protección de menores, y como se ha dicho el artículo 5 del Convenio de La Haya de 215 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala que a los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.

De ahí que el delito de sustracción tiene como sujetos pasivos del mismo tanto al progenitor que queda privado de las relaciones con sus hijos como a estos cuando son privados de las misma con el progenitor. En definitiva se trata de indagar si en el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores se involucran o no bienes jurídicos y derechos de tipo personal pues el criterio del Código penal cuando estos se lesionan por un acto delictivo es el de considerar que hay tantas infracciones como personas afectadas. El caso más claro se aprecia en los delitos contra las personas donde por citar el caso de las lesiones aunque una única acción de lugar varios lesionados la conducta se sanciona como tantos delitos sean las víctimas. Desde la perspectiva de los menores fueron dos los que se vieron privados de la relación con el padre, y por tanto dos fueron los delitos cometidos.

Mientras que la sentencia de apelación recurrida mantiene la existencia de dos delitos en concurso real, lo que defiende tras indicar previamente que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido, social, escolar, de recreo y fundamentalmente la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia y de ahí la ubicación del precepto en la Sección 2ª bajo el Capítulo II "De los delitos contra los derechos y deberes familiares" de Título XII "Delitos contra las relaciones familiares". Y tras cita de la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, precisa que es un delito autónomo y que el art. 225 bis 2.1º ni siquiera exige expresamente el cumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial, que sí exige el 225 bis 2.2º CP y no es preciso requerimiento expreso al no ser un delito de desobediencia estricto sensu, bastando con que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de la resolución judicial y efectúe la conducta típica, conocimiento reconocido por la acusada, hoy recurrente.

No obstante, matiza luego el criterio sobre el bien tutelado y resuelve la existencia de dos delitos:

"Así pues en el caso que nos ocupa aunque la acción típica es la misma y es el mismo sujeto activo, hay dos resultados lesivos pues son dos los sujetos pasivos ya que son dos hijos.

Este delito que es pluriofensivo puesto que participa de las detenciones ilegales de la desobediencia a la autoridad, del deber de custodia y de la paz y seguridad familiar, se atacan bienes eminentemente personales, y es un delito de resultado. Y al respecto el TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones estableciendo que cuando se ataca la libertad habrá tantos delitos como personas afectadas, (STS de 29-5-2003). A mayor abundamiento la sección en la que se encuentra este precepto, de la sustracción de menores, comprende solo este artículo, y este precepto castiga al progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor, en singular, dando también a entender que por cada hijo que se sustraiga se comete un delito, mientras que el art. 226 y 227 hacen referencia a hijos en plural y por tanto pudiendo afectar a varios sujetos pasivos se comete una sola infracción penal. Y la acción típica también la expresa en singular "el traslado de un menor a la retención de un menor".

El tipo penal, refiere la comisión de un delito por un sujeto activo en relación a un sujeto pasivo. Por todo ello estimamos que la recurrente cometió dos delitos de sustracción de menores pues son dos los hijos menores de edad, a los que privó de la relación paterno-filial incumpliendo las resoluciones judiciales que le obligaban a su entrega al padre que detentaba por disposición judicial la custodia de los mismos".

3. El Ministerio Fiscal, apoya el motivo, tras detallado examen de: i) la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que introduce el art. 225 bis, las demás tipicidades correlativamente afectadas (art. 224 para castigar al progenitor que induzca a un hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa y 622 CP -precepto actualmente derogado- para castigar la conducta de los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el

régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa) y ulterior reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre que añadió al artículo 618 del Código Penal un segundo apartado para castigar al que incumpliese obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial cuando la conducta no constituya delito, precepto actualmente destipificado tras la reforma de 2015; ii) la Circular FGE 2/2012; iii) jurisprudencia menor, en especial SAP Tarragona Sección Cuarta, de 10/1/2019, recurso 1024/2018; iv) normativa convencional, en especial Convenio de La Haya de 1980, sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores; v) STC 196/2013, de 2 de diciembre, en cuanto se analiza el elemento subjetivo de la existencia y conocimiento de la resolución judicial que resolvió sobre la guarda y custodia; y vi) STS 870/2015, donde la incidencia de una pluralidad de menores afectados tampoco es objeto de cuestión, pero igualmente el elemento nuclear de la acción se residencia en la existencia y conocimiento de la resolución judicial. De su análisis concluye que en esta tipología, aunque subyace siempre el interés superior del menor como valor digno de protección, no se configura como bien jurídico protegido esencial en la norma ni afecta a bienes jurídicos de naturaleza personal, sino que la modalidad del artículo 225 bis 2.2º del Código Penal responde a un tipo cualificado de desobediencia; es la necesidad de respetar las decisiones judiciales en casos de separación o divorcio el bien digno de protección.

La ratio essendi del precepto, que nunca olvida el interés del menor, indica, es mantener el principio de autoridad derivado de una desobediencia específica o especial a una resolución judicial que atribuye a uno de los progenitores la condición de cónyuge custodio siempre en interés del menor.

Cuarto.

El motivo y las anteriores alegaciones muestran que resulta relevante para concretar el número de delitos cometidos por la recurrente, atender a la configuración de la conducta sancionada y en directa relación concretar el bien jurídico tutelado con el ilícito de sustracción de menores tipificado en el artículo 225 bis CP.

1. Dificulta su concreción, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia absolutamente fracturada de las Audiencias, la no ponderación de la inicial motivación que determinó la tipificación de esta conducta, la difícil inteligencia de la fragmentaria explicación de la Exposición de Motivos de la LO 9/2002 y la contemplación exclusiva con pretensión de universalidad, de una sola de las conductas típicas alternativas del art. 225 bis, con olvido de su consideración general, cuando nos encontramos ante un tipo penal alternativo.

Esta norma sanciona la sustracción de menores y a su vez describe dos conductas alternativas que integran esa conducta:

1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

El término sustracción en este ámbito más que hurto o robo fraudulento con que lo define el Diccionario de la lengua español (DEL) en su segunda acepción, se corresponde con la primera: apartar, separar; y así cuando expresa la norma se considera sustracción, realiza una tarea de equiparación, no tanto con la modalidad de traslado, donde se opera su concreción y definición, como en relación a la modalidad de retención que precisa de asimilación normativa, al no corresponderse semánticamente con la sustracción (cfr. STS núm. 870/2015, de 19 de enero de 2016).

Así, en el caso de autos, expresa la sentencia del Juzgado de lo Penal:

(...) la acusada incurre en delito por las dos modalidades pues consuma la modalidad del párrafo 1º en un primer momento en mayo de 2016 cuando traslada a los menores desde Italia donde residían habitualmente en compañía de ella y el padre a España bajo el pretexto de ver al resto de sus familiares pero adopta la decisión de no volver ni devolverlos a aquel país, aunque a Gaspar se la va manifestando de forma progresivamente meditada primero bajo el achaque de no hallarse bien para al fin manifestarle de forma expresa que no iba a volver con los niños.

Posteriormente el 11 de julio de 2017 consuma el párrafo 2º cuando hay una resolución judicial firme del Juzgado de Primera Instancia 3 de Granada que le impone la inmediata devolución de los menores, y de forma deliberada y consciente vuelve a mostrar su voluntad de no entregarlos Esa voluntad la vuelve a expresar el 26 de julio no acudiendo a la entrega en el punto de encuentro que se le señalaba por el Juzgado como ya había adelantado que haría en una comparecencia ante los medios de comunicación donde otra persona que al parecer había asumido el papel de asesora, exhibía esta última resolución.

También reitera la sentencia de apelación, que la recurrente colma ambas alternativas, pero que fundamentalmente incurre en la prevista en primer ordinal; y si bien tras la resolución del Tribunal de Cagliari, admite que también incurre en el ordinal segundo, le resta trascendencia práctica.

No obstante, son múltiples las alegaciones que únicamente acuden a la alternativa de retención para intentar explicar la conducta de sustracción, para incidir en la desobediencia a la autoridad judicial de esa conducta, sin atender que esa es una modalidad asimilada, que por ello precisaba explicación o motivación en su incorporación, mientras que la modalidad básica de traslado, no expresa en su tenor literal exigencia de desobediencia alguna.

2. En cualquier caso, el delito de sustracción de menores previsto en el art. 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que sólo contempla la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa del traslado, donde la conducta se tipifica sin distingo alguno, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal.

3. En cuanto al origen del art. 225 bis, conviene remontarse al consenso doctrinal que entendía que el Código Penal de 1995 respondía de modo insatisfactorio al delito de sustracción de menores por sus propios progenitores en situación de crisis familiar e incluso también en contra de las decisiones judiciales, por cuanto normalmente no se acomodaba a la conducta de detención ilegal prevista en el art. 163 y modalidad agravada del art. 165, de donde restaba meramente como tipo residual de recogida, si mediara resolución judicial o administrativa, el delito de desobediencia o en su caso como ilícito de coacciones si se empleara fuerza.

Ya, la sentencia de esta Sala núm. 373, de 15 de marzo de 1983, en relación art. 484 de la época (la sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor) decía:

(...) debe reconocerse que en estas sustracciones protagonizadas por los padres no padece normalmente la "seguridad" del menor entendida como la abstracta exención de daños y riesgos, a no ser que el atentado a la seguridad se extienda, como ha hecho una meritoria construcción doctrinal, a la mera ruptura de la relación del menor con las personas encargadas de su protección y custodia, estimando, en definitiva, que el bien jurídico protegido es la familia en su concreción de derechos y deberes inherente a la patria potestad, tutela o instituciones afines de mera guarda.

(...) lo cual no impide apreciar la existencia de un delito de desobediencia cuando media un mandato o requerimiento judicial, o la existencia de un delito de coacciones si con vías de hecho o mediante actos violentos de propia autoridad se infringen las determinaciones adoptadas sobre los hijos en un convenio o pacto de separación conyugal, o simplemente -interponiendo medios coactivos- se rompe una situación constituida de puro hecho, como fue en este caso la creada por el padre de las menores, reservando la grave calificación penal de sustracción de aquellos supuestos en que la acción del padre o de la madre, inspirada en motivaciones éticas inatendibles, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo la seguridad del menor, dando a esta expresión un lato sentido que abarca desde su vida, e integridad física o moral, hasta la interrupción de una relación de familia substituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausentes las funciones de vigilancia, custodia y educación que la formación integral del menor demanda.

Criterio que reitera la sentencia núm. 2.486, de 5 de julio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:9421).

Paralelamente, desde la década de los 70 del pasado siglo, estas conductas denominadas de forma genérica en los diversos órdenes jurisdiccionales, no solo el penal, como secuestro parental, fueron revelándose en progresivo aumento. El 8 de abril de 1975 dicta la Sala Primera del Tribunal Supremo, la considerada primera sentencia que contempla este problema, conocida como Bornes contra Fuentes Bobo (ECLI:ES:TS:1975:1947).

Hasta llegar a 1999, cuando el Defensor del Pueblo, haciéndose eco de las dificultades que atraviesan los padres al tratar de recuperar a su hijo que sustraído por el otro progenitor ha sido trasladado en la mayoría de las ocasiones a otro país, ponderando que para su resolución ya existían diversos Convenios internacionales, pero la norma penal era deficitaria, entiende que es necesario un tratamiento específico para tipificar el "secuestro parental" y no sólo por lo atentatorio que resultan este tipo de conductas para la libertad del menor, sino también para poder contar con un delito autónomo que permita iniciar los mecanismos internacionales de cooperación y así dar una respuesta más eficaz a la solución de estos conflictos, por lo que recomienda se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición (recomendación número 66/99 de 17 de noviembre).

Acogida la recomendación en sendas proposiciones de Ley de los grupos parlamentarios socialista y popular ("BOCG. Congreso de los Diputados", serie B, núm. 6-1, de 24 de abril de 2000 y núm. 75-1, de 9 de junio de 2000, respectivamente) luego unificadas en 2001, darían lugar al alumbramiento del artículo 225 bis por LO 9/2002.

De las proposiciones de Ley resulta que la finalidad era evitar la insuficiencia del art. 165 CP y del informe de la ponencia al unificarlas, en cuanto a la modificación del Código penal, además de referencias al art. 224 y al 622, proponía:

- La creación de una nueva sección en el Capítulo III del Título XII del Libro II relativa al delito de sustracción de menores.

- Integrada por un nuevo artículo, con el número 225 bis, en el que se describen las nuevas conductas penadas y se delimitan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Todo ello de conformidad con el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

- Mejor dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares que en otra sede diferente del Código Penal.

Por ello, el Auto de esta Sala Segunda con fecha 2 de febrero de 2012, cuestión de competencia 20540/2011 (ECLI:ES:TS:2012:1113A), en directa consecuencia, precisaba:

(...) nos encontramos con la investigación de un presunto delito de sustracción de menores del art. 225 bis del C. Penal, figura de derecho internacional estableciendo las Convenciones, en especial el XXVIII Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/08, que se entiende por sustracción y cuáles son los deberes de los Estados en vía civil, en concreto el derecho de custodia --artículo 5 a) del Convenio-- comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. No se diferencia entre progenitores custodios y quienes no lo son. De ahí que se considere traslado ilícito -artículo 3.a) del Convenio-- el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona... Así pues, teniendo el menor, en el caso que nos ocupa, establecida su residencia en Estados Unidos con ambos progenitores, quienes tenían al parecer conjuntamente atribuido sobre aquél idéntico derecho de custodia, la madre no podría, por una decisión unilateral y sin consentimiento del otro progenitor, que tendría tanto derecho a la custodia como ella, trasladar al menor, modificar su residencia y privarle de la compañía del padre. La alteración del status quo del menor, en caso de custodia conjunta, sólo puede hacerse de común acuerdo por ambos titulares del derecho. Y a falta de acuerdo, decide la autoridad en interés del menor. Ello es así a efectos civiles, como concordantemente han declarado el tribunal español y el estadounidense, y también a efectos penales, porque no apreciamos ningún elemento en el artículo 225 bis del Código Penal español que permita apartarnos de la interpretación que literalmente se desprende del Convenio Internacional en la materia. Así, el 225 bis 1 tipifica la conducta del progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor. No se hace mención o diferencia alguna respecto del derecho de custodia. El 225 bis 2 establece la interpretación auténtica de lo que, a efectos de este artículo, debe considerarse sustracción, y la definición del número 1º no deja lugar a dudas: El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su artículo tercero considera que hay sustracción ilícita "cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" y "cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención".

A su vez define el "derecho de custodia" como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; en distinción del "derecho de visita" que describe como el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. Nuestro Código Civil no contiene definición de custodia en referencia al menor por parte de sus progenitores, regulada principalmente para caso de ruptura matrimonial en su art. 92; algún contenido más concreto aportan la normativa promulgada por las Comunidades Autónomas, como el art. 236-11.5 y 6 del CC de Cataluña; si bien, la doctrina y la jurisprudencia entienden con ello, la atribución de la convivencia habitual con el menor y cuidado directo sobre el mismo y por tanto la decisión sobre las cuestiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado, lo que no coincide exactamente con la definición de la norma convencional.

En cualquier caso, la definición de sustracción ilícita no exige resolución judicial o administrativa previa que atribuya el derecho de custodia, al prever expresamente el Convenio que tal derecho de custodia podría derivar de una atribución legal, por resultar así previsto en el ordenamiento estatal o por una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Como sí exige y su título revela el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos; escasamente utilizado por la dificultad y tiempo que conlleva la obtención del exequátur previsto, frente a la acción directa de retorno del menor del Convenio de La Haya.

Por otra parte, aunque en las relaciones entre los Estados de la Unión Europea, rige el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también conocido como Reglamento

de Bruselas II bis, hasta el 1 de agosto de 2022 que se aplicarán las modificaciones del Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, normativa europea se parte expresamente en esta materia de la aplicación de las disposiciones del Convenio de La Haya, si bien con la complementariedad de las previsiones de sus Capítulos III y IV (art. 96).

Es decir, la normativa de derecho internacional privada tuitiva de la evitación del secuestro parental comúnmente aceptada y aplicada, que sirvió de modelo para la configuración y redacción del art. 225 bis, no diferencia en el traslado ilícito, los supuestos donde la custodia quebrantada era consecuencia de previsión legal, acuerdo con eficacia jurídica o derivaba de resolución judicial o administrativa.

Conviene advertir que toda esta normativa atiende al restablecimiento del statu quo mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita; si bien, como resulta del informe explicativo que la propia Conferencia de La Haya alberga en su sitio en la red, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia; el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia cuestionado, deberá decidirse, tras el retorno, ante las autoridades competentes donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado; donde por esta vía indirecta, se trata en aras de atender el interés del menor, prevenir estas conductas de sustracción y en todo caso la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual.

4. En su paso por el Senado, sin cambiar el texto de la norma, salvo para establecer un límite temporal a la pena de privación de la patria potestad, se dotó a la proposición "de una Exposición de Motivos en la que se recogen las razones a las que responde esta iniciativa legislativa", con la única justificación de que carecía de ella, donde se indicaba: El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Exposición, que en vez de clarificar, dificultó grandemente la interpretación de la norma, pues si bien es cierto que la motivación de su tipificación era la consecución de un tipo específico y que estas conductas no persistieran sancionadas como un supuesto de desobediencia del art. 556, esta última consecuencia sólo era predicable cuando mediara previamente, una resolución judicial (en su caso administrativa), mientras que restaba aún una gran parte de comportamientos de "secuestro parental", que también se procuraba y atendía tipificar, respecto de los cuales, ni siquiera resultaba posible condenar por desobediencia, al corresponderles la custodia por atribución legal sin haber resultado modificada esa situación por resolución judicial.

No olvidamos que aunque carente de valor normativo, la Exposición de Motivos (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), conjuntamente con su tramitación parlamentaria, "constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas" (SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 7; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6; y también STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6).

Por ello, más allá de su tenor literal, hemos de ponderar sistemáticamente, que en este caso la Exposición o Preámbulo fue incorporado ex post, por quien no había intervenido en la inicial redacción y configuración de las conductas tipificadas; y que aún así, efectivamente aporta una interpretación finalista, pero que sólo resulta argumentativamente comprensible si se entiende su dimensión parcial, restringida a la conducta del art. 225 bis.2.2º, la alternativa típica que precisaba aclaración, pues si bien con anterioridad a la norma podía resultar típica a través del delito de desobediencia, la retención no se compadecía en su estricta literalidad con el término sustracción; mientras que, como hemos visto, en la inicial ponencia unificada donde se redacta el texto del articulado (BOCG de 11 de junio de 2001, Serie B, núm. 6-10), luego definitivamente aprobado, sin discusión o debate ulterior en toda la tramitación, que alterara la opción de su ubicación sistemática y la explicación que otorgaba al modo en que se había configurado, indicaba que la norma tipificaba comportamientos de traslado o retención de menores descritos como ilícitos en la Convenio de La Haya; y en esta norma convencional, como hemos reiterado no discrimina el derecho de custodia del menor adquirido por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, con el derecho de custodia adquirido por resolución judicial o administrativa.

En todo caso, incluso el estricto tenor literal de la Exposición de Motivos, en nada permite concluir que el componente principal en esta nueva tipología fuere la desatención frente a la Administración de Justicia, integrado por la desobediencia a sus resoluciones, sino meramente el deseo de evitar que la posibilidad de tipificación se limitara a sancionar como desobediencia genérica; para lo cual, caben otras muchas posibilidades, que no sean un tipo configurado como desobediencia específica.

5. Median otros elementos que sistemáticamente analizados permiten concluir, la correlación del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con el art. 225 bis, como es la penalidad establecida, con un umbral mínimo escasamente utilizado en nuestro Código con tan corta horquilla, para

que aún en casos de degradación, siempre posibilite la reclamación extradicional del acusado, pero con umbral máximo cercano para no desbordar la proporcionalidad punitiva de estas conductas. Aunque si bien se parte de ese modelo, se le dota a este tipo penal, de sustantividad propia, como muestra fundamentalmente que no sea preciso que el traslado del menor se produzca allende las fronteras; si bien cuando esto sucede se incluye una agravación específica, que determina una pena de prisión de tres a cuatro años, de modo que, como decíamos, aún degradada, posibilite reclamación extradicional.

La pena conlleva pues, cierta gravedad, pero deviene consecuencia necesaria de una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resultaba eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, pues no permite entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, con cuál de los progenitores el menor estaría mejor atendido; sólo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas, la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que el superior interés del menor se concreta en el Convenio de la Haya en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.

En todo caso, la penalidad resulta prevista para conductas graves y así la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016, entiende adecuadamente subsumidos los hechos en el art. 225 bis porque la conducta del acusado impidió que los menores estuvieran con su madre, así como que ésta ejerciera los derechos y deberes que le correspondían, inherentes a la custodia, precisando que no se trataba de la simple privación de alguna concreción del derecho de visita.

Desde su perspectiva negativa, el TEDH recuerda que, para un progenitor y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 junio 1998); por otra parte, si bien la finalidad principal del artículo 8 CEDH es proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no exige simplemente que el Estado se abstenga de dicha injerencia; a este compromiso más bien negativo, pueden añadirse las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar, como es la disuasión eficaz contra los actos graves que afectan a los valores fundamentales y los aspectos esenciales de la vida privada y familiar a través de disposiciones penales eficaces; y así, en cuanto el artículo 8 también implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar dichas medidas; la naturaleza y el alcance de tales medidas dependerán de las circunstancias de cada caso, pero indica la STEDH de 4 de diciembre de 2012, caso Özmen c. Turquía (asunto nº 28110/08) que cuando surgen dificultades, principalmente por la negativa del progenitor con el que se encuentra el menor a someterse a la ejecución de la orden de restitución inmediata, corresponde a las autoridades competentes adoptar las medidas adecuadas para sancionar esta falta de cooperación y, si bien las medidas coercitivas en relación a los menores, no son en principio, deseables en este ámbito tan sensible, no debe descartarse el recurso a las sanciones en caso de comportamiento manifiestamente ilícito del progenitor con el que vive el niño (véanse las sentencias Maire c. Portugal, 26 de junio de 2003, núm. 48206/99, § 76, y Maumousseau y Washington, c. France, 6 diciembre 2007, núm. 39388/05, § 83).

Si bien, respecto al "secuestro parental", reitera que atiende desde estas obligaciones positivas esencialmente a la puesta en marcha de las soluciones que otorga la normativa de derecho internacional privado para ponerle fin, fundamentalmente, por ser el más extendido, el Convenio de La Haya de 1980; exige que la respuesta sea efectiva, disuasoria, donde proporcionales sanciones penales también encuentran lugar. Pues en esta materia identifica el TEDH, como uno de los elementos constitutivos del interés del menor, el no ser alejado de uno de sus progenitores por el otro; siendo irrelevante que el progenitor que desplaza al menor, estime, con razón o sin ella, tener un derecho primordial sobre la persona del menor (Maumousseau y Washington cit., § 68).

Así en relación a nuestro 225 bis, la STEDH de 29 de abril de 2003, caso Iglesias Gil y A.U.I c. España (asunto nº 56673/00) indica por lo que se refiere a la obligación del Estado de adoptar medidas positivas, el artículo 8 CEDH en materia de reunión de un progenitor con sus hijos, debe interpretarse a la luz del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (sentencia Ignaccolo-Zenide § 95) y la obligación para las autoridades nacionales de adoptar las medidas previstas en el mismo (ver, por ejemplo, las sentencias Ignaccolo-Zenide c. Rumania, nº 31679/96, § 94; Nuutinen c. Finlandia, nº 32842/96, § 127 (§ 49); y tras reprochar que en ese caso no se pusieran en marcha ninguna de las previsiones del Convenio de La Haya, en relación con las medidas penales y pese a constatar que en este asunto, el capítulo penal del caso no reviste ya una incidencia significativa, reseña la insuficiencia de la normativa anterior a la LO 9/2002: queda la cuestión del rechazo opuesto por las jurisdicciones internas a la solicitud de la recurrente de ordenar un mandato de búsqueda y de arresto internacional contra Jose Enrique. A este efecto, el T.E.D.H. señala que los tribunales la han desestimado al argumentar que los hechos reprochados a Jose Enrique., a saber su salida con el menor, podrían

calificarse eventualmente de desobediencia, un delito castigado con una pena de prisión de seis meses a un año, y no permitiría la expedición de una orden de detención internacional. Para llegar a esta conclusión, las jurisdicciones internas han analizado una serie de elementos de hecho y de derecho que han juzgado pertinentes para apreciar la cuestión. El T.E.D.H. recuerda que compete en primer lugar a las autoridades nacionales y, singularmente, a las Audiencias y Tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno (ver, por ejemplo, la sentencia *Winterwerp c. Países Bajos* de 24 de octubre de 1979, § 46). En este caso, el T.E.D.H. considera sin embargo que el problema no concierne únicamente la interpretación realizada por las jurisdicciones internas de las disposiciones legales en vigor en la materia en la cual, a fin de cuentas, nada demuestra que fuera poco razonada, sino más bien se refiere sobre todo a la insuficiencia de la legislación en cuestión (§ 61).

Tras lo cual, el Tribunal destaca que el legislador español ha estimado necesario reforzar, especialmente en lo penal, las medidas tendentes a combatir la sustracción de niños; y observa que LO 9/2002 del 10 de diciembre de 2002 ha modificado las disposiciones del Código Penal en la materia y aumentado las penas; lo que no evita que afirme la existencia de violación del Convenio, como consecuencia de que las autoridades españolas han omitido desplegar los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente a la restitución de su hijo y el derecho de éste último a volver con su madre, ignorando de este modo su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio.

De manera que la configuración de las conductas sancionadas en el art. 225 bis CP, con sustantividad y autonomía propias, pero a partir de las conductas de traslado o la retención de un menor que se considera como ilícitas en el Convenio de La Haya de 1980 pueden, conforme resulta de esta resolución y, deben entenderse, como determina su configuración típica en los trabajos legislativos que la alumbraron, entre las medidas que discrecionalmente incumbe a los Estados adoptar, para garantizar el cumplimiento del artículo 8 CEDH en la esfera de las relaciones personales y familiares; y en consecuencia, como efectivo elemento de disuasión de estas conductas, también y especialmente cuando el traslado o la retención conllevan el desplazamiento inconsentido de la residencia habitual del menor a otro Estado.

6. Conviene no obstante precisar que la tipificación del art. 225 bis no conlleva la sanción de cualquier conducta nimia que desconozca el derecho de custodia. Así las indicaciones del legislador y evolución de las tipicidades paralelas, objeto de consideración en la referida LO 9/2002.

Donde a su vez, la correlación, que no desdice su absoluta autonomía típica, sino la manifestación de su proyección entre el Convenio de La Haya y la configuración de la conducta típica del art. 225 bis, resulta también manifestada en la redacción de los arts. 224 y 622 CP, al emplearse en los trabajos legislativos e incluso en la redacción final del 225 bis y del 622, el término custodia, tal como fue traducida esa expresión al castellano, quince veces utilizada en el texto del Convenio.

La ponencia unificada de las proposiciones de Ley, también reseñaba entre sus propuestas relacionadas con el Código Penal en esta materia:

i) la inclusión en el artículo 224 del Código Penal del delito de inducción a la infracción del régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa cuando sea cometido por uno de los progenitores.

ii) modificar el artículo 622 al objeto de armonizar su contenido con el nuevo artículo 225 bis. Armonización que tras su aprobación resulta con esta redacción: Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

En esa modificación del art. 622, por una parte deja de ser exclusivamente un tipo residual o sancionatorio de las conductas más livianas, en relación con el delito de desobediencia para serlo también del delito contra las relaciones familiares; pero además, centra la conducta ilícita en la infracción del régimen de custodia (expresión que se reiteraba en la descripción del contenido a otorgar al futuro 224), cuando con esa denominación y connotación, no aparecía en esa fecha, 2002, en el Código Civil (desapareció en 1981 la alusión que incluyó en el art. 67 la Ley 24 de abril de 1958); sus denominaciones históricas fueron diversas, así la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, mencionaba el "depósito de los hijos" y el "quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección" y donde comienza a normalizarse el término custodia es en la 'adjetiva' Ley de Enjuiciamiento de 8 de enero de 2000 y vigencia un año después, usaba en dos ocasiones la locución "guardia y custodia" - arts. 769 y 770- y exclusivamente custodia en el art. 771); era el art. 5 del Convenio de La Haya (y en manera derivada el art. 2 de Reglamento (CE) nº 2201/2003), que reproducían definición (a efectos del Convenio), donde se definía el "derecho de custodia".

Incluso en la jurisprudencia de la Sala Primera, sólo encontramos dos veces la expresión "derecho de custodia": sentencia 89/2021, de 17 de febrero ECLI:ES:TS:2021:532 y auto de 1 de abril de 2003 ECLI:ES:TS:2003:3581A; en alusión al Reglamento (CE) n.º 2201/2003, en el primer caso y al Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, en el segundo; y la expresión "régimen de custodia", no es utilizada con anterioridad a la reforma operada en el Código Civil por la Ley

15/2005, salvo en dos autos, de 17 de febrero de 1998 ECLI:ES:TS:1998:406A, sobre exequátur de una resolución inglesa y el de inadmisión de 20 de junio de 2000 ECLI:ES:TS:2000:1361A. La expresión más utilizada era "guarda y custodia" con un lejano precedente de 28 de febrero de 1947 y algo más cercano de 16 de noviembre de 1978, para consolidarse a finales de siglo en sentencias de 19 de octubre de 1983, 28 de octubre de 1983, 23 de junio de 1994, 25 de junio de 1994, de julio de 1996, 20 de mayo de 1997 ó 22 de mayo de 1999.

Tanto en el caso del art. 622, como en el añadido 618.2 en la reforma de la LO 15/2003, en relación a otras obligaciones familiares, exigen expresamente, al tratarse de incumplimientos de carácter leve, su previo establecimiento por la autoridad judicial o administrativa; aquí lógicamente explicable en aras de dotar a esas conductas mínimamente infractoras de una antijuridicidad material susceptible de ser sancionada penalmente. Con la reforma operada por LO 1/2015, se suprimen ambas faltas, sin que correlativamente se adicionase al Libro segundo infracción con correlativo contenido; pero precisa el Preámbulo de la ley que resulta justificada su derogación sin incluir nuevas sanciones delictivas, porque las conductas más graves de incumplimiento están ya tipificadas como delito ya en los arts. 226 y ss. CP ya como desobediencia; y en los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Destaca que tal remisión a la normativa civil no se realiza en relación con el art. 225 bis; pero por una parte es obvia la mayor entidad del régimen de custodia que el régimen de visitas y por otra, el art. 225 bis, cuenta ya en su apartado cuarto, modalidades de exención y atenuatorias para las conductas de cesación temporal temprana del traslado o retención ilícitos; pero ello no debe impedir que conductas que no confrontan especialmente con el bien jurídico tutelado, encuentren su exclusiva depuración en la jurisdicción civil.

7. En relación ya, tras las anteriores consideraciones, a la concreción del bien jurídico del delito de sustracción de menores, hemos de precisar que aunque se invoque con frecuencia el interés superior del menor y la propia Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, exhorta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11); tan esencial interés, que integra sin duda un primordial criterio de ponderación interpretativo, o criterio referencial metodológico, sigue precisando, como también se reseña en el informe del Ministerio Fiscal, de anclaje en un concreto bien jurídico tutelado por la norma penal.

El primer corolario de las anteriores consideraciones, sería que este bien jurídico no puede ser identificado con la libertad y seguridad del menor, como la jurisprudencia incluso ya con el anterior Código, doctrina, Defensor del Pueblo y la propia Exposición de Motivos, han puesto de relieve. En la STS núm. 1066/2010, de 21 de enero de 2011, se narra cómo la Audiencia Provincial no estimó que se hubiera cometido contra el niño un delito de detención ilegal (art. 163.1 CP); sostuvo el Tribunal a quo, que la acción de los acusados no tendió a encerrar o detener al niño recién nacido y que éste quedó en la casa de la familia de su padre fallecido cuando los acusados expulsaron a la madre de la casa; por lo tanto, indica, no se afectó la libertad del niño, sino al "derecho del menor de relacionarse regularmente con su madre".

A partir de la motivación de la tipificación de esta conducta, ciertamente con sustantividad y autonomía propia, pero directamente inspirada y conformada a partir de las conductas de traslado y retención ilícitos contempladas en el ámbito del derecho internacional privado y más concretamente en el Convenio de La Haya de 1980, en directa y congruente relación con su ubicación sistemática, en Capítulo dedicado a " De los delitos contra los derechos y deberes familiares" dentro del Título XIII, rubricado como " Delitos contra las relaciones familiares", ha de ser puesta en directa conexión con el derecho de custodia, cuyo quebranto determina el traslado y retención ilícita en aquella normativa, como instrumento de estabilidad en las relaciones familiares de los menores en que recae, donde el evitar los cauces legalmente establecidos para resolver los supuestos de desacuerdo entre los progenitores y acudir a vías de hecho para conseguir esa custodia, genera lógicamente la desestabilización de esas relaciones, en cuanto se le cercenan con parte de los integrantes de esa familia.

Es decir, contemplando siempre como criterio finalístico el principio rector del superior interés del menor, se concreta en una de sus manifestaciones, la tutela del derecho de custodia formalmente establecida, en cuanto su desconocimiento por vías de hecho genera el riesgo para el menor de privarle de sus relaciones con el otro progenitor, de originarle problemas de adaptación, psicológicos, afectivos...; pero a través de una protección anticipada, como mera situación de riesgo, pues por una parte, igualmente incurre en comisión típica el progenitor que traslada a un hijo al extranjero y allí consigue una resolución que prohíba salir de ese país al menor, aunque no impida y de hecho el otro progenitor contacte frecuentemente con ese menor; por otra, tampoco exige el tipo que esa serie de riesgos afectivos o adaptativos se concreten; como tampoco evita la comisión delictiva, que efectivamente en atención a las circunstancias en el momento del secuestro, el progenitor que realiza el traslado o lo retiene, estuviere objetivamente en mejores condiciones para custodiar al menor; al margen de la potencial concurrencia de causas de justificación, algunas también contempladas en el contenido en el Convenio.

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 voluntad 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.

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:

(...) el bien jurídico que directa y específicamente protege el art. 173.2 del Código Penal es la pacífica convivencia entre personas conexionadas por los lazos familiares o por la estrecha relación de afecto antes

indicados, observada esta paz familiar como el bien grupal que plasma el legislador, por más que el bien jurídico asiente sus raíces en valores como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, o proyecte su sombra sobre los derechos a la integridad personal o a que ninguno de sus componentes sufra tratos inhumanos o degradantes; bienes jurídicos estos últimos que, en función de los actos concretos que el sujeto activo realice y de quien sea la víctima de cada uno de ellos, encontrarán su protección singularizada en los correspondientes tipos penales, como el propio artículo 173.2 del Código Penal contempla.

Solo esta concepción del bien jurídico permite que la protección penal se dispense con independencia de quien de los integrantes concretos de la unidad familiar soporte cada uno de los habituales comportamientos violentos, y que se contemple una agravación específica cuando alguno de los actos de violencia se perpetre en presencia de menores, sin que la estructura de la punición de los hechos pueda modificarse a una concepción individual del hecho típico cuando los actos de violencia física se proyecten de manera reiterada sobre varios individuos. Ni ello respondería a un análisis estable o invariable de la previsión normativa; ni contemplaría el padecimiento de los que viven inmersos en el contexto de violencia sin ser sujetos directos de los actos violentos; ni se ajustaría a la previsión de que se sancionen individualmente los actos en que se concreten los actos de violencia física o psíquica perpetrados; como tampoco resultaría conforme con la previsión del legislador de agravar el delito de violencia familiar habitual cuando los hechos tengan lugar a presencia de menores.

El número de familiares directamente impactados por el comportamiento violento (como la frecuencia con que se reiteren los actos de violencia; la naturaleza concreta de los comportamientos; o el daño que los actos de dominación puedan irradiar a los demás integrantes de la unidad familiar), es un parámetro que permite evaluar la antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable, con repercusión evidente en la individualización de la pena a imponer, pero no transforma el vil y despreciable hábito que es objeto de punición en tantos delitos homogéneos como miembros de la familia hayan soportado directamente los abusos, menos aún cuando el menoscabo individual inherente a cada comportamiento es objeto de sanción separada por expresa previsión del artículo 173.2 del Código Penal y satisface con ello la protección de los bienes jurídicos individuales directamente impactados.

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. Incluso en la sentencia recurrida, aunque condena por dos delitos, sólo impone dos penas de prisión, mientras que la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad si bien se acuerda respecto de los dos menores, a pesar de que cuenta con un componente temporal, sólo impone una pena única de inhabilitación por seis años, cuando la extensión mínima sería cuatro años por cada delito.

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.

Del mismo modo que quien conduce sin permiso de conducir, potencialmente genera un riesgo para la vida y salud de los demás, aunque no necesariamente, porque a pesar de esta carencia administrativa puede ser un hábil conductor, lo que no evita la conducta típica; en la sustracción de menores, no se atiende a ponderar quien sería el mejor custodio. En el ámbito del derecho internacional privado, el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980, prohíbe resolver respecto al fondo del derecho de custodia; y una vez efectuado el retorno y sometida la discordia a resolución judicial, nada obsta, que pueda ser atribuida al progenitor que realizó el traslado o la retención ilícita, incluso aunque existiera resolución judicial en contrario, pues la situaciones que deben ponderarse son cambiantes y siempre se resuelven en función de cuál sea el interés del menor en cada momento.

Ahora ya, tipificada la conducta de sustracción de menores, al optarse por intensificar la disuasión y potenciar el retorno urgente del menor, la condena penal impide tal posibilidad.

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.

Sexto.

El cuarto motivo lo formula por infracción de la proporcionalidad de las penas e indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 66 y 72 en relación con el artículo 225 bis del Código Penal, pues no existe razonamiento alguno, señala, que justifique la gravedad de la pena impuesta que supera el mínimo legal y sin que se hayan tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso ni las personales de la recurrente.

Habida cuenta que el delito de sustracción de menores del art. 225 bis está castigado con penas prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años; y que le fue impuesta la pena de dos años y seis meses de prisión por cada menor y privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años, pero que tras la estimación será exclusivamente condenado por un solo delito, el motivo resta sin objeto, pues ahora sí, debe ponderarse la mayor gravedad derivada que son dos los menores desgajados del progenitor a quien correspondía el derecho de custodia y las penas se imponen en su mitad inferior.

Séptimo.

De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de estimación del recurso, las costas 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

Estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Celsa , así como la adhesión formulada por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia número 98/19 de fecha 7 de marzo de 2019 dictada en el Rollo de Apelación P.A. núm. 215/2018 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 257/18 de fecha 18 de julio de 2018 dictada

por el Juzgado de lo Penal num.1 de Granada en la causa Procedimiento Abreviado 71/2018, en cuya virtud, casamos y anulamos la resolución recurrida en los términos que precisamos en la segunda sentencia, que a continuación se dicta; ello, con declaración de oficio de las costas causadas.

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.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García
Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION NÚM.: 1665/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García
En Madrid, a 23 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1665/2019, interpuesto por D^a Celsa representada por la Procuradora D^a María Teresa Saiz Ferrer bajo la dirección letrada de D^a María Teresa Pozo Ortega contra la sentencia número 98/19 de fecha 7 de marzo de 2019 dictada en el Rollo de Apelación P.A. núm. 215/2018 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 257/18 de fecha 18 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal num.1 de Granada en la causa Procedimiento Abreviado 71/2018, 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 y como parte recurrida, D. Gaspar representado por la Procuradora D^a Paula Aranda López bajo la dirección letrada de D. Enrique Fabián Zambrano Cañizares.

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

ANTECEDENTES DE HECHO**Único.**

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Único.**

Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, la acusada debe ser condenada exclusivamente por un delito de sustracción de menores, en vez de dos como se pronunciaba en la sentencia recurrida. En cuanto a la concreción de la pena, habrá de estarse a la impuesta de prisión de dos años y seis meses y privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Jaime y Jon; pues como antes indicamos, al ser dos los menores objeto de sustracción, resulta justificado esa ligera superación del umbral mínimo; y por otra, al tratarse de un recurso formulado exclusivamente por la representación de la acusada, incidir peyorativamente en la individualización de la pena, aunque ahora condenemos por un delito y antes por dos, no conciliaría en exceso con la prohibición de reformatio in peius.

FALLO

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

Condenamos a Celsa como autora de un delito de sustracción de menores tipificado y sancionado en el artículo 225 bis del Código Penal, a las pena de dos años y seis meses de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos Jaime y Jon; así como, a que indemnice a Gaspar en doce mil euros y al pago de la mitad de las costas incluidas las de la acusación particular.

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.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García
Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

Que formulan los magistrados Leopoldo Puente Segura y JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA a la sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 2021, dimanante del Rollo de Casación 1665/2019, del que han sido parte la SRA. CELSA y el MINISTERIO FISCAL y al que se adhiere el MAGISTRADO ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA.

1. Lamentamos sinceramente no poder suscribir en su integridad la sentencia que en este caso se ha dictado y consideramos un deber manifestar nuestra respetuosa discrepancia que gira sobre una cuestión, de alcance estrictamente normativo, relativa al espacio de protección del tipo del artículo 225 Bis CP que determina, finalmente, la propia estructura de la acción y, con ella, las posibilidades concursales.

2. Para la mayoría de los integrantes de la Sala a la que tenemos el honor de pertenecer, y de la mano de una ponencia que bien merece el calificativo de extraordinaria por su profundidad y rigor, se considera que el tipo de sustracción de menores del artículo 225 bis CP, protege los derechos parentales del progenitor con quien el menor convive habitualmente frente a la injusta decisión del otro progenitor de trasladar al menor sin su consentimiento de su lugar de residencia o de retenerlo incumpliendo gravemente el deber de retorno o reintegro establecido por resolución judicial y administrativa. Lo que comporta, como consecuencia necesaria, que dada una

conducta sustractiva o de retención idónea para afectar el régimen parental se producirá el delito, un solo delito, con independencia de los menores que hayan podido ser víctimas de sustracción o retención.

3. La sentencia mayoritaria ofrece plurales y sugerentes argumentos justificativos que se apoyan en la ubicación capitular del precepto, los antecedentes regulativos, la voluntad legislatoris, plasmada en la exposición de motivos de la reforma del Código Penal operada por la L.O 9/2002 y, muy en especial, en la necesidad de cohonestar el espacio de protección del tipo penal con los fines de protección fijados en la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 que regula los aspectos civiles del secuestro internacional de menores y que, de forma evidente, ponen el acento en los derechos de custodia del progenitor.

4. Y es aquí donde radica el punto esencial de nuestra discrepancia pues 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.

5. 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.

6. 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. Derechos que, especialmente en las primeras etapas de la vida, se ven especialmente fortalecidos por el mantenimiento de su relación con ambos progenitores -vid. Observación General nº 7 del Comité de Derechos del Niño, sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia, " () En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos".

El derecho a esa relación parental solo puede ceder ante causas graves que justifiquen su modulación o restricción y que respondan, además, de forma exclusiva a su interés superior.

7. El artículo 39 CE establece una fuerte garantía institucional de protección a los menores al ordenar " que gozarán de la (protección) prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos". Esta vinculación directa ex constitutione a los derechos convencionales de protección sitúa en una posición constitucional aventajada al derecho del menor a la relación parental. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 96 y 10, ambos, CE, el artículo 39 CE incorpora directamente al núcleo de la constitucionalidad interna los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -(3). Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, a salvo si ello es contrario a sus intereses- y en el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del niño, de 1989 -(3). Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño-.

8. También resulta de particular relevancia a los efectos que nos ocupan, el Convenio del Consejo de Europa, firmado por España, sobre relaciones personales concernientes a los niños, de 15 de mayo de 2003. Como se reconoce expresamente en el preámbulo, el Convenio responde a la necesidad de resituar al menor, como titular de derechos convencionales, en una posición protagónica en aquellos conflictos que pueden afectar a su derecho a la relación parental, reformulando la terminología tradicional del Convenio de La Haya de 1980. Así se precisa, "(...) Consciente de la conveniencia de reconocer como titulares de derechos no solo a los padres sino también a los hijos, se acuerda, por tanto, sustituir la noción "derecho de visita a los niños" por la de "contacto relativo a los niños".

9. Lo anterior nos sirve para afirmar que ese derecho propio, intransferible y de máxima relevancia constitucional reúne todas las condiciones para ser considerado un bien jurídico merecedor de especial protección, también, sin duda, por la norma penal. En este sentido, merece ser destacada la STEDH, caso Söderman contra Suecia, de 12 de noviembre de 2013, en la que el Tribunal insiste en las obligaciones positivas del Estado para garantizar el respeto a la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones interpersonales. Precisando que sin perjuicio de los márgenes de apreciación que cabe reconocer a las autoridades de cada Estado " cuando estai en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, o donde las actividades en juego involucran los aspectos más íntimos de la vida privada, el margen permitido al Estado se reduce correspondientemente". Lo que puede comportar que, con respecto a los niños, que son particularmente vulnerables, se adopten medidas de naturaleza penal que supongan "disuasión efectiva contra violaciones graves de la integridad personal" con el objetivo de "garantizar el respeto de la dignidad humana y proteger el interés superior del niño"-.

10. Como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los comportamientos de los progenitores que de manera arbitraria sustraen a sus hijos, privándoles de la relación parental con el otro progenitor, no solo comportan una lesión del derecho de este al contacto con el o la menor sino también una lesión del derecho del o la menor a su vida privada y familiar -vid. entre muchas, SSTEDH, caso Maire c. Portugal de 26 de junio de 2003, caso Show c. Hungría, de 26 de julio de 2011; caso X c. Letonia, de 26 de noviembre de 2013; López Guió c. Eslovaquia de 3 de junio de 2014; caso Endrizzi c. Italia, de 23 de marzo de 2017; caso M.K c. Grecia, de 1 de febrero de 2018; Nuelinger y otros c. Suiza de 26 de julio de 2019; caso Luzi c. Italia de 5 de diciembre de 2019-.

11. Por su particular relevancia debemos destacar la STEDH, caso Iglesias Gil c. España, de 29 de abril de 2003, en la que se aborda un supuesto de sustracción de un menor por uno de los progenitores. El Tribunal de Estrasburgo declara vulnerado el artículo 8 CEDH no tanto por la inactividad o negligencia de las autoridades judiciales sino por la ausencia de mecanismos legales para garantizar la efectividad de las decisiones que, adoptadas en el curso del proceso penal, ordenaban el retorno del menor sustraído. En concreto, el TEDH destaca cómo "los tribunales rechazaron esta solicitud (la de librar una orden internacional de detención) porque los actos de los que se acusaba a A.U.A., a saber, su marcha con el niño, podían ser calificados de desobediencia, un delito castigado con una pena de prisión de entre seis meses y un año, y no permitían la emisión de una orden de detención internacional. Para llegar a esta conclusión, los tribunales nacionales examinaron una serie de elementos de hecho y de derecho que consideraron pertinentes para la apreciación de la cuestión". El Tribunal reitera que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales y, en particular, a los tribunales, interpretar y aplicar el Derecho interno. Sin embargo, en el presente caso, considera "que el problema no se refiere únicamente a la interpretación de las disposiciones legales pertinentes por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, que, por otra parte, no hay nada que demuestre que fuera irrazonable, sino sobre todo a la insuficiencia de la legislación aplicada". A este respecto, la Corte señala "que el legislador español ha considerado necesario reforzar las medidas de lucha contra la sustracción de menores, especialmente en el ámbito penal. A este respecto, observa que la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, modificó las disposiciones pertinentes del Código Penal e incrementó las penas que se imponen cuando el autor de la sustracción o de la denegación de representación de un menor es uno de los padres y la custodia del menor se ha concedido legalmente al otro progenitor o a otra persona o institución en interés del niño (véanse los párrafos 33 a 36 supra)". Concluyendo, a la luz de lo anterior y sin perjuicio del margen de apreciación del Estado demandado en la materia, " que las autoridades españolas no realizaron esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar que se respetara el derecho de la demandante a la restitución de su hijo y el derecho de este a reunirse con su madre, infringiendo así su derecho al respeto a la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio".

12. Lo dicho hasta ahora nos permite afirmar que el espacio de protección del artículo 225 bis CP se extiende al derecho a la relación parental del menor, como bien jurídico específico, que se ve profundamente afectado por las conductas de sustracción o de retención que integran las correspondientes acciones típicas.

No identificamos razones que desde el principio de estricta tipicidad compelan a reducir el espacio de protección. De contrario, desde una interpretación constitucionalmente orientada y ajustada al sentido literal posible, y por las razones expuestas, la específica garantía institucional de protección de los menores del artículo 39 CE, abona la interpretación del tipo como de naturaleza pluriofensiva. No identificamos tampoco ni riesgo de extensión aplicativa ni de incompatibilidad con la génesis del precepto, sin que la invocada exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002 permita, a nuestro parecer, sostenerlo.

13. 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.

14. En efecto, la primera consecuencia obliga a trazar qué tipo de relación se da entre el bien jurídico protegido y el objeto de la acción típica. Como es sabido, el legislador dispone de tres técnicas distintas de fijación. En primer lugar, puede utilizar el bien jurídico para formular y describir el tipo, la denominada coincidencia formal y de contenido -por ejemplo, en los delitos patrimoniales, en los que el bien jurídico, el patrimonio, sirve para describir el objeto de la acción-. La segunda, es la que limita la coincidencia solo al contenido -por ejemplo, en los delitos contra la vida, el bien jurídico es la vida humana, pero el objeto sobre el que recae la acción es la persona, aunque en la interpretación normativa ambos conceptos se les de un mismo alcance-. Y una tercera técnica en la que no se identifica ni por forma ni por contenido el bien jurídico que se lesiona a consecuencia de la acción, lo que obliga a buscarlo a partir del resultado.

15. En el caso, parece que el legislador ha utilizado la tercera de las técnicas lo que, en efecto, puede dificultar la identificación del bien jurídico, pero solo hasta cierto punto. Y, sobre todo, no creemos que el contenido del tipo permita limitarlo al derecho del progenitor custodio al contacto parental con sus hijos.

16. Es cierto, como se afirma en la sentencia mayoritaria, que las definiciones típicas del artículo 225 bis 2.1º y 2º CP se nutren de referencias y significantes normativos contenidos en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 -ambos ratificados por España-, que coinciden en describir la ilicitud del desplazamiento o la retención del niño "a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y b) este derecho se ejerciera de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos".

Pero creemos, como base de nuestra discrepancia, que lo que se está definiendo en el artículo 225.2 bis CP es el objeto de la acción no el objeto de protección que, en este caso, son cosas distintas. 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 y esta se transfiera al progenitor -llámese la atención, de nuevo, que el Convenio del Consejo de Europa, firmado por España, sobre relaciones personales concernientes a los niños, de 15 de mayo de 2003, desplaza el término derecho de visita a los niños" por el de "contacto relativo a los niños"-.

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-.

17. 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, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre del abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, 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.

18. Un entendimiento distinto, además, nos enfrenta con la consecuencia de que si, como se mantiene en la sentencia ampliamente mayoritaria de la que discrepamos, el bien jurídico protegido por el tipo penal que contempla el artículo 225 bis del CP resulta ser en exclusiva el derecho parental del progenitor con quien el menor convive y aquel se lesiona con independencia del número de menores que hubieran resultado "sustraídos", y si además, como también se añade, el interés de los menores que no lo fueron resulta igualmente lesionado, en la medida en que la desaparición de su hermano priva de estabilidad a su entorno familiar, creemos obligado concluir, a partir de estas premisas que consideramos erróneas, que la sucesiva sustracción de varios menores por el mismo sujeto activo habría de constituir una conducta atípica. Y ello en la medida en que, con la primera se habría agotado ya cualquier lesión posible a dicho bien jurídico. Sin que, en cualquier caso, acertemos a comprender en qué podría basarse, desde aquellos puntos de partida que sostiene la sentencia mayoritaria, una solución distinta: la tipicidad de las conductas sucesivas -nuevo delito de sustracción de menores-, cuando se arranca de considerar que el

número de menores afectados por la acción resulta irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta, si es realizada de forma simultánea.

19. 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 concursal 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 los ataques contra la vida de varias personas ejecutadas con dolo directo o eventual cuando se realicen a partir de una única acción-.

20. A nuestro parecer, la Sra. Celsa de forma no justificada sustrajo, primero, y retuvo, después, a sus dos hijos, lesionando su derecho a la estabilidad personal y emocional, por lo que cometió dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis CP. No se limitó a lesionar, que lo hizo, el derecho del padre a comunicar y mantener con sus hijos una sostenida relación, sino que, además, principalmente incluso, lesionó el derecho de cada uno de los menores, sin causa justificada, a relacionarse en condiciones sostenidas de normalidad con su padre.

En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, que conoció del recurso contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. Uno de Granada, debería, en nuestra opinión, haber sido confirmada.

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García Andrés Martínez Arrieta

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.