

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 213** *Sala Segunda. Sentencia 196/2013, de 2 de diciembre de 2013. Recurso de amparo 5652-2012. Promovido por don José Antonio Montserrat Sánchez respecto de las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Jaén que le condenaron por un delito de sustracción de menores. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena fundada en una interpretación del elemento subjetivo del delito ajena a la consideración constitucional de la culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Re, don Juan José González Rivas, don Pedro González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 5652-2012, promovido por don José Antonio Montserrat Sánchez, representado por el Procurador don Manuel Ortiz de Apodaca García y bajo la dirección letrada de don Esteban L. Martín Herrera, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 17 de julio de 2012, en cuya virtud se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, de fecha 26 de abril del 2012, en el procedimiento abreviado número 504-2008, contra la que también se dirige el presente recurso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente don Pedro González-Trevijano Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 8 de octubre del 2012, el procurador don Manuel Ortiz de Apodaca García, en nombre y representación de su poderdante don José Antonio Montserrat Sánchez, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias que se mencionan en el encabezamiento. En dicho escrito invoca la vulneración del principio de legalidad penal contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución.

2. Los hechos en que se basa la presente demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) En el procedimiento abreviado 504-2008 seguido contra el recurrente, el Juzgado de lo Penal número dos de Jaén dictó Sentencia, en fecha 26 de abril del 2012, en la que se declararon probados los siguientes hechos: «Que el acusado mantuvo una relación sentimental con María de los Ángeles Bautista Jurado, fruto de la cual nació un niño [...] el 6 de septiembre de 1997. Por auto dictado el 5 de agosto de 1999 por el juzgado de Instancia número 1 de la Carolina, en autos de Jurisdicción voluntaria sobre guarda y custodia 11/1999, se atribuye provisionalmente la guarda y custodia del hijo menor [...] a María Ángeles Bautista Jurado, en tanto se resuelva el juicio de menor cuantía 2/1999, siendo la patria potestad compartida, atribuyendo régimen de visitas al acusado. Por Sentencia de 15 de febrero del 2000 el Juzgado de instancia número 1 de la Carolina, en autos de menor cuantía número 2/99, se atribuye de forma definitiva la guarda y custodia

del hijo menor [...] a María Ángeles Bautista Jurado, siendo la patria potestad compartida, atribuyendo régimen de visitas al acusado. Durante el año 2002, hasta octubre del 2006, el acusado, sin el consentimiento expreso de la madre y sin causa justificada, con el propósito de impedir a la misma el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia que le correspondían judicialmente, retuvo al menor en el extranjero, en Méjico, hasta que en octubre del 2006 reintegra al menor a su madre. Durante ese tiempo la madre no tuvo en ningún momento conocimiento del estado y de la situación del menor.»

b) En el fundamento jurídico segundo de la Sentencia se manifiesta que «los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de sustracción de menores previsto y penado en el artículo 225 bis 1 y 3 del Código Penal». De dicha infracción, según se indica en el fundamento jurídico cuarto, «es responsable en concepto de autor el acusado, por haber realizado material y directamente los hechos que integran el respectivo tipo penal habiendo tomado parte directa y dolosamente en su ejecución».

El fundamento jurídico tercero de la referida Sentencia contiene la valoración de la prueba practicada y, en atención a su resultado, el órgano judicial considera que los hechos declarados probados son constitutivos del delito de sustracción de menores objeto de acusación, al entender que la conducta del acusado configura el segundo supuesto del tipo penal, es decir, la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa, ya que «el acusado reconoce haberse llevado a su hijo de España desde julio de 1998 hasta octubre del 2006, es decir, durante ocho años, lo cual se considera prueba fundamental para considerar acreditados los hechos declarados probados, junto a la ratificación de tales hechos por parte de la perjudicada, su hermano e, incluso, la propia familia del acusado».

Señala a continuación que «hasta el año 2002, como ya se indicó anteriormente, la sustracción de menores no era constitutiva de delito por lo que, y tratándose de un delito permanente que se inicia con el traslado en el año 1998 y continúa cometiéndose durante ocho años constitutivos, tiempo este en el cual el menor se hallaba retenido por su padre en el extranjero, sin contacto alguno con su madre, se consideraría únicamente punible la retención cometida desde el año 2002 hasta el año 2006, no pudiéndose penalizar el traslado del menor en el año 1998 y su retención en distintos países asiáticos durante los primeros cuatro años, pues no existía el presente tipo penal».

También se consideró acreditado el segundo elemento del tipo objetivo, a saber que la retención se produjo incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial administrativa, pues tanto la resolución recaída en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, con carácter provisional, como la dictada en el procedimiento de menor cuantía, de manera definitiva, atribuye a la madre del menor su guarda y custodia, sin perjuicio del régimen de visitas que se confirió al acusado. A su vez, la juzgadora *a quo* entendió que las resoluciones adquirieron firmeza. En tal sentido, en el referido fundamento jurídico se dice lo siguiente: «Cierto es que dichas resoluciones se dictaron en rebeldía del acusado, pues no fue localizado, pero cierto es también que dichas resoluciones son firmes, fueron notificadas por los medios legalmente establecidos al respecto por la LEC, por edictos, y producen plena eficacia desde su firmeza, no pudiendo argumentar el acusado, como así lo hizo en instrucción, que no sabía que había un procedimiento civil contra él, pues dichas resoluciones son firmes y de pleno cumplimiento, siendo el acusado el único responsable, al marcharse durante ocho años del país, de que no se le pudiera notificar personalmente, teniendo que ser notificado por edictos.»

En el fundamento jurídico tercero se descarta la concurrencia de cualquier causa de justificación. A ese respecto, no se consideró acreditado que la madre radicalizara su postura con el menor o que, de algún modo, provocara una situación de inseguridad para aquél o llevara a cabo una actuación inadecuada para su cuidado y crianza. A modo de conclusión, en el indicado fundamento jurídico tercero se dice: «Por ello, se considera, a la vista de todo lo actuado, que en la conducta del acusado concurren todos los elementos del tipo penal, incluyendo el elemento subjetivo o ánimo doloso en la actuación del acusado, pues de su propia conducta se deduce, del hecho de trasladar y retener durante al menos cuatro años, siendo estos los únicos hechos punibles, al menor en el extranjero

privándole de toda posibilidad de contacto con la madre, la intencionalidad del acusado de que la madre no pudiera estar con su hijo y de privarla de sus derechos como madre, hasta el punto de que ni tan siquiera conocerla el menor, cuando finalmente en el año 2006, el acusado se lo devuelve a su madre.»

Conforme con lo razonado, el tenor literal del fallo fue el siguiente: «Que debo condenar y condeno al acusado José Antonio Montserrat Sánchez-Jardón, como autor de un delito de sustracción de menores previsto y penado en el artículo 225 bis 1 y 3 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio durante la condena e inhabilitación especial para ejercer el derecho a la patria potestad por un periodo de siete años más costas, incluyendo las de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil el citado acusado indemnizará a María Ángeles Bautista Jurado en la cantidad de 600.000 euros más el interés legal.»

c) El demandante interpuso recurso de apelación, en fecha 29 de mayo del 2012. En síntesis, alegó la vulneración del artículo 25.1 CE en relación con lo establecido en el art. 1.1 del Código penal (CP), por considerar que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente. En apoyo de su pretensión alegó que el traslado de su hijo menor al extranjero no fue constitutivo de infracción penal, habida cuenta que en el momento que tuvo lugar (año 1998) dicha conducta no estaba tipificada. En cualquier caso –añade– para que los hechos pudieran ser catalogados como delito a raíz de la entrada en vigor del artículo 225 bis CP, resultaría necesario haber tenido conocimiento previo de las resoluciones judiciales que otorgaron a la madre la guarda y custodia del menor, lo cual, como se desprende del contenido de la Sentencia, no ocurrió en el presente caso. Es más, si la conducta desarrollada por el demandante pasó a ser considerada delictiva tras el cambio normativo operado por la Ley Orgánica 9/2002, sólo cabría deducir responsabilidad penal si el autor fuera sabedor del referido cambio normativo y, no obstante ello, hubiera persistido en su comportamiento.

También se invoca, como motivo autónomo, la aplicación al caso de la figura del error prevista en el artículo 14 del Código penal. Tal alegación se basa, sustancialmente, en el hecho de que cuando abandonó España en el año 1998 no existía la figura delictiva por la que resultó condenado. De ahí que, al desconocer el cambio normativo operado en nuestra legislación penal, el hecho de permanecer con el menor fuera del territorio nacional estuvo condicionado por un error invencible, tanto de tipo, al no haber tenido noticia de la entrada en vigor del art. 225 bis CP, como de prohibición, al no saber que la conducta pudiera ser ilícita y, además, desconocer la existencia de las resoluciones civiles.

Finalmente, suplicó de la Audiencia Provincial «que en su día, tras los trámites legalmente previstos, dicte sentencia en virtud de la cual se deje sin efecto la recurrida, declarando la libre absolución de mi representado con todos los pronunciamientos favorables, por los motivos alegados en el presente recurso, entre los que se encuentran la vulneración de los derechos fundamentales alegados, en especial el derecho fundamental previsto en el artículo 25.1 de la Constitución Española.»

d) El recurso de apelación fue resuelto por Sentencia, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén en fecha 17 de julio del 2012. Dicha resolución aceptó los hechos probados consignados por el juzgador de instancia y, en relación con las alegaciones del recurrente, la calendada resolución argumentó lo siguiente:

1.º La retención del menor mantenida a partir de la entrada en vigor del art. 225 bis CP configura un supuesto de delito permanente, por lo que la conducta penalmente relevante trasciende del momento de la consumación. De ahí que tras la entrada en vigor del artículo citado, la conducta del acusado era perfectamente perseguible mientras persistiera la retención del menor, cualquiera que hubiera sido la fecha de la sustracción. Por tanto, no existe vulneración del art. 25.1 CE por aplicación retroactiva de la ley penal.

2.º Respecto de la alegación relativa al hecho de que la resolución judicial debe ser conscientemente infringida, como requisito necesario para la existencia del delito, la Sala dispuso el siguiente razonamiento:

«Se pone de manifiesto que para la existencia del delito objeto de enjuiciamiento sería necesaria una decisión judicial o administrativa previa que sea conscientemente infringida por el acusado. Y en este sentido se dice que cuando éste se marchó en julio de 1998 no existía ninguna decisión judicial o administrativa que atribuyera la guarda y custodia a alguno de los progenitores, por lo que nada se infringió; y añade que, aun cuando la conducta se hubiera realizado una vez entrada en vigor la Ley 9/2002 tampoco existiría delito, por cuanto se requiere la infracción de forma consciente de una resolución judicial o administrativa, como se establece en el apartado 2 del artículo 225 bis.2 del Código Penal.

Pues bien, efectivamente, este tipo de conductas se suelen realizar cuando se rompe la relación matrimonial o de hecho y, entonces, en esa fase previa todavía no existe resolución judicial alguna que determine a quién (padre o madre) se le concede la guarda y custodia del hijo; siendo así que el que considera inminente que va a perderla opta por llevarse al hijo, evitando de ese modo que tenga efectividad la resolución que al efecto pueda dictarse, privando en consecuencia al otro de relacionarse.

Lo característico de este delito es el dolo consciente en la voluntad del autor, que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con el hijo. No es un delito de desobediencia *stricto sensu*, por lo que no es necesario ni requerimiento expreso y personal para el cumplimiento de la resolución judicial, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales de su incumplimiento.»

A continuación, se añade:

«En el presente caso, es cierto que cuando provisionalmente se atribuyó a la madre, por Auto de 5 de agosto de 1999 dictado en autos de Jurisdicción Voluntaria número 11/1999, y definitivamente por Sentencia de 15 de febrero de 2000, en los autos de menor cuantía número 2/1999, siendo la patria potestad compartida y con un régimen de visitas a favor del padre, éste ya se había marchado al extranjero llevándose al niño (julio de 1998), por lo que las referidas resoluciones se dictaron en rebeldía del aquí acusado; rebeldía que hay que entender voluntaria por la propia decisión adoptada marchándose de España, colocándose así en una posición tal que hacía difícil o incluso imposible conocer cualquier procedimiento que se siguiera, máxime teniendo en cuenta los lugares a los que decidió acudir, países asiáticos, hasta que se fue a vivir a Méjico con el niño cuando éste contaba unos tres años y pico de edad para escolarizarlo.

En consecuencia, la rebeldía procesal declarada en estos procedimientos civiles, sólo es achacable al propio comportamiento del acusado, que impidió ante la conducta adoptada, ya de por sí moral y éticamente reprochable, se le notificaran personalmente las actuaciones y consiguientes resoluciones judiciales, lo que motivó que se acudiera a los medios legales previstos en la LEC, esto es, por edictos, que deben producir, como acertadamente se declara en la sentencia de instancia, los correspondientes efectos, sin que quepa aquí el argumento de su desconocimiento, pues como decimos, sólo el acusado es responsable de esa falta de notificación personal, al estar ausente de España durante más de 8 años.»

3.º El órgano de apelación descartó la existencia de error en la conducta del acusado, habida cuenta que éste tuvo conciencia de la antijuridicidad de su conducta o al menos que su comportamiento era contrario a derecho, aunque no supiera de forma precisa la sanción o respuesta del ordenamiento jurídico que podría tener su forma de actuar. En definitiva, el Tribunal consideró que el acusado sabía que estaba procediendo de forma ilegítima y en perjuicio de los intereses del otro progenitor, impidiendo la

compañía del menor con su madre al sustraerle de su ámbito familiar, social, geográfico y cultural. Por todo ello, la Sala desestimó la apelación formulada, confirmando la sentencia de instancia.

3. En la demanda de amparo se denunció la vulneración del principio de legalidad en el ámbito penal que reconoce el art. 25.1 CE. El recurrente reproduce los argumentos ya desgranados en el recurso de apelación, pues reitera que cuando se trasladó al extranjero con el menor, en el año 1998, dicha conducta no era constitutiva de infracción penal. Por tal motivo considera que a quien realiza una actuación no castigada por la ley penal –y por ello lícita– no puede serle impuesta pena alguna salvo que se conculque el mandato previsto en el referido art. 25.1 CE. Por otra parte –añade– si cupiera exigir responsabilidad penal con motivo de la entrada en vigor del art. 225 bis CP, sería preciso acreditar que el autor ha conocido el cambio de la ley penal y, pese a ello, siguió desarrollando tal comportamiento. Esa situación no es apreciable en el presente caso, puesto que el demandante no fue conocedor, mientras retuvo al menor, del cambio operado en la normativa penal.

Añade, a su vez, que el tipo penal requiere de la existencia de una resolución judicial o administrativa que, según afirma, debe ser conscientemente infringida. A ese respecto, el demandante manifiesta que ignoraba que se hubieran dictado resoluciones judiciales que otorgaran la guarda y custodia a la madre del menor, toda vez que aquéllas le fueron notificadas por edictos. Por ello, mal pudo haber incumplido tales resoluciones cuando ni siquiera conoció de su existencia. En conclusión, considera que la interpretación realizada por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial de Jaén es extensiva y contra reo y que, en su aplicación retroactiva, se han vulnerado los más elementales principios de la hermenéutica. Por todo lo expuesto, termina suplicando la estimación del recurso de amparo y la consiguiente declaración de nulidad de las Sentencias que le han impedido el pleno ejercicio de los derechos y libertades, así como el restablecimiento del recurrente en la integridad de sus derechos, dejando sin efecto cuantas medidas, accesorias e indemnizaciones le afecten. Mediante otrosí, de conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) solicitó la suspensión de las resoluciones recurridas, de cara a evitar la pérdida de la finalidad del recurso.

4. Por providencia de fecha 28 de enero del 2013 se rechazó la pretensión de ampliación del recurso, interesada por escrito de fecha 25 de enero del citado año, relativa a la concurrencia de causa de justificación respecto del traslado de su hijo menor al extranjero.

5. Por providencia de fecha 28 de febrero del 2013 se acordó admitir a trámite la demanda presentada por la representación procesal del recurrente, así como solicitar de los órganos judiciales certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación 72-2012 y al procedimiento abreviado 504-2008, debiendo emplazarse para que en el plazo de diez días pudieran personarse en el recurso de amparo quienes hubieran sido parte en el procedimiento judicial, excepto la parte recurrente. También se acordó formar pieza separada para la tramitación de la suspensión interesada.

6. Por Auto 75/2013, de 8 de abril, se acordó conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de dos años de prisión y la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Por Auto 92/2013, de 6 de mayo, se rectificó el error padecido en cuanto a la duración de la pena privativa de libertad, sustituyéndose el término «dos años» por el de «tres años».

7. Por providencia de fecha 11 de julio del 2013 se acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al Procurador del recurrente, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que estimen pertinentes conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

8. El 16 de septiembre del 2013 se registró el escrito de alegaciones del Procurador don Francisco Ortiz de Apodaca García en representación de la parte actora. Dicho escrito reiteró las argumentaciones contenidas en el escrito de demanda y, a mayor abundamiento, sometió a la consideración del Tribunal una serie de aspectos que no habían sido contemplados en el citado escrito.

9. En fecha 27 de septiembre del 2013 se registró el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, en el que interesó la desestimación del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 86.1, inciso primero, 52.3 y 53 b) LOTC. Tras detallar los hechos relevantes para la resolución de la cuestión suscitada, el Fiscal analiza la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la legalidad penal que proclama el artículo 25.1 CE y sobre la motivación exigida a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Conforme a la doctrina expuesta, el Ministerio público concluye que el recurrente no ha cuestionado realmente la razonabilidad de la subsunción de los hechos en la norma penal, en lo concerniente a la conducta desarrollada entre el 12 de diciembre del 2002 y el día que reintegró al menor a su madre, único periodo de tiempo por el que aquél resultó condenado. Ese dato avala la indiscutible corrección del criterio seguido por los órganos jurisdiccionales, lo que debería hacer perecer el único motivo de amparo esgrimido.

Sobre el argumento central del recurso, que a juicio del Ministerio Fiscal atañe al elemento intencional, se advierte que la valoración relativa a la motivación sobre la concurrencia del dolo ha de efectuarse desde el parámetro del derecho a la presunción de inocencia, lo que en el presente caso plantea una evidente dificultad, puesto que el recurrente ha suscitado la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), pero no ha denunciado la lesión del art. 24.2 CE. Hecha la anterior salvedad, el Ministerio Fiscal considera que los razonamientos consignados en las Sentencias dictadas en las respectivas instancias judiciales no incurrir en ningún tipo de quiebra lógica ni inferencia irrazonable al evaluar la relevancia de desconocimiento de las resoluciones recaídas en los procedimientos civiles. A ese respecto, el Fiscal considera de todo punto razonable que la Audiencia Provincial estimara que tal desconocimiento obedeció a la conducta precedente de aquél, quien abandonó sorpresivamente el territorio nacional en compañía de su hijo y, de ese modo, impuso su voluntad sobre los derechos de la madre y las eventuales decisiones de los Tribunales. Por otra parte, considera que el demandante debió representarse, sin género de dudas, que al actuar del modo en que lo hizo, la progenitora acudiría a los Tribunales de justicia en demanda de sus derechos, que dichos órganos dictarían resoluciones que muy probablemente serían favorables a aquélla y, pese a ello, no mostró interés alguno por conocer si se dictó alguna resolución en el sentido apuntado.

En relación a la alegación relativa a la ausencia de culpabilidad por el desconocimiento de la entrada en vigor del art. 225 bis CP, el Fiscal también considera que la argumentación ofrecida por la Sala no puede ser tildada de errónea o absurda, habida cuenta que, cuando el recurrente decidió trasladar a su hijo menor de edad fuera del territorio nacional, tenía plena conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento; de ahí que el razonamiento utilizado por el Tribunal para descartar cualquier tipo de error con relevancia penal se acomode a los estándares constitucionales.

10. Quien fue acusación particular en el proceso penal no se ha personado en el presente procedimiento, pese a ser debidamente emplazada a tal fin.

11. Por providencia de fecha 28 de noviembre del 2013 se señaló fecha para la deliberación y votación de la presente Sentencia, para el día 2 de diciembre de 2013.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso se interpone contra la Sentencia número 212/2012, de fecha 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, en cuya virtud el demandante resultó condenado como autor de un delito previsto en los números 1 y 3 del

artículo 225 bis del Código penal, a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de siete años, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por plazo de tres años, pago de las costas procesales e indemnizar a la progenitora del menor en la cuantía de 600.000 euros más los intereses legales. El recurso también alcanza a la Sentencia número 182/2012, de fecha 26 de abril, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la primera de las Sentencias indicadas.

2. El demandante imputa a las resoluciones judiciales la infracción del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, al haber sido condenado por unos hechos que cuando acontecieron (en el año 1998) no eran constitutivos del delito, pues el artículo 225 bis no se había incorporado al Código penal (CP). También considera que al no ser conocedor de la entrada en vigor del citado artículo, no debió ser condenado por la retención del menor acaecida desde la vigencia de la referida norma penal. Por último, alega que la retención del menor sólo podría considerarse constitutiva de delito si el incumplimiento de las decisiones judiciales que otorgaban la guarda y custodia a la madre hubiera sido consciente, es decir, si el autor hubiera tenido conocimiento cierto del contenido de las citadas resoluciones. Por ello, al desconocer lo dispuesto en las referidas decisiones judiciales e, incluso, la existencia de las mismas, la condena de la que fue objeto conculca el derecho fundamental invocado en el recurso de amparo.

Para el Ministerio Fiscal, el demandante de amparo no rebate la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en el tipo llevada a cabo por los órganos judiciales, puesto que acepta haber ejecutado la acción típica durante el periodo comprendido entre la entrada en vigor del art. 225 bis CP y la fecha en que procedió a restituir al menor a su progenitora. En realidad, lo que el recurrente cuestiona es que su conducta fuera intencional, dado que desconoció la incorporación de aquél precepto al Código penal y, por ende, la existencia misma de las resoluciones judiciales que conferían la guarda y custodia del menor a su madre. Desde esa perspectiva, entiende que el planteamiento de la cuestión debería haberse encauzado, conforme a lo establecido por la doctrina constitucional, a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. No obstante, tanto desde la perspectiva del artículo 25.1 como del artículo 24.2, ambos de la Constitución, entiende que las resoluciones judiciales desgranaron una argumentación que no puede ser tildada de irrazonable o extravagante pues, ciertamente, el recurrente era conocedor de la antijuridicidad del traslado al extranjero del menor durante ocho años; que con ese comportamiento privaba a la progenitora del derecho a relacionarse con aquél; y que, necesariamente, debió representarse que esta última recabaría la tutela de los tribunales y, como así aconteció, dichos órganos le otorgarían el derecho a ejercer la guardia y custodia sobre su hijo.

3. Considera el Fiscal que el planteamiento del recurso no atañe a la eventual aplicación retroactiva del art. 225 bis CP. Sin embargo, a la vista del contenido de algunos pasajes del recurso de amparo no cabe descartar que el recurrente invoque tal retroactividad, sobre la base de que el traslado de su hijo menor al extranjero tuvo lugar en fecha anterior a la entrada en vigor de ese precepto. Por ello, no resulta ocioso abordar ese aspecto, para así ofrecer respuesta a todas las pretensiones planteadas por el demandante.

Como expresamente se recoge en las Sentencias, los hechos sometidos a enjuiciamiento exclusivamente se circunscriben al periodo comprendido entre la incorporación del artículo 225 bis al Código penal, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre –concretamente el 12 de diciembre del 2002–, hasta el mes de octubre del 2006, fecha en que se produjo la devolución del hijo menor a su madre. Así pues, solamente se ha tomado en consideración, a efectos penales, la retención habida durante el lapso temporal enunciado, pero no el traslado del menor al extranjero, que tuvo lugar en el año 1998, ni la subsiguiente retención bajo la custodia del demandante hasta el día anterior al referido 12 de diciembre del 2002.

Es doctrina constitucional (por todas STC 196/2011, de 17 de octubre, FJ 3) que «el artículo 25.1 CE, visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta "imperiosa exigencia de predeterminación normativa" (STC 42/1987), de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora. Consecuentemente, se trata de esclarecer si dicha garantía material del art. 25.1 CE –y no los principios proclamados en el art. 9.3 CE–, que, aunque ciertamente relacionados con el derecho fundamental a la legalidad, no son susceptibles de tutela en vía de amparo ha sido desconocida o menoscabada».

Desde la perspectiva anterior, el análisis realizado por los órganos judiciales respecto de la estructura y la naturaleza jurídica del art. 225 bis CP no es tributario de censura por este Tribunal, pues conforme al carácter de «delito permanente» que se atribuye al indicado precepto, cuya principal característica consiste en que hasta en tanto no se restablece el orden jurídico quebrantado el delito continúa cometiéndose, más allá del momento inicial de la consumación, resulta de todo punto consecuente distinguir entre el traslado del menor sin el consentimiento del progenitor con quien habitualmente conviva –supuesto al que se refiere el ordinal primero del número dos del art. 225 bis CP– y la retención del menor con incumplimiento grave el deber establecido por la resolución judicial o administrativa (art. 225 bis 2.2 CP). Siendo así, el hecho de que la Sentencia haya considerado como retención ilícita una porción del tiempo en que el menor permaneció fuera de la compañía de su madre, con el consiguiente quebrantamiento de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que le otorgaron la guarda y custodia, no supone infracción alguna del principio de irretroactividad en materia penal, habida cuenta que solamente confirió relevancia a unos hechos perfectamente escindibles del traslado inicial y de la retención previa a la tipificación de esa conducta.

4. Despejada la anterior cuestión, procede abordar la objeción planteada por el Ministerio Fiscal, relativa al inadecuado planteamiento de la ausencia del elemento intencional, tanto por ignorancia de la entrada en vigor del art. 225 bis CP, como por desconocimiento de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia del menor. Considera el Fiscal que el recurrente debió invocar la vulneración de la presunción de inocencia contemplada en el art. 24.2 CE, en vez de apelar a la lesión de la garantía reconocida en el art. 25.1 CE. Hemos de convenir, con el Ministerio Fiscal, que el derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 CE no sólo exige que la prueba de cargo acredite la existencia de los requisitos objetivos de la infracción penal aplicable al caso, sino también aquellos otros de naturaleza subjetiva o anímica. Así, hemos declarado «que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre FJ 3; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5 y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3)» (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5).

Con base en la anterior doctrina, si el recurrente hubiera refutado la existencia de pruebas de cargo a cuyo través se hubiera inferido el elemento intencional de la infracción penal o, en su caso, cualquier otro extremo relevante desde la perspectiva del art. 24.2 CE, ciertamente habríamos de reconocer el inadecuado planteamiento del motivo al socaire de la vulneración del art. 25.1 CE. Ahora bien, del tenor del recurso no se desprende censura alguna que guarde relación con ese aspecto, puesto que el demandante sostiene que desconocía la expresa tipificación del delito de sustracción de menores, así como de la existencia de resoluciones judiciales que otorgaban la guarda y custodia a la madre del menor y, sobre ese punto, tanto el órgano de instancia como el de apelación no consideraron acreditado lo contrario, especialmente la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que expresamente entendió que el demandante se



colocó «en una posición tal que hacía difícil o incluso imposible conocer cualquier procedimiento que se siguiera, máxime teniendo en cuenta los lugares a que decidió acudir».

Por tanto, en la medida en que el demandante no denuncia la ausencia de prueba sobre la intencionalidad de su comportamiento, sino que pone de manifiesto la relevancia del desconocimiento de los dos datos anteriormente mencionados –desconocimiento que no se cuestiona por las Sentencias recurridas– a lo que anuda la ausencia misma de la intencionalidad exigida por la infracción penal descrita en el art. 225 bis CP, nada cabe oponer a la articulación del motivo en base a la infracción del art. 25.1 CE.

5. Llegados a este punto, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre el alcance y contenido del derecho consagrado en el art. 25.1 CE, principalmente referida a la interpretación de la norma penal y la subsunción del supuesto de hecho en el precepto de aplicación. Como decíamos en la STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8:

«En relación con el principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. No obstante este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario y la necesaria formulación abstracta del precepto.

A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Expresado en los términos de la STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, "no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (en igual sentido, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).»

En efecto, aunque la subsunción de los hechos en el tipo penal, entendida como «calificación del delito con las circunstancias modificativas de la responsabilidad y la graduación del castigo o retribución, pertenece también al ámbito intangible de la actividad judicial», este Tribunal Constitucional «no puede abdicar de su condición de guardián último de las garantías constitucionales», lo que le habilita a «revisar cualquiera de las

distintas fases o etapas de estas operaciones de lógica jurídica en la vía de amparo si a ello hubiere lugar por estar comprometido un derecho fundamental especialmente protegido» (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FFJJ 3 y 4).

El desconocimiento de la entrada en vigor del artículo 225 bis CP es, a juicio del recurrente, una circunstancia que impide que el sujeto activo sea condenado por tal delito. Sobre ese particular aspecto ya se pronunció la Audiencia Provincial, principalmente al descartar la existencia de error de prohibición en la conducta del recurrente. En síntesis, el órgano de apelación entendió inaplicable dicha figura, tras compendiar la doctrina jurisprudencial relativa a esa materia, al entender que el demandante sí fue consciente de la antijuridicidad ínsita en el hecho de retener al menor fuera del entorno materno, aunque no supiera de forma precisa cuál era la sanción que el ordenamiento jurídico podría reservar para dicho comportamiento. Por ello, la Audiencia Provincial consideró irrelevante que el demandante desconociera que la retención del menor fuera constitutiva de delito a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2002, pues fue plenamente consciente de ilegítimo proceder.

Una vez delimitado el contorno de la cuestión a dilucidar, procede comprobar si la argumentación dada por el órgano judicial es conforme con el estándar de calidad interpretativa estatuido por la doctrina constitucional. Ciertamente, el caso sometido a nuestro conocimiento presenta una evidente singularidad pues, cuando el demandante marchó al extranjero con su hijo, el apartamiento de este último de la compañía de su madre no constituía infracción penal, siendo harto improbable –como así lo vienen a reconocer los órganos judiciales– que aquél llegara a ser sabedor de la entrada en vigor del art. 225 bis CP y de las conductas que, a partir de ese momento, pasaban a ser constitutivas de infracción penal. Sin embargo, la Sala infirió que el demandante sí fue consciente de la plena ilicitud de su comportamiento –aunque aquél manifestase en reiteradas ocasiones que su comportamiento fue lícito– y, conforme a ese dato, colige que no resulta de apreciación la figura del error por el simple hecho de ignorar la tipificación penal de una conducta, ya que fue conocedor de que el comportamiento desarrollado era manifiestamente contrario a Derecho.

Situado este Tribunal en la esfera externa de control que le es propia, no se vislumbra que el razonamiento empleado incurra en quiebras manifiestamente ilógicas ni que alumbre un resultado extravagante que sea notoriamente opuesto a la orientación material de la norma o se inspire en criterios axiológicos contrarios a los principios constitucionales. Por tanto, cumple decir que la Sala ha satisfecho el umbral mínimo de razonabilidad exigido para descartar la aplicación de la figura del error al caso y, de ahí que no quepa apreciar la vulneración del art. 25.1 CE, por considerar irrelevante el desconocimiento, por parte del demandante, de la introducción en el Código penal del delito de sustracción de menores (art. 225 bis).

6. Queda por analizar un último punto, concretamente el relativo a la necesidad del conocimiento previo del contenido de las resoluciones judiciales a que se refiere el tipo penal para que, en puridad, pueda entenderse cometido el delito por el que el recurrente fue condenado. Previamente a abordar esa cuestión parece oportuno, no obstante, formular una serie de consideraciones sobre la figura delictiva a que se ha hecho mención. En efecto, según establece el artículo 225 bis del Código penal: «1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: ... 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». El artículo transcrito tiene por objeto sancionar ciertos comportamientos que atentan contra los derechos del progenitor custodio y, en última instancia, contra el superior interés del menor. Ahora bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención

a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del «deber» a que se refiere el tipo penal. Este aspecto es de capital importancia –como más adelante se explicita– para ponderar hasta qué punto la fundamentación ofrecida por los órganos judiciales ha contemplado, en toda su extensión, la descripción de la conducta típica sobre la que necesariamente se proyecta el elemento culpabilístico.

Desde esa óptica, el contenido de la resolución judicial se erige en elemento esencial de la figura delictiva, ya que lo que en ella se acuerde permitirá esclarecer hasta qué punto se ha incumplido gravemente el deber al que se refiere la norma penal. Ciertamente, el precepto no contiene referencia explícita a que el autor deba conocer el contenido de las resoluciones citadas; por ello, al no ser un elemento específicamente descrito en el enunciado de la infracción penal la relevancia que, en suma, revista ese aspecto ha de ser ponderada en el ámbito propio de la culpabilidad, pues conforme a lo establecido en el art. 5 CP «no hay pena sin dolo o imprudencia», de tal modo que sólo pueden reputarse delictivas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 CP).

Como el Código penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al art. 225 bis CP es el dolo; de ahí que solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuirle responsabilidad penal por los hechos cometidos. Antes de profundizar en el análisis requerido por la alegación del actor, hemos de poner de relieve que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre cuestiones de estricta legalidad ordinaria, tales como fijar la dimensión del elemento subjetivo del art. 225 bis CP, ni elaborar, a la vista de los hechos declarados probados en Sentencia, un discurso argumental sobre la concurrencia o no de dolo en la conducta del recurrente, al margen del razonamiento desarrollado por los órganos judiciales, pues como establece la doctrina constitucional (por todas STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3) «no compete a este Tribunal determinar qué interpretación es la más correcta de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales, y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y con la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, desde los parámetros de razonabilidad semántica, metodológica y axiológica. Por ello, forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de la interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada».

Las Sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria consideraron acreditada la concurrencia del tipo penal, incluyendo lo que denomina «elemento subjetivo del tipo o injusto» o «ánimo doloso», sobre la base de que el demandante tuvo intención de que la madre no pudiera estar con su hijo y así privarla de sus derechos, hasta el punto que el menor ni siquiera pudiera conocerla. Respeto de la alegación formulada por el entonces acusado, acerca de que ignoraba de la existencia de resoluciones judiciales que otorgaban la guarda y custodia a la madre del menor, la fundamentación jurídica ofrecida por la Sentencia se limita a sostener que las resoluciones dimanantes de los procedimientos civiles son firmes y de obligado cumplimiento, siendo el acusado el único responsable de que no se le pudiera notificar personalmente, al marcharse durante ocho años del país. Por otra parte, resultan particularmente significativas algunas de las consideraciones recogidas por la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia dictada en grado de apelación, acerca de que lo característico del delito por el que fue condenado el recurrente es el dolo consistente en la voluntad del autor que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con su hijo menor; que el art. 225 bis CP no es un delito de desobediencia *stricto sensu*, por lo que no es necesario ni requerimiento expreso y personal para el cumplimiento de la resolución judicial, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del

incumplimiento. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el propio art. 225 bis CP, en su número dos, define expresamente qué debe entenderse por «sustracción», incluyendo dentro de tal concepto, en el apartado segundo, «la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». Tales resoluciones judiciales o administrativas quedan configuradas como elementos típicos que deben ser abarcados por el dolo del agente, a efectos de poder afirmar el incumplimiento del deber que a través de ellas se establece.

Una vez delimitado el contorno de la cuestión a dilucidar, a continuación procede calibrar si el razonamiento ofrecido para acreditar la existencia del elemento subjetivo del delito, esto es, el dolo, se acompasa al canon establecido por la doctrina constitucional. Teniendo en cuenta la estructura del delito por el que resultó condenado el demandante, se constata que la subsunción de los hechos probados en la norma penal orilla un aspecto de capital importancia para el esclarecimiento del dolo, pues si bien la voluntariedad de retención del menor ha sido debidamente sopesada a esos efectos, sin embargo nada se dice sobre la imbricación del elemento intencional sobre los restantes aspectos integrantes de la figura delictiva que sirvió de título de condena, en concreto, sobre «la resolución judicial o administrativa» que fijara el deber cuyo conocimiento, en los precisos términos de dicha resolución, resulta ineludible en el supuesto del número 2.2 del art. 225 bis CP. Los órganos judiciales omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación que el recurrente tuvo de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas –elemento intelectual–, ni sobre la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de transgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles –elemento volitivo–, aspectos estos que nada tienen que ver con el requerimiento expreso de cumplimiento y el apercibimiento de las consecuencias penales que la Audiencia Provincial consideró que no constituían requisitos necesarios para la consumación del delito previsto en el artículo 225 bis del Código penal, ni con el hecho de que la notificación por edictos fuera legalmente válida ante el ignorado paradero del recurrente.

En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil. Por tanto, aun desde la posición externa en que se sitúa este Tribunal, no debe pasar inadvertido que el criterio seguido por los órganos judiciales se anuda a unas pautas que son extrañas a la consideración constitucional de la culpabilidad como el principio estructural básico del Derecho penal, según el cual «no sólo es necesario que a la existencia de un resultado lesivo le acompañe el elemento intencional ... sino que la concurrencia de ese específico elemento subjetivo debe quedar suficientemente acreditada, lo que sólo sucede si existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la intención perseguida por el acusado con la acción, enlace que debe justificarse a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 5)» (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 9).

En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante.

Ante esa tesitura, este Tribunal queda facultado para revisar las operaciones interpretativas realizadas por aquellos órganos, máxime cuando en el presente caso está comprometido el art. 17.1 CE, pues al demandante le fue impuesta una pena privativa de

libertad. Por tanto, hemos de colegir que la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Antonio Montserrat Sánchez y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del demandante a la legalidad en materia penal (artículo 25.1 CE).

2.º Restablecer su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, de fecha 26 de abril del 2012, en el procedimiento abreviado número 504-2008, así como de la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, de fecha 17 de julio de 2012, en cuya virtud se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la primera de las Sentencias citadas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.