

Roj: **STS 84/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:84**Id Cendoj: **28079120012016100010**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/01/2016**Nº de Recurso: **491/2015**Nº de Resolución: **870/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de **Jesús María e Amalia**, como acusadora particular, contra sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Navarra**, Sección Segunda, que condenó al acusado por un delito de **sustracción** de menores, delito continuado de desobediencia a la autoridad y de una falta continuada del artículo 618.2 CP; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representados los recurrentes **Jesús María** por el procurador Don Miguel Ángel Aparicio Urcia, e **Amalia** por la procuradora Doña Ana Lázaro Gogorza.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Pamplona, incoó procedimiento abreviado nº 253/2010 contra **Jesús María** por delitos de **sustracción** de menores, continuado de desobediencia y falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Navarra**, Sección Segunda, que con fecha diez de octubre de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"El acusado, Sr. **Jesús María** (mayor de edad y sin antecedentes penales) contrajo matrimonio canónico con plenos efectos civiles, en Pamplona, el día 23 de septiembre de 1989, con **Amalia**. De dicho matrimonio nacieron y viven en la actualidad dos hijos llamados: **Eulogio**, nacido el NUM000 de 1993 en Pamplona (**Navarra**).- **Marta**, nacida el NUM001 de 1.998 en Pamplona (**Navarra**).- Desde el 25 de enero de 2008, el acusado y la Sra. **Amalia** se encuentran separados legalmente y posteriormente, desde el 27 de marzo de 2009 divorciados.- a) el acusado ha realizado todo lo posible a fin de alejar a sus hijos **Eulogio** y **Marta** de la Sra. **Amalia**, impidiendo el adecuado ejercicio de la guarda y custodia de la Sra. **Amalia** con los menores, así como también ha dificultado e impedido las visitas y estancia de la madre con los menores, y cuando el Sr. **Jesús María** ha tenido prohibidas judicialmente las visitas con sus hijos, les ha buscado y ha tenido encuentros con ellos. El acusado, teniendo pleno conocimiento de las diferentes resoluciones judiciales que se han ido dictando por los dos Juzgados de Familia de Pamplona, ha mostrado reiterada y persistente negativa al cumplimiento de las mismas.- b) dadas las diferentes resoluciones judiciales que se han ido dictando por los dos Juzgados de Familia de Pamplona (Juzgados de Primera Instancia nº 8 y nº 3), se distinguen los siguientes periodos: **1.-** Desde la sentencia de separación matrimonial de 15/01/2008



hasta el auto de medidas provisionales (17/11/2008).- **2.-** Desde el auto de medidas provisionales hasta la sentencia de divorcio (27/03/2009).- **3.-** Desde la sentencia de divorcio y del auto de ejecución de 31/07/2009, dictado en el procedimiento de ejecución nº 1541/2008 (Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona).- **1.-** Desde la sentencia de separación de fecha 25/01/2008 , dictado por el Juzgado de 10 Instancia nº 8 de Pamplona, hasta el Auto de medidas provisionales de 17/11/2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona .- En el mes de noviembre de 2007, el Sr. Jesús María interpuso demanda de separación contenciosa contra la Sra. Amalia , que se recondujo a un procedimiento de mutuo acuerdo. Mediante sentencia nº 19/2008, de 25 de enero, el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona declaró la separación indefinida del matrimonio formado por la Sra. Amalia y el Sr. Jesús María , aprobando la propuesta de convenio regulador de fecha 14 de enero de 2008 que fue ratificado en presencia judicial por el acusado y la Sra. Amalia (procedimiento separación mutuo acuerdo nº 1642/2007).- En la estipulación segunda del convenio regulador de separación de fecha 14 de enero de 2008, la Sra. Amalia y el Sr. Jesús María acordaron ejercer de forma conjunta la patria potestad de los menores, estableciendo que la guarda y custodia de Eulogio y Marta fuera ejercida de forma compartida entre ambos progenitores y, en la estipulación tercera del referido convenio acordaron cual sería el régimen de visitas y estancia de los progenitores con sus hijos. Concretamente, en la estipulación segunda del convenio regulador de separación, la Sra. Amalia y el Sr. Jesús María acordaron lo siguiente: "SEGUNDA- Sobre la guarda y custodia de los hijos del matrimonio y la patria potestad.- Los hijos del matrimonio, Eulogio y Marta , quedan bajo la guarda y custodia compartida de su madre Doña Amalia y su padre Don Jesús María al igual que la patria potestad, que continuará siendo ejercitada por ambos progenitores.- A tal efecto se conviene que los hijos del matrimonio residirán alternativamente con cada uno de los comparecientes de forma rotatoria y durante periodos de duración mensual natural de la siguiente forma: - En los años pares: Doña Amalia tendrá en su compañía a los menores en los meses de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre hasta las 10:00 horas del día 24 de diciembre y desde las 19 horas del 31 de diciembre de cada año.- Don Jesús María tendrá en su compañía a los menores en los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre, noviembre y diciembre pero sólo desde las 10:00 horas del día 24 a las 19 horas del 31 de diciembre de cada año.-En los años impares: Doña Amalia tendrá en su compañía a los menores en los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre, noviembre y diciembre pero sólo desde las 10:00 horas del día 24 a las 19 horas del 31 de diciembre de cada año.- Don Jesús María tendrá en su compañía a los menores los meses de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre hasta las 10:00 horas del 24 de diciembre y desde las 19 horas del 31 de diciembre de cada año.- De entrada y hasta el 31 de enero del presente año, los menores quedan bajo la guarda y custodia de Don Jesús María , quedando al día 01 de febrero de 2008 bajo la guarda y custodia de Doña Amalia hasta el día 1 de marzo en que quedará bajo la guarda y custodia de su padre y, así de forma sucesiva.- En cuanto a los horarios de entrega y recogida, los firmantes acuerdan que en los meses de julio y agosto, así como aquellos meses en los que el día 1 coincida con día no lectivo, la guarda y custodia se empezará a ejercer a las 10:00 horas del primer día de mes. Cuando el día 1 coincida con día escolar, la guarda y custodia comenzará a ser ejercitada a la salida del centro escolar del día inmediatamente anterior".- Y en la estipulación tercera del referido convenio acordaron: "TERCERA.- Sobre el régimen de visitas y estancia.- Amos esposos en el contexto inspirador del presente documento y en forma complementaria a la regulación de la guarda y custodia, convienen el siguiente régimen de estancias y visitas a favor del progenitor que en cada momento no los tuviere bajo su guarda y custodia: **A.** El régimen de visitas recogido en el presente convenio se aplicará de forma flexible atendiendo en cada situación concreta al interés de los hijos y procurando los cónyuges comparecientes alcanzar acuerdos puntuales que eviten rigidez en su aplicación en un intento de que lo dispuesto en los párrafos siguientes de la presente cláusula tenga carácter subsidiario y en defecto de acuerdos puntuales entre los comparecientes.- **B.** Podrá visitar y estar en compañía de Eulogio y Marta las tardes de los miércoles escolares desde el horario de salida normal del colegio hasta las 21:00 horas.- **C.** Podrá visitar y estar en compañía de los menores durante fines de semana alternos, completos, desde las 21:00 horas del viernes hasta las 21:00 horas del domingo, pudiendo pernoctar los hijos en la vivienda del progenitor que en cada momento estuviere en ejercicio del derecho de visita. Los firmantes acuerdan que el primer fin de semana tras las vacaciones de derecho vacacional corresponderá al progenitor que no hubiera disfrutado del último periodo de vacaciones en compañía de Eulogio y Marta .- **D.** El régimen de visitas previsto para los fines de semana alternos regirá desde el día 9 de enero hasta el día 23 de diciembre, de cada año, excepto en el periodo vacacional de Semana Santa-Pascua y en julio y agosto que dicho régimen de visitas quedará en suspenso.- **E.**

El periodo no lectivo o de vacaciones escolares de Semana Santa-Pascua se dividirá en dos períodos desde las 10:00 horas del jueves a las 21:00 horas del lunes de Pascua y desde las 21 horas del lunes de Pascua hasta las 21:00 horas del domingo, alternándose los comparecientes en el disfrute de dichos períodos. A falta de acuerdo, en los años pares será Doña Amalia quien indique y escoja las fechas de disfrute mediante comunicación remitida con un mes de antelación al comienzo del primer periodo, mientras que en los años impares será Jesús María quien lo haga de la misma forma.- Para el caso de que el progenitor al que le



correspondiera elegir el periodo vacacional que va a disfrutar de la compañía de sus hijos no lo hiciera con el preaviso de un mes establecido, la Sra. Amalia y el Sr. Jesús María acuerdan: - En los años PARES: el padre disfrutará del primer periodo de las vacaciones. La madre disfrutará del segundo periodo de las vacaciones. - En los años IMPARES: la madre disfrutará del primer periodo de las vacaciones. La madre disfrutará del segundo periodo de las vacaciones.- Se recogerá y reintegrará a Eulogio y Marta del y al domicilio en el que los menores tengan establecido su domicilio en cada momento, en el ejercicio de la guarda y custodia compartida entre sus progenitores, salvo los miércoles escolares entre sus progenitores, salvo los miércoles escolares en que se les recogerá a la salida del colegio para ser reintegrados al domicilio a las 21:00 horas".-

c) En cuanto al ejercicio de la guarda y custodia, según lo establecido en el convenio regulador de separación de 14 de enero de 2008, aprobado judicialmente mediante sentencia de 25/01/2008, correspondía a la madre el ejercicio de la guarda y custodia de Eulogio y Marta durante los meses de febrero, abril, agosto y octubre de 2008. El Sr. Jesús María dificultó sin causa justificada el ejercicio de la guarda y custodia por parte de la Sra. Amalia durante los meses de febrero, abril y junio de 2008 y además impidió sin causa justificada su ejercicio durante los meses de agosto y octubre de 2008.- 1.- En los meses de febrero, abril y junio de 2008 correspondía a la Sra. Amalia ejercer la guarda y custodia de los menores en el domicilio conyugal. Durante dichos meses, el acusado impedía ejercer la guarda y custodia del menor Eulogio toda vez que se llevaba al menor desde la salida de la Ikastola (14:30 horas) y lo reintegraba al domicilio conyugal donde estaba la madre, a 21:30 horas, incluso más tarde. Ningún día comió la madre con el menor Eulogio, ni el Sr. Jesús María le avisaba de que el menor no acudiría a comer con la Sra. Amalia. 1.- En el mes de agosto de 2008: el 1 de agosto de 2008, la Sra. Amalia acudió al domicilio del Sr. Jesús María a recoger a los menores, si bien ni el Sr. Jesús María ni los menores se encontraban en dicha vivienda. Según informó un obrero que se encontraba en la vivienda del Sr. Jesús María realizando obras en la misma, el Sr. Jesús María se había ido de vacaciones. Ante dicha situación y en presencia de agentes de la Policía Municipal de Pamplona nº NUM002 y NUM003, la Sra. Amalia se puso en contacto telefónico con el Sr. Jesús María quién se negó a entregar a los menores.- Lo anterior determinó que el 1 de agosto de 2008 la Sra. Amalia interpusiera el procedimiento de EJECUCIÓN familia contenciosa nº 1012/2008, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona, quien el mismo día 1 de agosto de 2008 dictó Auto, por el cual, entre otros extremos, se acordó despachar ejecución frente al Sr. Jesús María a fin de que éste trasladara a los menores al domicilio de la Sra. Amalia. El Sr. Jesús María fue requerido para dicha entrega por parte de la Secretaria Judicial, si bien se negó a ello, según consta en la diligencia de constancia realizada por la Secretaria Judicial en los siguientes términos: "En Pamplona/Iruña, a 1 de agosto de 2008. La extiendo yo la Secretario/a Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha nos ponemos en contacto telefónico con D. Jesús María para requerirle para que proceda a la entrega de los menores a Dña. Amalia como según consta en el convenio regulado firmado por ambas partes el día 14 de enero de 2008, contestando el Sr. Jesús María que no procederá a ello ya que no es eso lo que figura en tal convenio".- El Sr. Jesús María se fue de vacaciones con sus hijos fuera de Pamplona y admitió haber recibido la llamada del Juzgado de Familia nº 8.- La madre no pudo ejercer la guarda y custodia de los menores en el mes de agosto de 2008, teniendo que cancelar el viaje programado con los menores, habiendo pagado ya los billetes de tres (661,75 ?), y tener que abonar gastos por reserva de hotel.- Los menores no fueron restituidos, ni el acusado comunicó donde se encontraban los menores.- 3.- En el mes de octubre de 2008. Al ser día escolar el día 1 de octubre de 2008, y según lo establecido en la estipulación segunda del convenio regulador de separación, la madre debía recoger a los menores, el día 30 de septiembre de 2008, a la salida centro escolar.- La Sra. Amalia acompañada por Doña María Virtudes, Gestora- y- Trabajadora Social del Servicio Municipal de Atención a la Mujer del Ayuntamiento de Pamplona (SMAM) acudió a recoger a los dos menores. a) En cuanto a Marta: la menor se fue con su madre. Sin embargo, el 1 de octubre de 2008, miércoles correspondió al padre el ejercicio de visitas y la menor no fue reintegrada al domicilio materno.- b) En cuanto a Eulogio: Aunque correspondía a la madre el ejercicio de la guarda y custodia, el padre estaba esperando a que el menor saliera del centro escolar y se llevó a Eulogio.- d) En cuanto al RÉGIMEN DE VISITAS de la Sra. Amalia cuando correspondía al padre la guarda y custodia de los menores, así como los de los FINES DE SEMANA ALTERNOS, cuando correspondía a la Sra. Amalia el ejercicio de guarda y custodia y sobre el régimen de estancia, se han producido los siguientes incidentes: d`.- La Sra. Amalia no pudo disfrutar del régimen de visitas con los hijos el fin de semana del 7 al 9 de marzo de 2008. Acude al domicilio del acusado, con quien correspondía estar los menores, sólo estando Eulogio, quien le manifiesta que quiere estar con su padre. Marta no está y tras un tiempo de espera la Sra. Amalia, que iba acompañada de una amiga, decide no obligar a los menores a ir con ella, siguiendo las pautas recibidas.- d``.- Lo mismo sucede el fin de semana del 2 al 4 de mayo de 2008, en que acudiendo al domicilio en el que residen los menores, no estaban, habiéndoles llevado el acusado a fiestas de la Txantrea, barrio de esta capital. Puesta en contacto con Eulogio, le manifiesta que no quieren ir con ella y tampoco su hermana. El acusado se limitó a decirle que ya había oído lo que decían los hijos y que no iba a hablar más.- En este caso acudió la Sra. Amalia acompañada por una de las educadoras del servicio de Atención a la Mujer del Ayuntamiento de Pamplona.- d```. - Lo mismo sucede el fin de semana del 16 al 18 de mayo de 2008, si bien sólo respecto de Eulogio,



ya que sí se cumple el régimen de visitas respecto de Marta .- En esta ocasión acude nuevamente la Sra. Amalia acompañada de la educadora del S.M.A.M. del Ayuntamiento de Pamplona.- d''''- Lo mismo sucede el fin de semana del 12 al 14 de septiembre de 2008, no pudiendo disfrutar de la compañía de ninguno de los hijos, al negarse éstos a ir con ella.- d''''- El miércoles 5 de marzo de 2008, correspondía a la Sra. Amalia estar con Eulogio , sin embargo éste se había ido a un partido de fútbol a Madrid, sin que por el acusado se comunicara tal circunstancia, ni fuera autorizado por la Sra. Amalia .- La anterior situación dio lugar a que por la Sra. Amalia se interpusiera demanda de ejecución de sentencia de separación, dando lugar al procedimiento de ejecución familia contenciosa nº 1251/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona, en la que recayó Auto de fecha 20 de octubre de 2008 , despachando ejecución y requiriendo al acusado para que cumpliera el régimen de guarda y custodia y del régimen de visitas y estancia, establecido en el convenio regulador de separación de 14 de enero de 2008.- d''''''- Igualmente tampoco pudo estar con sus hijos el fin de semana del 7 al 9 de noviembre de 2008.- 2.- Desde el Auto de Medidas Provisionales de fecha 17 de noviembre de 2008 , dictado por el Juzgado de la Instancia nº 3 de Pamplona (procedimiento nº 1111/2008) hasta la sentencia de divorcio de fecha 27 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona (procedimiento de divorcio contencioso nº 1109/2008). a.- Por Auto de fecha 17 de noviembre de 2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona , se modificó el régimen de guarda y custodia compartida de los progenitores, atribuyéndose la guarda y custodia de los menores al acusado y acordándose un régimen de visitas a favor de la Sra. Amalia , en los siguientes términos: "5.- D^a. Amalia estará en compañía de sus hijos en fines de semana alternos, desde la salida de la Ikastola el viernes hasta las 21 horas del domingo, en que acudirán a casa del padre ya cenados. Además estará con sus hijos las tardes de los miércoles desde la salida de la Ikastola y hasta las 21:00 horas del domingo, en que acudirán a casa del padre ya cenados. Además estará con sus hijos las tardes de los miércoles desde la salida de la Ikastola hasta las 21:00 horas en que irán a casa del padre ya cenados. En estas vacaciones de Navidad los hijos estarán con la madre cuatro días que ella elegirá de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico. A partir de las vacaciones de Semana Santa del año 2008 (sic) estarán con cada progenitor con sus hijos la mitad de los periodos vacacionales escolares. En caso de discordia en la elección, la madre elegirá en los años pares y el padre los impares. El padre no podrá acudir a la Ikastola en los días en que le corresponda a la madre régimen de visitas.- En el caso de que existan problemas para el adecuado ejercicio de las visitas y estancias se derivará el caso al punto de encuentro familiar".- b.- Pese a la indicada resolución la Sra. Amalia no pudo relacionarse con sus hijos en las siguientes ocasiones: b`.- Los miércoles 26 de noviembre y 10 y 17 de diciembre de 2008. b``.- Tampoco pudo estar con sus hijos los fines de semana de 21 al 23 de noviembre y 5 al 7 de diciembre de 2008, dándose la circunstancia de que el menor Eulogio estaba apuntado para ir a entrenamiento de esquí a Candanchú (Huesca), los días 6, 7 y 8 de diciembre de 2008, entrenamiento de carácter voluntario. b``.- Tampoco pudo tener consigo a los menores en las fechas elegidas por la sra. Amalia para las vacaciones de navidad (22 al 25 de diciembre de 2008), pese a ir a recogerlos la abuela y tía maternas.- c.- Lo anterior dio lugar a instar ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona, la ejecución del Auto de medidas provisionales, dando lugar a dictarse Auto, de fecha 30 de diciembre de 2008, que acuerda lo siguiente: "Dado que se estableció en el Auto de medidas provisionales que si había problemas en el cumplimiento de las visitas se iba a derivar al Punto de Encuentro Familiar, procede esa derivación, sin necesidad de traslado, ya que la Sra. Amalia ha manifestado que existen problemas para el cumplimiento de las visitas".- Asimismo recayó Auto de fecha 12 de febrero de 2009, dictado en el procedimiento de ejecución nº 1541/2008, estableciendo un régimen de visitas para la madre con los menores, supervisado por los profesionales del P.E.F., debiendo el acusado llevar a los menores al centro.- d) el 11 de marzo de 2009 el acusado no llevó al menor Eulogio al P.E.F., para que estuviera en la visita supervisada con su madre, ya que había apuntado a Eulogio a los campeonatos de esquí de España, no comunicando dicha circunstancia al P.E.F. y sin que la Sra. Amalia interviniera en dicha decisión.- El acusado, pese a las indicaciones de los profesionales del P.E.F., acerca de los objetivos de la reunión y visita en dicho centro de los menores con su madre, en dos o tres ocasiones permitió que éstos acudieran al mismo con los libros para hacer la tarea de la Ikastola.- e) Asimismo el acusado ha venido tomando unilateralmente decisiones concernientes a los menores, sin consultarlo y consensuarlo con la Sra. Amalia , sin que conste haber solicitado la intervención judicial, tales como apuntar a la menor Marta a distintos cursillos de esquí, pádel, impidiendo el ejercicio normalizado de la patria potestad de la Sra. Amalia . Cursillos y actividades, que se realizan en los tiempos en los que corresponde a la madre disfrutar de la compañía de los hijos.- Concretamente Eulogio se fue a esquiar los días 6 al 8 y 13-14 de diciembre de 2008; 11, 24, 25 y 31 de enero de 2009 y 1, 7, 8 y 14 de febrero de 2009.- 3.- Desde la sentencia de divorcio, de fecha 27 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona en procedimiento de divorcio contencioso nº 1109/2008 y Auto de ejecución, de fecha 31 de julio de 2009, dictado por dicho Juzgado en procedimiento de ejecución familia nº 1541/2008. a) La sentencia de divorcio estableció el siguiente fallo: "Los dos hijos comunes, Eulogio y Marta ingresarán en el Centro de Orientación y Acogida del Gobierno de **Navarra**, ubicado en el chalet Argaray. Por tanto la Dirección General de Familia, a través del centro citado asumirá la custodia de los dos menores. El periodo inicial de estancia de los hijos en el mencionado centro



será de tres meses durante los cuales mantendrán visitas supervisadas con la madre en el modo y forma que se establezcan en el mencionado centro valorando la finalidad de la intervención es que puedan trasladarse a convivir con la madre una vez transcurrido ese periodo. Se irá informando a este Juzgado sobre la situación de los menores de forma que podamos ir estableciendo resoluciones en cada momento necesarias.- Se suspende todo contacto de los hijos con el padre durante un periodo de un mes que podrá modificarse de acuerdo con los informes que nos remitan desde el COA. Transcurrido ese periodo se iniciarán visitas supervisadas en el COA y posteriormente en el PEF visitas que en un primer momento se establecerán y regularán en el propio centro de acogida. Una vez que los hijos convivan con la madre se establecerá una visita semanal en el punto de encuentro familiar que al ser supervisada tendrá una hora de duración".- b) El Auto de fecha 31 de julio de 2009, dictado en procedimiento de ejecución familia nº 1541/2008, acordó lo siguiente: "Mantener la intervención de la Dirección General de Familia e Infancia del Gobierno de **Navarra**.- Otorgar la custodia de Marta a la madre de D^a Amalia . La afectividad de tal medida se realizará con la preparación oportuna a la niña y a la madre por parte del equipo que viene atendiendo a la menor. no ha lugar a fijar visitas con el padre al menos durante un mes. Transcurrido ese periodo se valorará la evolución de la niña con el fin de establecer lo que se considere más adecuado.- Se establece un acogimiento en la modalidad de simple con respecto a Eulogio . Tal modalidad de acogimiento de momento va a ser residencial en el COA y ello hasta que por parte de la Dirección General de Familia se establezca el momento en que resulta adecuado el establecer un acogimiento familiar con la familia extensa paterna, tal y como se informa. Deberán comunicar a este juzgado el momento en que Eulogio pasa a acogimiento familiar así como los datos de la persona acogedora. Se mantendrán visitas de Eulogio con la madre en el punto de encuentro en la modalidad de supervisadas con periodicidad quincenal. Igualmente las visitas con el padre serán quincenales y en el punto de encuentro y en la modalidad de supervisadas. Los días de las visitas se fijarán por el propio punto de encuentro en función de su disponibilidad".- c) No obstante lo acordado en el citado Auto, del que tenía conocimiento el acusado, incumplió la prohibición de relacionarse con su hija Marta en las siguientes ocasiones: c`.- El jueves, 29 de octubre de 2009, con ocasión de llevar la Sra. Amalia su hija en su vehículo, sobre las 21-25 horas, y estando detenida como consecuencia de un semáforo en rojo, en las proximidades del parque Antoniuti, de esta ciudad, el acusado, que a su vez iba en su vehículo, se puso en paralelo al vehículo de la Sra. Amalia y tocando el claxon, empezó a hacer señas a la menor Marta , empezando a hablar con ella, que a su vez bajó la ventanilla. El acusado se bajó del vehículo, aprovechando la fase roja del semáforo, acercándose a la ventanilla de Marta para darle un beso o una caricia y hablarle, diciéndole: "cariño, cielo, te quiero tengo muchas ganas de estar contigo ...". Dicha situación duró hasta que el semáforo pasó a la fase verde.- c``.- El miércoles, 12 de mayo de 2010, con ocasión de acudir la menor Marta a la clase de pádel, en el complejo deportivo de Mutilva, que tenía señalada de 19:00 a 20:00 horas, el acusado, acompañado de su actual pareja, se acercó a la pista de pádel donde estaba Marta , observándola y con ocasión de acercarse Marta , la saludó, habló y besó.- c```. - El miércoles, 19 de mayo de 2010, nuevamente en el complejo deportivo "**Navarra** Pádel", de Mutilva, con ocasión de la clase de dicho deporte de Marta , encontrándose en la pista, se acercó el acusado a la menor, hablándole y besando, yéndose el acusado a los cinco minutos a otra pista a jugar.- d.- Por Auto de fecha 9 de noviembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona , en procedimiento de ejecución familia nº 1541/2008, se acordó mantener la situación, sin fijar visitas de Marta con el padre y con su hermano Eulogio .- El acusado en la declaración efectuada como imputado, el 19 de noviembre de 2010, reconoce que estuvo en dichas instalaciones, que saludó y besó a su hija Marta . (folios 1707 y 1708).- Mediante Auto de 9 de noviembre de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Familia en el procedimiento de ejecución 1541/2008, se acuerda mantener la situación actual sin fijar visitas de Marta con el padre y con su hermano Eulogio (folios 1711 y 1712), en base al informe de la psicóloga del centro Infanto Juvenil de Salud Mental del Gobierno de **Navarra**, Doña Inés , que trata a la menor Marta , emitido el 08/10/2010 (folios 1713-1714).- Todos estos hechos fueron notificados en el procedimiento de ejecución de familia contencioso nº 1541/2008, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona, sección B.- IV.- Otras resoluciones judiciales: - El 12/03/2010ja Sección Segunda de la AP dictó la sentencia nº 26/2010, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Jesús María contra la sentencia de divorcio (rollo: Apelación sentencias restantes 173/2009). - Mediante Auto de 02/02/2010, el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Pamplona acordó la constitución de acogimiento familiar del menor Eulogio (autos acogimientos contencioso nº 1195/2009). Mediante Auto de 01/03/2010 se deja sin efecto el mismo por habersele concedido la emancipación por resolución judicial.- Mediante Auto 184/2010, de 09/02/2010, el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Pamplona acordó conceder la emancipación judicial de Eulogio (autos: emancipación 2084/2009).

SEGUNDO.- La **Audiencia** de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO** : Que debemos condenar y condenamos a Jesús María , como autor responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, por los siguientes delitos: **A.-** De un delito de **sustracción** de menores a las penas de DOS AÑOS de prisión; CUATRO AÑOS de inhabilitación especial



para el ejercicio del derecho de patria potestad; accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas causadas por este delito, incluidas las de la acusación particular.- **B.-** De un delito continuado de desobediencia a la autoridad a la pena de UN AÑO Y TRES MESES y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas por este delito, incluidas las de la acusación particular.- **C.-** Por la falta continuada del artículo 618.2 C.Penal , la pena de multa de 75 días, con una cuota diaria de 100 euros y responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 C.Penal , en caso de impago, así como a las costas de la falta, incluidas las de la acusación particular.- En vía de responsabilidad civil deberá indemnizar a D^a. Amalia en la cantidad de DOCE MIL euros. Dicha cantidad devengará el interés legal previsto en el artículo 576.1 LEC .- Declaramos la solvencia de dicho condenado, aprobando el auto que a este fin dictó el Juez instructor.- Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone, le abonamos todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de los recurrentes Jesús María e Amalia , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, alegaron los motivos siguientes: I.- RECURSO DE Jesús María : **PRIMERO** .- Por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la Constitución Española y por aplicación indebida del artículo 225 bis del Código Penal , al amparo del artículo 849.1 de la LECrim .. **SEGUNDO** .- Por aplicación indebida del artículo 556 del Código Penal , al amparo de lo dispuesto en el Artículo 849.1 de la LECrim .. **TERCERO** .- Por inaplicación del artículo 14 del Código Penal , al amparo del artículo 849.1 de la LECrim .. **CUARTO** .- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal . II.- RECURSO DE Amalia : **PRIMERO** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECrim ., en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del artículo 120.3 del mismo texto legal que impone la obligación de motivar la sentencia, todo ello en relación con el artículo 9.3 de la referida Constitución . **SEGUNDO** .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim ., por aplicación indebida del artículo 21.6 del Código Penal y, consecuentemente, del artículo 66.1.1^a del mismo texto legal . **TERCERO** .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim . por no haberse aplicado el artículo 72 del Código Penal . **CUARTO** .- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim ., por la no aplicación del artículo 66.1.6^a del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 9 de diciembre de 2015, concluyendo la deliberación el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL ACUSADO .

PRIMERO.-1. Formaliza cuatro motivos de casación. Para su examen vamos a agrupar el primero y el tercero porque constituyen anverso y reverso de la misma cuestión: la impugnación de la calificación jurídica como delito de **sustracción** de menores del artículo 225 bis 2.2 de los hechos sucedidos en el mes de agosto de 2008. En el primero invoca directamente la aplicación indebida del precepto citado ex artículo 849.1 LECrim . y en el tercero denuncia la inaplicación del artículo 14 CP por la misma vía procesal. Además en aquél alega genéricamente la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia sin que en su desarrollo denuncie violación alguna relativa al mismo, por lo que nos ocuparemos directamente de ambas infracciones de ley.

Partiendo de los hechos probados aduce el recurrente que ambos cónyuges compartían la guarda y custodia y que por ello su condición de progenitor custodio es incompatible con la autoría del delito, añadiendo que la **Audiencia** ha identificado el régimen de visitas con el de custodia de los menores. Trae a colación que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones calificó los hechos como delito de desobediencia del artículo 556 CP y de una falta continua de incumplimiento de obligaciones familiares del 618.2 en relación con el 74, ambos CP. También se refiere a la insuficiente gravedad de su conducta teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el motivo tercero, aún admitiendo la correcta calificación de los hechos, aduce que la **Audiencia** debió aplicar el error de prohibición invencible ex artículo 14 CP , por cuanto el recurrente, asesorado por su letrado,



"creyó que cuando se llevó a sus hijos de vacaciones a Chiclana no estaba cometiendo infracción penal alguna". También manifiesta que la llamada recibida el 1 de agosto de 2008 de la Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona no reúne los requisitos para producir el efecto que pretende, es decir, neutralizar la alegada conciencia de antijuricidad por la no devolución de los menores.

2.1. En cuanto a la infracción por aplicación indebida del artículo 225 bis.2.º, que considera a los efectos de este artículo como **sustracción** "la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa", debemos señalar que la Sección II, del Capítulo III, que lleva por rúbrica "de la **sustracción** de menores", fue incorporada al Código Penal de 1995 por la L.O. 9/2002, cuya Exposición de Motivos, como señala la **Audiencia** y el propio recurrente, justifica la modificación llevada a cabo sobre la base de entender prioritaria "la protección de los intereses del menor especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares pueden ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores"; por ello, continua el legislador explicando que "el Código Penal de 1995 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 a alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérica, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las **sustracciones** o retenciones ilícitas de menores". Por ello el legislador en relación con el tipo básico del apartado 1, referido a la **sustracción** por el progenitor sin causa justificada de su hijo menor, asimila a aquella acción la retención en el apartado 2.º, como se indica en su encabezamiento con la frase "se considera **sustracción**", de forma que por disposición del legislador **sustracción** y retención producen los mismos efectos punitivos.

Partiendo de lo anterior y del hecho probado sobre lo sucedido en el mes de agosto de 2008, la argumentación del recurso yerra cuando confunde régimen de visitas y de custodia, pues en el presente caso fueron los propios cónyuges los que establecieron un régimen de guarda y custodia compartido pero rotatorio, es decir, repartido o dividido, pero no conjunto, unido o mezclado, lo que fue aprobado por el Juzgado de Primera Instancia. Así venía sucediendo, según reza el "factum" desde el 25 de enero de 2008, rotando con periodicidad mensual ambos progenitores en la guarda y custodia de los menores, correspondiendo precisamente el periodo mensual señalado a la madre, que habida cuenta la retención por el padre de aquéllos no pudo ejercer la guarda y custodia correspondiente y que tenía atribuida por disposición judicial. Por ello debemos ratificar la calificación de los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2008 como constitutivos del delito de **sustracción** o retención de menores por parte del progenitor recurrente llevada a cabo sin justificación alguna, puesto que incluso la preferencia o voluntad de los menores, que se alega, por viajar con su padre, frente a lo dispuesto en el convenio homologado judicialmente, es irrelevante. Ello, como explica el Tribunal **provincial**, impidió "que los menores estuvieran con su madre, así como que ésta ejerciera los derechos y deberes inherentes a la custodia que le correspondían".

2.2. El motivo tercero se refiere a la inaplicación del error de prohibición invencible en favor del acusado. La falta de conciencia de la antijuricidad de la acción, en este caso consistente en la retención de los menores durante el periodo referido, que aduce el recurrente, no es sostenible, conclusión a la que razonadamente llega también la **Audiencia Provincial** cuando analiza la cuestión en la segunda parte del fundamento de derecho segundo. En primer lugar, porque el convenio fue propuesto por ambas partes interesadas en el mismo, especificando incluso el sistema rotatorio y su ejecución, y así venía sucediendo desde el mes de enero anterior. En segundo lugar, porque como señala la **Audiencia** pretender la cobertura del consejo del letrado tampoco es exacto en sus propios términos tal como resulta de la manifestación como testigo del mismo en el juicio en relación con la llamada que recibió el acusado desde el Juzgado, que el mismo día 1 de agosto dictó auto acordando que aquél trasladara a los menores al domicilio de la madre, siendo requerido "para dicha entrega por parte de la Secretaria Judicial, si bien se negó a ello, según consta en la diligencia de constancia realizada por la Secretaria Judicial", cuyo contenido literal figura en el hecho probado. Por todo ello reiteramos que es insostenible la pretensión del recurrente sobre la concurrencia del error de prohibición alegado.

Por todo ello ambos motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.-1. Vamos a continuar con el examen del motivo de igual orden que al amparo del artículo 849.1 LECrim . denuncia la indebida aplicación del artículo 556 CP . Sostiene el recurrente que no concurren los hechos tipificadores del tipo de desobediencia y que en el peor de los casos debieron calificarse los tres sucesos recogidos en el "factum" como una falta continuada del artículo 618.2 CP , hoy destipificada en virtud de la Disposición Derogatoria 1ª de la L.O. 1/2015 , lo que aprovechamos para anticipar la absolución por



dicha falta continuada que con independencia del delito continuado de desobediencia (apartado B) figura en el apartado C de la parte dispositiva de la sentencia.

2. Como se deduce del breve desarrollo del motivo su oposición a la condena por este delito se basa en la falta de gravedad de las conductas declaradas probadas y subsumidas bajo la calificación de delito continuado de desobediencia del artículo 556 CP .

Este precepto castiga a los que, "sin estar comprendidos en el artículo 550 (atentado), resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones". El planteamiento del recurso se fija en el requisito de la necesaria gravedad en relación con la desobediencia que además fijaba la línea divisoria entre el delito y la falta del artículo 618.2, hoy destipificado, que se refería precisamente a aquellas conductas relativas al incumplimiento de obligaciones familiares "que no constituya delito". Debemos señalar que dichas faltas del artículo 618.2, a la vista de su supresión, serán reconducibles a la vía civil. Pues bien, la gravedad es un elemento abierto del tipo que exige una valoración del hecho acorde con su entidad en relación con el bien jurídico protegido, en este caso por el de desobediencia. Se trata de tres sucesos descritos en el "factum" que tuvieron lugar los días 29/10/2009, 12 y 19/05/2010. Son tres encuentros del padre con la hija en espacios públicos en los que aquél se acercó a ella o la misma al padre, saludándola, hablándola y besándola. Aisladamente considerados los episodios carecen de la entidad suficiente para subsumirlos en el tipo de desobediencia grave y en la medida en que el delito se califica como continuado la Sala **provincial** ha estimado que en los tres casos se cumplían los requisitos para su aplicación. En realidad, siguiendo el curso del razonamiento de la sentencia, la subsunción es más consecuencia de la reiteración del acusado en su conducta obstruccionista y perturbadora en relación con la ejecución del convenio que de la estimación aislada de cada hecho como delito de desobediencia. Sean o no casuales los encuentros la infracción de la prohibición de acercamiento a la menor dictada judicialmente no alcanza la gravedad suficiente para entender como delito cada uno de ellos. Tampoco es posible una suma acumulativa de faltas para calificar el hecho como delictivo, mucho menos cada uno de ellos. Por otra parte, el recurrente ha sido condenado además como autor de una falta continuada prevista en el artículo 618.2 CP previgente porque "ha venido sistemáticamente obstaculizando cuando no impidiendo, tanto respecto al régimen de visitas, como al ejercicio puntual de la guarda y custodia compartida, cuando ésta le correspondía a la Sra. Amalia , y en cuanto al ejercicio de la patria potestad, al no hacer partícipe a la Sra. Amalia en la toma de decisiones, que afectaban a los menores, y que excedían del ejercicio doméstico de la guarda y custodia que tuvieran". Pues bien, esta descripción genérica ha servido de base para calificar la falta mencionada como continuada y teniendo en cuenta la entidad de los sucesos calificados como delito de desobediencia también los mismos habrían sido subsumibles en la falta mencionada.

Por todo ello el motivo se estima, siendo ello extensivo a la falta continuada por la que ha sido condenado en el apartado C del fallo por razón de su supresión como hemos apuntado.

TERCERO.-1. El último motivo también utiliza la vía del artículo 849.1 LECrim . por inaplicación del artículo 21.6 CP , interesando que debe apreciarse como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas.

Esta se deriva de hechos posteriores a la celebración del juicio y tiene relación con el retraso en el dictado y notificación de la sentencia. Alega que el juicio oral tuvo lugar el 21 de marzo de 2013 y la sentencia, de fecha 10/10/2014 , se notificó a las partes el día 06/02/2015, "después de 22 meses y 6 días" desde la celebración del juicio oral. Aduce que la sentencia nada dice al respecto ni justifica el retraso e invoca la doctrina general aplicada en relación con la atenuante cuya omisión se denuncia.

2. Previamente debemos señalar que el recurrente puede plantear directamente ante el Tribunal de Casación la inaplicación de la atenuante por cuanto la dilación denunciada ha tenido lugar con posterioridad a la celebración del juicio oral.

La primera cuestión consiste en determinar si la **Audiencia** aprecia o no la atenuante de dilaciones indebidas o la apreciación de oficio del retraso en dictar sentencia es una circunstancia que ha tenido en cuenta para individualizar la pena ex artículo 72 CP . En el fundamento jurídico octavo se limita lacónicamente a razonar en orden a las penas a imponer y vistos los artículos sustantivos aplicables, "así como, apreciando de oficio el retraso en dictar sentencia", fija la pena correspondiente al delito de **sustracción** de menores en su límite mínimo legal. Como en el fallo condena al recurrente como autor responsable de los delitos calificados "sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad", una interpretación literal de la sentencia lleva a la conclusión de que ha seguido la segunda alternativa. Según lo anterior la estimación del motivo y la apreciación de la atenuante como ordinaria carecería de efectos prácticos puesto que la pena ya ha sido impuesta como hemos señalado en el límite mínimo legal (también la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad). La cuestión es que el recurrente va más allá y solicita la consideración de la atenuante como muy cualificada.



Desde luego, conforme a nuestra jurisprudencia, ausente cualquier justificación del retraso en dictar la sentencia, lo que supone una demora indebida imputable a la Sala sentenciadora, debería apreciarse la concurrencia de la atenuante prevista ya específicamente en el artículo 21.6 CP . Ahora bien, en relación con la especial cualificación de la misma capaz de determinar la disminución en uno o dos grados de la pena correspondiente, también debemos señalar que ello exige una especial intensidad de la misma "atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes", como reza la regla 2ª del apartado 1º del artículo 66 CP . Analizando en abstracto el lapso de tiempo transcurrido en relación con la complejidad del procedimiento cabría en principio una conclusión favorable a calificar como de especial intensidad la demora en el dictado y notificación de la sentencia. Ahora bien, la acusación particular introduce determinados argumentos para impugnar el motivo que no pueden ser desconocidos teniendo en cuenta que no es ajeno al fundamento de la apreciación de la atenuante la existencia de un perjuicio o daño derivado de la vulneración de un derecho fundamental del que es titular el acusado, de forma que si el mero transcurso del tiempo no ha conculcado materialmente con la especial intensidad requerida al efecto el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no estará justificada no ya la especial cualificación sino incluso la estimación de la atenuante como ordinaria.

En el presente caso, como sostiene la acusación, el retraso en el dictado de la sentencia no ha supuesto un perjuicio para el acusado sino que éste ha podido continuar en el ejercicio de la patria potestad sobre la hija ejercitando la guarda y custodia de la misma, y, teniendo en cuenta que en septiembre de 2015 cumplía los 17 años, la efectiva inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante cuatro años ha quedado reducida a un tiempo casi simbólico. Es cierto que la ejecución de la pena privativa de libertad en el mínimo legal queda a expensas de la **Audiencia** en lo relativo a su ejecución, pero ello es solo una parte de la cuestión, y por ello globalmente considerada está justificado no reconocer la especial cualificación de la atenuante.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR .

CUARTO.-1. También formaliza cuatro motivos de casación. Vamos a agrupar el examen del primero y el tercero porque su contenido es similar y el segundo y el cuarto por la misma razón. Todos ellos tienen relación con el cuarto motivo del acusado relativo a la falta de aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada que acabamos de desestimar.

El motivo inicial al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim . denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva invocando los artículos 24 , 120.3 y 9.3, todos ellos CE , que imponen la obligación de motivar las resoluciones judiciales. Alega que la sentencia recurrida no motiva en modo alguno la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, ni la graduación y extensión de la pena impuesta por el delito de **sustracción** de menores, siendo absoluta la falta de razonamiento al respecto. En el motivo tercero utiliza la vía de la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim ., por falta de aplicación del artículo 72 CP , puesto que en la aplicación de las penas impuestas la **Audiencia** no ha razonado el grado y extensión de las mismas en los delitos de **sustracción** de menores y desobediencia (la absolución por este último delito vacía de contenido la parte del motivo atinente al mismo).

2. Debemos reproducir lo ya razonado en el fundamento precedente a propósito de la falta de motivación por parte de la **Audiencia** cuando en el fundamento jurídico octavo procede a la individualización de las penas. Igualmente, en relación con la atenuante de dilaciones indebidas, lo expuesto en el mismo. Desde la perspectiva de la acusación particular, la omisión de los requisitos que determinan la existencia de la atenuante, tanto desde el punto de vista de las paralizaciones del procedimiento (aunque en realidad se trata del retraso en el dictado y notificación de la sentencia) como de sus consecuencias para el acusado, supone un vacío motivacional que afecta al derecho de defensa, especialmente porque la **Audiencia** aprecia de oficio las consecuencias del retraso, tanto desde la perspectiva constitucional como de la legalidad ordinaria ex artículo 72 CP . Teniendo en cuenta este vacío motivacional los motivos formalmente deben ser estimados, sin perjuicio de su subsanación por la Sala de Casación, lo que determina que ello no afecte a la segunda sentencia.

QUINTO.-1. Los motivos segundo y cuarto ex artículo 849.1 LECrim . denuncian la aplicación indebida del artículo 21.6 y 66.1.1ª y 6ª CP . En el segundo se opone a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, mientras en el cuarto insiste en la aplicación indebida de la atenuante y por ello la inaplicación de las reglas sobre individualización de las penas.

2. Debemos volver a dar por reproducido lo dicho en el fundamento jurídico tercero a propósito de las dilaciones indebidas, donde hemos acogido argumentos sustanciales de la acusación en relación con la aplicación de sus consecuencias, atinentes a la inaplicación de su especial cualificación. Con independencia de la falta de motivación del Tribunal de instancia no existe la infracción de ley que se denuncia puesto que la pena ha sido fijada por la **Audiencia** dentro del marco legal. El Tribunal ha individualizado la pena impuesta por el delito de



sustracción de menores llevándola al límite mínimo legal teniendo en cuenta "de oficio, el retraso en dictar sentencia", pero sin apreciar formalmente, ello no se dice en el fallo, la atenuante de dilaciones indebidas. Desde esta perspectiva la **Audiencia** no ha podido incurrir en la infracción de ley que se denuncia. Cuestión distinta es que la acusación no esté conforme con la pena fijada en su grado mínimo pero es potestad del Tribunal de instancia su fijación y en el presente caso no ha reconocido otras circunstancias que determinasen legalmente la imposición de una pena superior comprendida en el marco punitivo aplicable al delito calificado.

Por todo ello ambos motivos deben ser desestimados.

SEXTO.- Ex artículo 901 LECrim . las costas de ambos recursos deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley dirigido por **Jesús María** frente a la sentencia dictada por la **Audiencia Provincial** de **Navarra**, Sección Segunda, en fecha 10/10/2014 , en la causa correspondiente al rollo de Sala 364/2012, por los delitos de **sustracción** de menores y desobediencia y falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares, casando y anulando parcialmente la misma, declarando de oficio las costas del recurso.

Que debemos declarar **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de precepto constitucional dirigido frente a la sentencia mencionada por la acusación particular ejercitada por **Amalia** , declarando también de oficio las costas del recurso, con devolución del depósito constituido.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Pamplona, con el número 253/2010 y seguida ante la **Audiencia Provincial** de **Navarra**, Sección Segunda, por delitos de **sustracción** de menores, continuado de desobediencia y falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares contra **Jesús María** , nacido el NUM004 de 1965, con NIF nº NUM005 , domiciliado en c/ DIRECCION000 , nº NUM006 , NUM007 , de Pamplona, sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de la **Audiencia**, incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de nuestra primera sentencia, especialmente el segundo y el cuarto, y los de la **Audiencia** que no se opongan a los anteriores. Se absuelve al acusado **Jesús María** del delito continuado de desobediencia y de la falta continuada de incumplimiento de las obligaciones familiares.

III. FALLO

Que debemos **ABSOLVER** al acusado **Jesús María** del delito continuado de desobediencia y de la falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas en su caso en relación con estas infracciones, declarando de oficio las costas de la primera



instancia correspondientes a las mismas, manteniendo en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de la **Audiencia Provincial** de **Navarra**, Sección Segunda, de 10/10/2014 , parcialmente casada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz, mientras se celebraba **audiencia** pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ