



**Universitat de les  
Illes Balears**

Facultad de Derecho

**Memoria del Trabajo Fin de Grado**

# Caso Juana Rivas: Sustracción de menores en un ámbito nacional e internacional.

Leticia del Rocío Fuentes Bustos

**Grado en Derecho**

Año académico 2017-18

DNI del alumno: 43227823J

Trabajo tutelado por María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano.  
Departamento de Derecho Público.

Se autoriza a la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y su difusión en línea, con finalidades exclusivamente académicas y de investigación.	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

## ÍNDICE

1. Introducción: .....	2
1.1. Presentación del trabajo: .....	2
1.1.1. Metodología: .....	2
1.1.2. Objetivo del trabajo:.....	3
1.1.3. Estructura: .....	3
2. Relato del caso Juana Rivas: .....	3
3. El delito de Sustracción de Menores en el Código Penal Español:.....	5
3.1. Regulación: .....	5
3.2. Análisis del Concepto de sustracción: .....	6
3.3. Bien Jurídico Protegido:.....	6
3.4. Sujetos del tipo:.....	7
3.4.1 Análisis tipo penal:.....	7
3.4.2. Aplicación a Juana Rivas de este precepto:.....	8
3.5. Conducta típica:.....	9
3.5.1. Análisis del tipo penal:.....	9
3.5.2. Modalidades de sustracción:.....	10
3.5.3 Análisis de los restantes elementos del tipo penal: especial consideración a la ausencia de causa justificada: .....	10
3.5.4. Consumación: .....	11
3.5.5. Aplicación a Juana Rivas del elemento “sin causa justificada”: .....	11
4. La Sustracción de menores en el ámbito internacional: .....	13
4.1. Introducción: .....	13
4.2. Normativa aplicable a la sustracción de menores: .....	14
4.3. Concepto de sustracción de menores internacional:.....	15
4.4. Respuesta internacional ante una sustracción de menores: .....	15
4.5. Valoración jurídica y aplicación al caso de Juana Rivas:.....	17
4.5.1. Critica a la normativa aplicada: .....	17
4.5.2. Aplicación al caso de Juana Rivas: .....	18
5. Conclusión: .....	19
6. Bibliografía.....	20

## **1. Introducción:**

### **1.1. Presentación del trabajo:**

El objeto de estudio de este trabajo de investigación va a ser el análisis detallado del caso de Juana Rivas, el cual se basa en un caso de sustracción de menores puesto que es una cuestión de gran envergadura, compleja jurídicamente y que conlleva una carga emocional por los sujetos implicados, además de la gran peligrosidad psicológica que puede repercutir en los niños y niñas objeto de secuestro por parte de alguno de sus padres o de otro algún sujeto<sup>1</sup>.

Las razones por las que se hace interesante profundizar en el caso de Juana Rivas es porque se trata de un tema que está en pleno auge, suelen tener una gran repercusión mediática, especialmente el de Juana Rivas, y a su vez, es atrayente porque trata un tema que -- a mi forma de ver-- se encuentra bastante desprotegido en el sentido de que hay muchísimos casos que se producen cada día, pero solo unos pocos son perseguidos por parte de los Estados<sup>2</sup>. Además, hay una gran carencia de información sobre cómo abordar este tipo de problemas<sup>3</sup>.

Se debe agregar que la sustracción de menores se manifiesta habitualmente en aquellas situaciones en las que hay ruptura de pareja y existen hijos menores. Una vez que la pareja se separa, los progenitores pasan a repartirse, o bien, una custodia compartida, o bien, uno de los dos tiene la plena custodia y el otro un simple régimen de visitas. Esta situación que ya de por sí es inestable para el/los menor/es cuando se separan los padres, es aún más traumatizante cuando uno de los dos progenitores decide llevárselo lejos del otro evitando todo contacto con su pariente, rompiendo además, la estabilidad que tenía el menor, aunque fuese solo en un régimen de visitas, puesto que su status vital pasa de poder ver poco a su progenitor, a no poder verlo, cambiar de residencia, colegio, amistades<sup>4</sup> y lo que es aún peor tener que escuchar diariamente las peleas e insultos que ambos progenitores se dedican aprovechando los teléfonos móviles.

#### **1.1.1. Metodología:**

Va a consistir en un análisis detallado tanto jurisprudencial, como doctrinal sobre el tema de la sustracción de menores a partir de un caso que ha adquirido gran relevancia en España, que es el caso de Juana Rivas.

---

<sup>1</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen “Sustracción Internacional de Menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, pp. 192-213.

<sup>2</sup> Los casos más conocidos en España por tener algún elemento mediático son los de Juana Rivas, María José Carrascosa, Javier Somoza, y el trágico caso de Domingo Expósito; sin embargo, el resto de sustracciones siguen sin ser conocidos ni perseguidos.

<http://www.ideal.es/sociedad/patria-potestad-20170902001017-ntvo.html>

<sup>3</sup> CARRILO LERMA, Celia “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Ángel Santiago, “Doctrina-comentario de la sustracción de menores, art. 225bis”.

### **1.1.2. Objetivo del trabajo:**

Al profundizar sobre este tema quiero ofrecer una visión crítica del delito de sustracción de menores, en España y, concretamente de una solución jurídico penal al caso de Juana Rivas.

### **1.1.3. Estructura:**

A partir de ahí, lo que hare será:

En primer lugar, relatar los hechos que rodean la sustracción producida por Juana Rivas, en España.

En segundo lugar, analizaré el delito desde la perspectiva de nuestro Código Penal Español.

En tercer lugar, analizaremos la sustracción desde la perspectiva del derecho internacional, es decir, cómo tratamos y cómo se soluciona una sustracción conforme a las normas internacionales.

## **2. Relato del caso Juana Rivas:**

El caso de Juana Rivas es uno de los casos que más ha llamado la atención dentro del ámbito judicial, por su carácter internacional, y cuyo caso es tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 2, que recientemente ha dictado auto de procesamiento contra Juana Rivas, en adelante J.R., por dos presuntos ilícitos penales consistentes en sustracción de menores y desobediencia judicial<sup>5</sup>.

Juana Rivas inició una relación sentimental con Francesco Arcuri, en el año 2004, en Londres, posteriormente, tuvieron dos hijos, el mayor nacido en España y el menor en Italia. Presuntamente, al poco de nacer el hijo mayor, Juana Rivas asegura que empezó a padecer malos tratos por parte de su pareja hasta tal punto que un día necesitó asistencia médica, por este motivo, tenemos una sentencia fechada en 2009 por la que se condena a Francesco Arcuri a un delito de lesiones, lo cual provocó la separación de la pareja. Años más tarde volvieron a reiniciar la convivencia y fue cuando tuvo lugar el nacimiento de su segundo hijo; aún así, y según las manifestaciones realizadas por Juana Rivas, los malos tratos no cesaron nunca. Meses después, la pareja, de común acuerdo, y con permiso verbal del padre se decide que JR se desplace con sus hijos desde Italia a España para pasar unas vacaciones con su familia<sup>6</sup>. Considerándose que en dicho acuerdo existe una fecha de salida de Italia y otra de regreso al domicilio familiar común.

Una vez en España, Juana Rivas, presuntamente, cambia de opinión y asesorada por su entorno decide unilateralmente no regresar en la fecha acordada a Italia, pudiendo, presumiblemente provocar en los niños un disturbio psíquico por la falta de contacto con su padre. Tras asentarse en España, JR decide acudir en demanda de consejo

---

<sup>5</sup> Artículos 225 bis y 556 de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995

<sup>6</sup> <http://www.elmundo.es/cronica/2017/08/06/5985ffabe5fdea8a7e8b4641.html>

legal al Instituto de la Mujer de Granada<sup>7</sup> en el que --según mi opinión--, en una dudosa decisión, le aconsejan la interposición de denuncia por malos tratos, la cual fue desestimada por el juzgado interviniente por considerar que los hechos denunciados no eran competencia de ese juzgado al haberse cometido los presuntos ilícitos penales, en Italia y por tanto, ser jurisdicción de ese país.<sup>8</sup>

Durante esta etapa el padre de los niños, aconsejado por la justicia italiana decide acogerse al Convenio de La Haya de 1980<sup>9</sup> (en adelante, CH 80') del cual hablaré más adelante, e interpone demanda de sustracción de menores y exige la inmediata restitución de los menores. Una vez entiende del asunto el Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada, se pronuncia mediante auto que JR debe personarse en tiempo y forma para el acto de entrega de los menores a su padre. La acusada no comparece teniendo que dar por suspendido el acto y dictándose por el juez una orden de detención contra ella.

A este sustrato de elementos fácticos debemos añadir el estudio de la sentencia judicial dictada en 2009 que comentaba con anterioridad, en la que se condenaba a su pareja a 3 meses de prisión más una orden de alejamiento por un delito de lesiones a su pareja, en España.

Además, debemos tener en cuenta una serie de cuestiones:

- Primera, JR intenta por todos los medios recurrir las decisiones judiciales que le ordenan la entrega inmediata de sus hijos, alegando que se podría producir un “daño irremediable” si se los devuelven al padre.
- Segundo, para evitar la devolución de sus hijos, JR desaparece con ellos hasta el mes de agosto una vez que se le imputa un delito de sustracción de menores, desobediencia judicial y retención ilícita de menores<sup>10</sup>.

El inicio de esta litis dentro de la Jurisdicción Española comienza con la no presentación y no entrega de los menores, a instancia de la jurisdicción italiana. Este hecho da a lugar a la interposición por la parte acusadora de un escrito solicitando la inmediata restitución de los menores sustraídos, basándose en el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, en el que explica que la fecha de entrega era el 26 de Julio de 2017<sup>11</sup>, y al no haberse concluido por causa no imputable a él, solicita la inmediata restitución de los menores sustraídos por parte de la progenitora al no haberlos entregado en tiempo y forma tras los requerimientos anteriores por parte del/los Juzgado/s que del caso entendieron.

---

<sup>7</sup> <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/iam/noticias/el-instituto-andaluz-de-la-mujer-recuerda-que-las-decisiones-judiciales-deben-priorizar-la-proteccion-de-los-menores>

<sup>8</sup> <http://blogs.hoy.es/alderechoyalreves/2017/08/03/aspectos-legales-del-caso-de-juana-rivas/>

<sup>9</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Publicado en: «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105 (7 págs.) Referencia: BOE-A-1987-19691

<sup>10</sup> [https://politica.elpais.com/politica/2017/08/22/actualidad/1503405051\\_120934.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/08/22/actualidad/1503405051_120934.html)

<sup>11</sup> Auto del Juzgado de Instrucción, de 8 agosto 2017, FJ 1º (JUR\2017\206335)

Posteriormente, y tras ignorar los requerimientos judiciales por parte de Francesco Arcuri, y tras haber sido citada judicialmente en tiempo y forma y no haberse personado en el procedimiento para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a su defensa JR decide incumplir la orden de entrega de sus hijos, ordenándose su inmediata detención por parte del Juzgado de Instrucción de Granada, mediante Auto de 8 agosto 2017 (JUR\2017\206335)<sup>12</sup>. Así lo ampara la circular de la fiscalía<sup>13</sup>, en la que establece que ante una sustracción de menores es necesaria la adopción de medidas urgentes, así como la manifestación de “medidas administrativas {...} para garantizar el retorno sin peligro del menor, por lo que habrá en su caso de prestar la necesaria asistencia al Juzgado ejecutante. Es claro que ante una actitud renuente o rebelde del progenitor sustractor habrán de acordarse las medidas procedentes, incluso la actuación coactiva a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya en su punto 4.2.2.8 {...} dispone que “los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda la asistencia necesaria a la Autoridad central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno”.”

Vemos como se mezclan diversas cuestiones internacionales y penales que nos harán recurrir a normativa de la UE, normas internacionales e incluso normativa interna española para encontrar una posible solución jurídica.

### **3. El delito de Sustracción de Menores en el Código Penal Español:**

#### **3.1. Regulación:**

Es sustracción conforme al art. 225 bis del CP:

“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:

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

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

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

---

<sup>12</sup> Auto del Juzgado de Instrucción, nº 2 de Granada 8 agosto 2017 (JUR\2017\206335)

<sup>13</sup> Circular núm. 6/2015 de 17 noviembre. ARP 2016\148

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

### **3.2. Análisis del Concepto de sustracción:**

Acorde con la RAE sustraer significa “apartar, separar, extraer”, es decir, podríamos entender la sustracción de menores como aquella acción que conlleva apartar o separar al menor de su ámbito de protección familiar; esta acción de apartar al menor puede manifestarse de dos formas, siguiendo las dos modalidades establecidas en el art. 225.2 bis CP, una de ellas es el traslado y la otra, la retención. Según, la RAE trasladar significa “llevar a alguien o algo de un lugar a otro; mientras que retener significa dificultar que “algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca”, en otras palabras, el traslado consistiría en mover o trasladar al menor de un sitio a otro mientras que la retención hace referencia a aquella acción que imposibilita la salida del menor porque uno de los progenitores lo está impidiendo. El efecto es el mismo para ambas modalidades, es decir, la separación del menor de su ámbito de protección familiar.

### **3.3. Bien Jurídico Protegido:**

Respecto del Bien Jurídico Protegido podemos mencionar que consiste en “el derecho del menor a relacionarse con sus dos padres, de forma regular, en caso de crisis familiar” SAP Vizcaya 27 Diciembre 2016 (JUR2017/66695).<sup>14</sup> Vemos que el precepto no solo quiere proteger la integridad física del menor, sino también la integridad psicológica al intentar que se mantenga una estabilidad en su ambiente familiar una vez se produce esa ruptura de pareja. Así, también se refleja en la SAP Baleares 22 Febrero de 2017 (JUR 2017\98188).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª) núm. 90335/ de 27 diciembre 2016, (JUR 2017\66695).

<sup>15</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª), ponente: Illmo. Sr. D GEMMA ROBLES MORATO, FD 3º, núm. 30/2017 de 22 febrero, (JUR 2017\98188).

### 3.4. Sujetos del tipo:

#### 3.4.1 Análisis tipo penal:

En primer lugar, vemos que los requisitos para que concurra este delito es que el hecho delictivo sea cometido por el progenitor y que lo haga sin causa justificada. Si quien comete el delito es algún otro pariente diferente al progenitor, el apartado 5 de dicho precepto establece otra pena señalada, o bien, si quien sustrae al menor no se encuentra dentro del ámbito familiar o bajo la protección del Estado, ya no estaríamos hablando de sustracción de menores, sino de otro tipo penal recogido en el Título VI, Capítulo I denominado Detenciones ilegales y secuestros.

Respecto de los sujetos, es evidente que es necesario que sea alguno de los progenitores, pero además, debemos cuestionarnos si el sujeto activo del hecho punible debe ser necesariamente alguien que tenga una custodia, judicial o administrativa, o bien si simplemente comparten la patria potestad, la cual ostenta todo padre o madre. Debe cuestionarse puesto que tras la lectura del precepto queda confuso y parece dar a entender que solo es necesario en una de las dos modalidades del delito, la “retención”, para que sea calificada como tal, que los progenitores tengan la custodia plena o compartida acreditándolo a través de una resolución judicial o administrativa, mientras que en “el traslado” da a entender no es necesaria la existencia de una custodia. Pues bien, encontramos jurisprudencia dispersa; tal es el ejemplo del AAP de Madrid de 29 de octubre de 2007 (ARP 2007\698)<sup>16</sup> en el que aclara que aunque en el apartado primero no se especifique, sí se necesita una resolución judicial o administrativa que determine la custodia de los progenitores. De modo que aunque no lo establezca de forma expresa, debemos entender que para la sustracción y para la retención necesitamos que el sujeto activo sea aquel progenitor que no ostente la custodia y para ello necesitamos una resolución judicial o administrativa que lo acredite. De conformidad con la exposición de motivos, la razón por la cual queda bastante confuso fue porque el legislador tenía en mente redactar el precepto de forma diferente al delito de desobediencia<sup>17</sup>, así, no es “necesario que exista un requerimiento expreso de que se cumpla la resolución, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del incumplimiento, bastando con que se tenga conocimiento de la resolución, judicial o administrativa. En este sentido se pronuncia la SAP de Álava 11 de septiembre 2013 (JUR 2014\157828).”<sup>18</sup>

Por otro lado, la duda surge cuando se realiza una sustracción pero no hay nada determinado, ni resolución judicial ni administrativa; en este sentido hay parte de la doctrina que opina que no es necesaria la existencia de una resolución judicial puesto que “cabe sustraer preventivamente, esto es, antes de que iniciarse un proceso de separación, o una vez iniciado pero sin haber recaído la resolución”.<sup>19</sup> En cambio, hay

---

<sup>16</sup> Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) núm. 1109/2007 de 29 octubre (ARP 2007\698).

<sup>17</sup> TORRES ROSELL, Núria "Doctrina-comentario de la sustracción de menores, art. 225 bis"

<sup>18</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) núm. 286/2013 de 11 septiembre 2013 (JUR 2014\157828).

<sup>19</sup> TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. “Retención de los hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia”, P. 34 y ss.



otra parte que defiende que si todavía no hay resolución y se produce la sustracción, entonces no es sustracción a efectos del tipo penal<sup>20</sup>, es posible que se le absuelva del delito de sustracción al progenitor que lo hiciera porque se entiende que al no haber resolución judicial que reparta el derecho significa que ambos gozan de la custodia y son hábiles de llevarse al menor donde quiera puesto que la custodia puede manifestarse de pleno derecho sin que se refleje en un documento judicial o administrativo. Es evidente puesto que si existe una resolución ya sea judicial o administrativa que determine la custodia del menor y quien realiza la sustracción es el progenitor que ostenta la custodia, aquí no hay hecho punible porque al ostentar la custodia puede desplazarse con el menor donde quiera ya que está ejerciendo su derecho, de hecho, así se refleja en el apartado primero del precepto penal en la que es necesario que la sustracción se lleve a cabo sin el consentimiento de aquel progenitor que ostenta la guarda y custodia, por tanto solo puede realizarlo el que no tenga la guardia y custodia<sup>21</sup>. En resumidas cuentas, podemos encontrar sentencias que absuelvan de este delito a aquel progenitor que produzca la sustracción pero o bien, tiene la custodia o bien, no hay nada determinado ni separación ni divorcio cuyo argumento judicial se sustenta en diferenciar la absolución de ese progenitor puesto que “no está atribuida a ninguno de los progenitores la guarda y custodia, por lo tanto derecho tenía la madre como el padre a tener a los hijos menores en su compañía”. En esa dirección se manifiestan los AAP Madrid de 5 marzo de 2008, (JUR\2008\134908), SAP Madrid de 17 julio de 2015, (ARP\2015\824).<sup>22</sup>

### **3.4.2. Aplicación a Juana Rivas de este precepto:**

En primer lugar, mencionar brevemente que no se va a profundizar en el análisis de los puntos 3, 4, 5 del art. 225 bis del CP puesto que están orientados a cuando uno de los progenitores decide sustraer al menor fuera de España. Circunstancia que no coincide con los hechos cometidos por Juana Rivas; por ello, solo le serán de aplicación los puntos 1 y 2 del art. 225 bis CP.

En segundo lugar, para poder empezar a intuir si JR cometió un delito de sustracción de menores, debemos pararnos a analizar si JR tenía custodia judicial o administrativa de los menores, y si hubo o no causa justificada, elemento que explicaré más adelante. Ahora puedo decir que JR tiene algo en su favor ya que en el momento de la sustracción no había nada determinado respecto de la custodia de los menores y, tal y como han afirmado la jurisprudencia mayoritaria ambos tenían derecho a ejercer la patria potestad y ambos tenían derecho a llevárselos. Además, nos encontramos ante una pareja no casada por lo que no entra en juego ni el divorcio ni la separación. Ahora

---

<sup>20</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M.ª Teresa "sustracción de menores".

<sup>21</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Penal Comentado, actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, pp. 396-398.

<sup>22</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) Auto núm. 169/2008 de 5 marzo de 2008 (JUR\2008\134908).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) Sentencia núm. 616/2015 de 17 julio 2015 (ARP\2015\824);

bien, conviene poner en relieve que la actitud de JR en la que desapareció con los hijos una vez se dictaminó la orden de entrega no jugó mucho a su favor puesto que en cierto sentido “desafió” una orden judicial directa, aunque posteriormente colaboró en el transcurso del procedimiento.

En tercer lugar, tras producirse la sustracción de los menores y que JR interpusiese una denuncia contra su ex pareja desde Granada una vez llegó a España, se pudo apreciar un ligero retraso en el desarrollo judicial puesto que en varias ocasiones los jueces dictaminaron que la competencia judicial no correspondía a España, sino a Italia, lugar donde ocurrieron los hechos, es decir, para decidir sobre el proceso de la sustracción, así como, los presuntos malos tratos, todo ello acorde con el AJVM Granada de 20 Julio 2016, (JUR\2017\216262).<sup>23</sup>

### **3.5. Conducta típica:**

#### **3.5.1. Análisis del tipo penal:**

De conformidad con el art. 225.1 bis CP la conducta típica de este hecho delictivo consiste en “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.” Es decir, es necesario que el sujeto activo cumpla con alguna de las modalidades del tipo, art. 225.2 bis CP y, que la acción la cometa “sin causa justificada”.

Hay que mencionar además que, el AAP Girona de 10 Julio de 2017 (JUR 2017/269651) establece que la sustracción para calificarla como tal implica que el menor se encuentre bajo el cuidado y protección de uno de sus progenitores, institución o tercera persona y que el otro progenitor o persona que esté al cuidado del menor se lo lleve hasta otro lugar, diferente al de su residencia habitual, ocultando el lugar de localización del menor o bien, si lo tenía bajo su cuidado, no lo devuelve “cuando y donde tenía el deber de hacerlo”.<sup>24</sup> Por ello, la intención del progenitor debe ser la de “trasladar o retener al menor con la finalidad de alterar la custodia legalmente establecida, si la hubiere {...}, en definitiva, hacer ineficaz el mandato judicial que imponía ese régimen de visitas”, según la SJP Gran Canaria 15 Enero 2016 (ARP\2016\576)<sup>25</sup>. Con este elemento fundamental que es el régimen de visitas ya se está cumpliendo uno de los elementos del tipo penal que exige el art. 225 bis del CP para calificarlo como un delito de sustracción de menores. Si el bien afectado se manifiesta en intereses y derechos del menor, es evidente que estamos ante un delito de sustracción de menores, si en cambio, lo que se quiere es frustrar el régimen de visitas, entonces, no se está vulnerando el bien jurídico del menor sino que ya estamos

---

<sup>23</sup> Auto del **Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Granada, 20 julio 2016, (JUR\2017\216262)**.

<sup>24</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) de 10 de Julio 2017, nº 411 (JUR 2017\269651).

<sup>25</sup> Sentencia del **Juzgado de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas) Sentencia núm. 9/2016 de 15 enero de 2016 (ARP\2016\576)**

dentro de otro tipo penal, así se refleja en la SAP Valencia de 24 de Noviembre de 2005 (Recurso 291/2005).<sup>26</sup> Por otro lado, en lo que se refiere a las actuaciones temporales, dice la jurisprudencia que no debemos considerarlas delitos incardinados en el art. 225 bis porque subsiste la intención de devolver al menor o cesar su retención dentro de un periodo de tiempo razonable.

### **3.5.2. Modalidades de sustracción:**

En definitiva, podemos ver como el art. 225.2 bis del CP diferencia entre dos modalidades de sustracción:

1- La primera habla sobre desplazar al menor de su lugar habitual de residencia sin consentimiento del progenitor (denominada, traslado).

2- La segunda modalidad versa sobre retener al menor incumpliendo aquella custodia establecida por ambos progenitores (denominada, retención).

Con ello se pretende proteger al menor y a su vez que se cumpla con aquella resolución judicial o administrativa, si existe, en la que se distribuye la guarda y custodia del menor, exigiendo como sujeto activo del delito que sea el cónyuge no custodio puesto que si es el cónyuge quien tiene la guarda y la custodia del menor, el que sustrae al menor habrá que estar al contenido del convenio regulador pero lo más seguro es que no sea condenado por un delito de sustracción de menores, así se refleja en la SAP Madrid de 17 Julio de 2015 (ARP\2015\824)<sup>27</sup>.

### **3.5.3 Análisis de los restantes elementos del tipo penal: especial consideración a la ausencia de causa justificada:**

Examinemos brevemente ahora el elemento “sin causa justificada”, puesto que puede cambiar la balanza completamente si persiste una causa o no. Si el mismo precepto establece que la sustracción debe ser sin causa justificada, no es descabellado pensar que el hecho punitivo no se cumple si existe una causa para justificar la sustracción, inclusive si es para proteger al menor de algún ambiente familiar violento. Es decir, en la mayoría de los casos debería ser absuelto aquel progenitor que acredite que hubo una causa para separar al menor del otro progenitor, como, por ejemplo, un ambiente de malos tratos. Por consiguiente, podemos entender incluidas todas aquellas alegaciones que nos permitan justificar la no devolución del menor a quien tenga su guardia o custodia, sopesando todos los elementos posibles que concurran en la justificación para no devolver al menor. Tal es el ejemplo del AAP Barcelona de 20 de enero 2005<sup>28</sup> en el que se absuelve a la madre de un delito de sustracción de menores tras tener una sentencia condenatoria firme contra el padre por maltrato. Al querer protegerlos del peligro que pudiera producirse la estancia con el padre, decidió

---

<sup>26</sup> sentencia de la AP. de Valencia, Sección 2ª, de fecha 24 de noviembre 2005, (Recurso 291/2005).

<sup>27</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 30) 17 de Julio 2015, nº 616/2015; (ARP\2015\824).

<sup>28</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 30 junio de 2005 nº 452/2005; (JUR\2006\214475).

impedir todo contacto y llevárselos lejos de él. Por tanto, al acreditar la existencia de ese maltrato y hacer evidente el peligro expuesto de los menores, el tribunal decidió absolver a la madre. En esta línea sigue la SAP Baleares de 22 Febrero 2017 (JUR2017/98188) y la SAP Almería 424/2013, de 19 de diciembre en la que admiten como “causa justificada” la existencia de malos tratos para absolver a progenitor del delito de sustracción, pero para ello debe acreditarse correctamente la existencia de ese maltrato, porque si no serán considerados meros indicios y no con peso suficiente para admitir que es una “causa justificada”<sup>29</sup>.

Por ello, considero que deberíamos plantearnos qué tipo de causa podría llevar a un progenitor para querer secuestrar a su propio hijo menor, pues siempre habrá casos en los que la sustracción se lleva a cabo para producir daño a la ex pareja, y en otros casos, encontraremos circunstancias muy delicadas y radicales que hacen que uno de los progenitores tome la decisión de irse de casa y llevarse al menor consigo para protegerlo.

#### **3.5.4. Consumación:**

Para consumir el tipo delictivo del art. 225 bis es necesario que en el caso del traslado sin consentimiento, el traslado llegue hasta el nuevo domicilio del menor y, para la consumar la retención basta con que llegado el momento de devolver al menor a aquel progenitor que tiene la custodia legal, no se devuelva en tiempo y forma. Todo ello con el objetivo de obtener la custodia del menor.<sup>30</sup>

#### **3.5.5. Aplicación a Juana Rivas del elemento “sin causa justificada”:**

Considerando todas aquellas manifestaciones públicas que ha realizado JR entendemos que la razón por la que decidió llevarse a sus hijos fuera del alcance del padre fue porque, según ella, sufría malos tratos y no quería que sus hijos crecieran en un ambiente violento. La cuestión es cómo evidenciar esas circunstancias para que el tribunal entienda como justificada la conducta de JR. De igual modo, esto solo es posible a través de los medios de prueba pertinentes y admitidos por el Juzgador, tales como, informes psicológicos, periciales, etc. Para ello, la Ley dispone que la carga de la prueba recaiga sobre la parte acusadora, quien debe hacer valer todos y cada uno de los elementos del tipo penal de los que pretenda valerse. No obstante, si la parte acusada decide por cuenta propia acreditar que la acción fue con causa justificada, es evidente que se desvirtúa el hecho punible; llegando incluso al punto de absolver a la acusada de un delito de sustracción internacional de menores cuando se producen “una serie de circunstancias que, sin llegar a poner en riesgo la seguridad del menor, permiten fundamentar la no restitución, tales como el temor a la conducta violenta del progenitor custodio o, la negativa reiterada del menor, que pudiera llegar a sufrir una depresión al ser obligado, en contra de su voluntad, a convivir con el padre ”por no

---

<sup>29</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 30/2017 de 22 febrero 2017 (JUR 2017\98188).

<sup>30</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código penal, Parte Especial*.

darse todos los elementos del hecho punible” AAP de Madrid 17 de junio de 2004 (JUR 2004\244717)<sup>31</sup>.

JR podría haber demostrado que hubo una causa justificada para llevarse a sus hijos y es la existencia de la SJPI Granada (2ª) de 24 de mayo de 2009<sup>32</sup>, en la que se condenaba a su pareja por un delito de lesiones; el único problema es que está actualmente prescrita<sup>33</sup>.

Una de las cuestiones que se planteaban al inicio del trabajo fue el porqué la Jueza de Granda no tuvo en cuenta esta sentencia, a la hora de sopesar si era mejor devolverlos al padre a Italia o que permaneciesen en España. Pues bien, para hallar la respuesta debemos acudir a la normativa del CP tras la reforma de la LO 1/2015 del CP; son los artículos 33.3: a), e), h), i) CP de 2017<sup>34</sup> y 131.1 CP los que nos dan la respuesta.

En estos apartados vemos como encajaría la condena impuesta a FA como una pena menos grave. Al calificarlo como una pena menos grave el art. 131.1CP<sup>35</sup> establece que este tipo de delito prescribe a los cinco años puesto que establece la prescripción de aquellos delitos que no sean leves, injurias o calumnias.

En definitiva, podríamos concluir que la sentencia de condena de 2009 está prescrita y con ello que fue ajustada a derecho la decisión de la Jueza del JPI Granada mediante AJPI de 22 Agosto de 2017, (JUR\2017\213987)<sup>36</sup> al no tenerla en cuenta a la hora de dictar Auto de entrega de los menores al entender en ese momento que la Sra. Rivas no es víctima de violencia de género y, por tanto, los niños no corren ningún peligro con su progenitor

---

<sup>31</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) Auto núm. 302/2004 de 17 junio 2004 (JUR 2004\244717)

<sup>32</sup> Sentencia del Juzgado de lo penal n 2 de Granada nº 141/2009 de 24 de mayo.

<sup>33</sup> Hechos probados: JR llegó tarde a su casa, su pareja en aquel entonces la golpeó de forma que tuvo que acudir al día siguiente al médico para que le hiciesen unas curas. Una vez que fue examinada, el doctor inició el protocolo que se utiliza en estos casos y avisó a la policía, de ahí que comenzase todo el procedimiento judicial que dio a lugar esta sentencia. Tras ello, FA fue condenado por un delito de lesiones. Respecto de esta condena conviene matizar que entre el año 2009 y la redacción del precepto que recoge el delito de lesiones ha cambiado tras la reforma de 2015. Por ello, la pena impuesta fue una pena de prisión de 3 meses, inhabilitación del derecho del sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y además, se añadió una orden de alejamiento de 200 metros durante un año y 3 meses al igual que la prohibición de tenencia de armas durante el mismo cómputo de tiempo. El problema jurídico que nos encontrábamos con la redacción en aquella época del art. 153 CP era que se cerraba el ámbito del concepto de lesión y se excluía como delito cualquier lesión que no estuviese definido en el CP. En la redacción actual, tras la reforma de la LO 1/2015 del CP se aclara el concepto de lesión que nos menciona este artículo y acota la definición de lesión al art. 147.2 CP.

<sup>34</sup> Art.33.3 “1. son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.

h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.”

<sup>35</sup> “Los delitos prescriben: A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.”

<sup>36</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada num. 335/2017 de 22 agosto (JUR\2017\213987)

Por otro lado, al igual que JR debía acreditar si hubo o no causa justificada, el padre debería ser quien desvirtuase, en la medida en que pueda, las pruebas presentadas por JR para defender que no había causa justificada para la sustracción, que lo hizo con intención de no devolvérselos e infringiendo la patria potestad que ostentan ambos.

En definitiva y a la vista de los estudios efectuados sobre el tema, todos ellos textos legales aplicables a esta litis –jurisprudencia europea, italiana y sobre todo española--, concluyo que existe certeza jurídica de que JR será encausada en España por la comisión de dos ilícitos penales que, sin haber sido juzgados y recaída sentencias firmes, son hechos probados:

a) Sustracción de menores, puesto que se cumplen la mayoría de los elementos del hecho punible.

b) Desacato o desobediencia a la Ley<sup>37</sup>, al haberse cometido en Sede Judicial, en tiempo y forma dispuesta por el Juzgador y con todas las partes personadas, presentes en el acto.

Ahora bien, se debe diferenciar entre el ilícito referenciado en a), en el que ella debería demostrar con los medios de prueba pertinentes, que había causa legítima para llevarse a los menores lejos y esconderlo demostrando esos presuntos malos tratos y el referenciado en b), en el que dichas pruebas no serían admisibles y demostrar el porqué no se presentó al acto judicial de entrega de los niños.

Aún así, cabe recordar que en diversas ocasiones y a través de los recursos interpuestos por JR, se ha decretado falta de competencia de los tribunales españoles para juzgar tanto los presuntos malos tratos, como los temas de la custodia de los menores, ya que los hechos ocurrieron en Italia y el hijo menor es nacido en Italia, con lo cual se deberá resolver conforme a la normativa italiana.

## **4. La Sustracción de menores en el ámbito internacional:**

### **4.1. Introducción:**

Al cometerse una sustracción de menores que traspasa fronteras, ya contamos con un elemento internacional y con ello, debemos aceptar la entrada en juego de las normas internacionales existentes y que en España hemos aceptado al ceder competencias a la UE. La sustracción Internacional de Menores es un fenómeno consecuencia de la Globalización. La Globalización ha producido cambios económicos y sociales<sup>38</sup>, sin embargo, podríamos afirmar que no es únicamente en ese ámbito en el que se manifiesta sino que es “la creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios y sobre todo el dinero”<sup>39</sup>. Ahí es donde entra en

---

<sup>37</sup> **Artículo 556, CP** “1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

<sup>38</sup> Papeles del Psicólogo, 2015. Vol. 36(1), pp. 46-53 <http://www.papelesdelpsicologo.es>

<sup>39</sup> Fernandez Rozas, José Carlos, “La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles)”

juego el riesgo de una sustracción puesto que al haber mayor libertad de circulación en varios ámbitos más facilidad puede haber para consumir una sustracción. Ello trae como consecuencia muchas cuestiones colectivas en las que en ocasiones no es suficiente con el remedio estatal y se debe acudir a la normativa internacional que es uno de los recursos más rápidos y eficaces para actuar con eficiencia en estos casos.

## 4.2. Normativa aplicable a la sustracción de menores:

La primera norma es el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980<sup>40</sup> se caracteriza por la exigencia de que el menor tenga como máximo dieciséis años además, de que se ostente una resolución judicial o administrativa que verse “sobre el derecho de guarda y custodia y del “traslado ilícito””. A su vez, el convenio viene determinado por un procedimiento veloz, sencillo y económico para reconocer y ejecutar la resolución de la custodia (arts. 5, 7 y 14), y por un procedimiento para devolver al menor a su antiguo lugar de residencia, y en ocasiones, “a su legítimo guardador (art. 8)”<sup>41</sup>.

La segunda norma que encontramos es el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003<sup>42</sup>, (también llamado Reglamento Bruselas II bis) es un reglamento que complementa al CH 80’ pero a su vez introduce pequeñas modificaciones tales como la regulación detallada en ciertos ámbitos que el CH 80’ no realiza, tal es el ejemplo de que el Reglamento entra dentro de la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. Otra diferencia sustancial se basa en que el marco de actuación de este reglamento es intracomunitario, mientras que para ver que normas son en un marco extracomunitario debemos comprobar que convenios son los que forman parte de los estados que tengan el conflicto.<sup>43</sup>

La tercera norma que encontramos es el d) Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997.

Por último, encontramos el Convenio de la Haya de 1980 que es de las normas más importantes y más utilizadas actualmente; tanto el convenio de Luxemburgo como el de Marruecos siguen vigentes pero en bastante desuso por el desplazamiento que ha hecho esta norma al ser de las más efectivas y rápidas ante una sustracción. Esta

---

<sup>40</sup> Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. **Publicado en:** «BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, páginas 25291 a 25295 (5 págs.). **Referencia:** BOE-A-1984-19540.

<sup>41</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier “La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental”.

<sup>42</sup> Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1).

<sup>43</sup> REIG FABADO, Isabel “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”.

norma es la que va a guiar toda la maquinaria judicial nacional o internacional cuyos requisitos deben cumplirse<sup>44</sup>. El CH 80' es una de las normas más importantes que va a sustanciar el proceso de retorno, junto con el RBii bis, el cual complementa al CH 80' ya que entra en cuestiones que el CH 80' no tiene reguladas. De conformidad con el AAP Cádiz (5) de 22 de febrero de 2011, (JUR\2011\202945)<sup>45</sup> establece que la finalidad del CH 80' "es en virtud del principio de prioritaria protección del sujeto infantil, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual". Así, como velar por el cumplimiento de los derechos de custodia y de visita, art. 1.b) CH 80'.

### **4.3. Concepto de sustracción de menores internacional:**

La sustracción internacional podría interpretarse como aquella acción que conlleva el traslado ilícito de un menor a un país diferente de donde tiene su residencia habitual, siendo el responsable de dicha acción cualquier persona que forme parte del círculo familiar del menor, el cual, por regla general, será uno de los dos progenitores. El traslado será ilícito o ilícito en función de las características que estén desarrolladas en la norma y dependiendo de si hubo consentimiento o no por parte del otro progenitor<sup>46</sup>.

Es, el art. 3 apartado a), del CH 80' el que nos explica cuando se considera que esa sustracción es ilícita "cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención".

### **4.4. Respuesta internacional ante una sustracción de menores:**

Podemos afirmar de forma breve que el CH 80' establece dos soluciones prácticas; la primera consistiría en la restitución inmediata del menor para establecer el "status quo antes del traslado" del menor, si todavía no ha transcurrido un año de la sustracción y así, que sea lo menos perjudicial posible los efectos contraproducentes de ese traslado, art. 12 CH 80'; la segunda posibilidad que ofrece el CH 80' es la no restitución, arts. 12, 13 y 20. En su apartado segundo, el art. 12 establece la posibilidad de no restituir al menor si ha transcurrido más de un año de la sustracción puesto que ya ha habido tiempo para que el menor se haya habituado a su nueva situación. Por su parte, el art. 13.1. a) Establece que no habrá restitución si se acredita que hubo consentimiento en el traslado; en el apartado b) de dicho artículo se pone de

---

<sup>44</sup> CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores y convenio de Luxemburgo y convenio de la haya" p.39.

<sup>45</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 22 de Febrero de 2011; num. 25/2011; FJ1º; (JUR\2011\202945)

<sup>46</sup> Pías García, E. «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», p. 80;



relieve que no cabrá la restitución si existe la mínima posibilidad de que el menor esté expuesto a un daño psíquico o físico por parte del otro progenitor.

En estos casos, veremos como la aplicabilidad de este precepto dependerá de si se prueba o no que ese traslado ha generado un “grave riesgo”, puesto que el progenitor que huye de su residencia para “proteger” al menor e inclusive a sí mismo, son medidas que en ocasiones pueden ser delicadas ya que al final se está alterando la vida “normal” del menor en el que ha pasado de convivir con sus dos progenitores a convivir con solo uno de ellos; así se refleja en el AAP Barcelona (18) de 13 de Marzo de 2012 ([JUR\2012\195157](#))<sup>47</sup>. Sin embargo, hay que probarlo “no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada tanto de la exposición concreta del hecho o hechos en que se basa para denunciar esta situación y más aún, si no se acompaña de prueba eficaz que corrobore la alegación”, AAP de Barcelona (18ª), 23 de abril de 2012 ([AC\2012\958](#)).<sup>48</sup> Para proceder a la aplicación con éxito de este artículo necesitamos demostrar que existía ese riesgo y para ello, la jurisprudencia admite todo tipo de medios probatorios tales como fotos, denuncias, informes psicológicos, partes medico, etc. De esa forma se obtiene una probabilidad bastante alta de que el juez proceda a la no restitución, tal y como se refleja en la SAP de Las Palmas 18 de diciembre 2008 ([JUR\2009\115163](#))<sup>49</sup>. Es por esto que tiene como finalidad la de evitar el quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia, para ello hay que acreditar que existía una autentica situación de riesgo y de malos tratos con los medios probatorios mencionados anteriormente.

En relación con el CH 80’ se ofrece la opción de no restituir al menor si tiene un grado de madurez suficiente para firmar de que no quiere volver<sup>50</sup>. A sensu contrario, el juez podrá proceder a su restitución si detecta que el menor no tiene un grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión; en el caso de España se adquiere con los 12 años. En cuanto al art. 20 de dicho Convenio se establece que se puede denegar la restitución “cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”<sup>51</sup>.

Por todo esto, considero que es necesario poner de relieve una de las preocupaciones aludidas por la Doctrina, la cual consiste en el posible abuso que se pueda realizar a la hora de aludir a estas excepciones para retrasar todo lo posible la regla del plazo de un año mencionando la nueva adaptación del menor provocando que la decisión judicial sea la no devolución; o bien, aludiendo a un falso riesgo, “como la violencia domestica,

---

<sup>47</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 54/2012 de 13 marzo 2012 ([JUR\2012\195157](#))

<sup>48</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 88/2012 de 23 abril 2012 ([AC\2012\958](#))

<sup>49</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 903/2008 de 18 diciembre 2008 ([JUR\2009\115163](#))

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”

<sup>51</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”.

dejando indefensos a que aquellos casos que sí ameritan dicha invocación y protección”. El dilema es cómo diferenciar aquellas situaciones en las que se percibe la intención de demorar el plazo de un año y así, instar la excepción recogida en el art. 12; no debemos olvidar que los jueces son competentes para diferenciar ese tipo de situaciones, además tener en cuenta todos los medios de prueba que presenten las partes para llegar a la solución más objetiva posible.

#### **4.5. Valoración jurídica y aplicación al caso de Juana Rivas:**

##### **4.5.1. Crítica a la normativa aplicada:**

Hay que mencionar además, una cuestión muy importante y es la posible confusión de órdenes jurisdiccionales al entremezclar elementos internacionales y extranjeros con hechos punitivos penales. Por ello, considero que conviene aclarar que una cosa es el proceso de retorno del menor una vez se produce la sustracción internacional y que viene recogido en el Reglamento Bruselas ii bis<sup>52</sup> (en adelante RBii) y CH 80, y otra cosa, es el hecho punitivo en sí que será castigado a través de un proceso penal y que se encuentra tipificado como delito en sí.”<sup>53</sup>

No obstante, debe resaltarse que no es un “convenio de competencia judicial, ni de derecho aplicable ni de reconocimiento de resoluciones extranjeras”<sup>54</sup>, simplemente se quiere proteger al menor ocasionándole el mínimo perjuicio como consecuencia de su traslado o retención.

El CH 80’ es, pues, una norma de naturaleza civil que puede padecer el riesgo de desvirtuarse con interpretaciones jurídicas, aún así, conviene aclarar que el CH 80’ es una norma de cooperación jurídica que ni siquiera entra en temas de custodias, por ello, simplemente se encarga de establecer un procedimiento de cooperación judicial entre Estados para devolver al menor sano y salvo<sup>55</sup>. En cambio, lo que no se puede hacer es usar esta norma para justificar el hecho delictivo puesto que son dos órdenes jurisdiccionales diferentes: la civil y la penal. De hecho, es posible, incluso, tener tres procedimientos abiertos:

- 1- el sustractor pretende obtener la custodia de los menores en el país de retención,
- 2- el progenitor al que le han sustraído sus hijos pretende conseguir la custodia, pero en su país de residencia habitual y,

---

<sup>52</sup> Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

<sup>53</sup> Como ya hemos visto, En nuestro CP está recogido en el art. 225 bis mientras que en el CP italiano se encuentra en el art. 573 al 574 ter.

<http://www.legalsl.com/es/sustraccion-internacional-de-menores-en-italia.htm>

<sup>54</sup> CHATIN, L. “Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international d’enfant par un parent”, pp. 231-268.

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación, secuestro internacional de menores y ODR”, págs. 161 y 162.

3- se desarrolla un proceso penal, si es que se puede calificar la sustracción como un delito penal en el país en el que se desarrolla el hecho punitivo<sup>56</sup>.

#### 4.5.2. Aplicación al caso de Juana Rivas:

Una vez presentada como regula el CH la sustracción internacional, debemos debatir si existe la posibilidad de que JR pueda invocar el art. 13.b CH 80' puesto que sabemos, a través de abundante jurisprudencia, que es posible evitar la devolución del menor al otro progenitor si se acredita debidamente la existencia de malos tratos.

Hechos que podrían ser constitutivos en contra (de la tesis sostenida de la acusada) son:

- Que no interpuso denuncia en Italia por malos tratos desde que nació su segundo hijo en Italia hasta que decidió volver a España y no devolverlo.
- No ha acreditado ninguna prueba testifical que pueda colaborar su versión.
- No ha acreditado informes médicos, ni psicológicos que puedan avalar “el profundo terror” que pudo sentir y de tomar la decisión de no volver a Italia con sus hijos.
- Por último, los menores ya han sido devueltos al padre en agosto de 2017 ya que al someterles a tratamientos psicológicos se demostró que no padecían ningún miedo del padre pero que se mostraban más cómodos con la madre. A diferencia de lo que ocurre en Auto número 20/2004 de 6 de febrero, la AP de Almería en el que tres hijos menores de de 3, 8 y 10 años, declararon que “su padre les infundía terror y manifestaban su rechazo a cualquier tipo de contacto continuado con él”<sup>57</sup>.

En resumidas cuentas y como ya venimos mencionando, debe acreditarse la existencia de ese “grave peligro” y que ese riesgo afecte al menor y no a otros sujetos, como es el caso del sustractor<sup>58</sup>.

Con ello, pretendo decir que aunque tuviese la posibilidad de invocar este artículo, los menores ya han sido devueltos, así que se frustra el propósito contenido en dicha norma.

Todavía cabe señalar si es posible que los tribunales españoles puedan juzgar a JR por un delito de sustracción. Para saberlo deberemos acudir a las normas procesales penales que son las que establecen cuando es competente un tribunal penal español y su orden jerárquico. Son a partir del art. 8 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) los artículos que desarrollan cuando son competencia de los tribunales españoles<sup>59</sup>. De modo que podemos afirmar que los tribunales españoles podrán

---

<sup>56</sup> VELARDE D'AMILI, Yvette, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015.

<sup>57</sup> PAZ LAMELA, Ramón Santiago, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”,

<sup>58</sup> PAZ LAMELA, Ramón Santiago, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, pp. 675-685.

<sup>59</sup> Tal es el ejemplo del art. 9 Lecrim “Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las

conocer del delito de sustracción de menores cometido por JR aunque, a la vez, haya un proceso abierto en Italia contra la susodicha sobre el tema de la custodia e incluso es probable que se sustancie un proceso para dictaminar si, efectivamente, JR padeció malos tratos ya que el AJVM de Granada nº2, de 20 Julio de 2016, ([JUR\2017\216262](#))<sup>60</sup> se abstuvo de juzgar los hechos estableciendo que son los órganos jurisdiccionales italianos los que deben entrar en el fondo del asunto y comprobar si hubo o no malos tratos, puesto que los hechos, supuestamente, se produjeron en Italia.

## 5. Conclusión:

En primer lugar, tras analizar la mayoría de los elementos esenciales del hecho delictivo podemos confirmar que Juana Rivas cometió un delito de sustracción de menores, en la modalidad de retención. En contraste con lo que mencioné anteriormente sobre si JR tenía una “baza” a su favor para defender que ella no cometió este hecho delictivo ya que no había nada estipulado sobre la custodia, no basta para poder absolver a una persona de este hecho delictivo. De hecho, la existencia de custodia o no, no es relevante ya que no hay separación ni divorcio, ella tenía el mismo derecho que el padre a llevárselos de vacaciones y así fue, aunque la diferencia radica en que JR contaba con el consentimiento del padre para llevarse a los hijos de vacaciones a España, así que descartamos que el traslado sea ilícito. En cambio, si consumó la acción de retención ya que al llegar la fecha de vuelta a Italia decidió no volver, impidiendo el retorno de los menores a su lugar de residencia habitual y todo contacto con su pareja, aún cuando tenía fecha establecida de retorno. En segundo lugar, a mi forma de ver JR podría haber acreditado perfectamente que ella padeció malos tratos, si es que los hubo, y así, demostrar que tuvo una causa justificada para no devolver a los menores. Sin embargo, la falta de pruebas desvirtúa toda oportunidad que ella tuvo para quedar absuelta de este delito. Aun así, ya no podemos comentar más estrategias para justificar la conducta de JR cuando a finales de Agosto tuvo que entregar sus hijos, a FA<sup>61</sup>. Por consiguiente, si la decisión del Juez fue la entrega de los menores, se entiende que no existe riesgo alguno para que los niños estén con el padre.

En tercer lugar, me gustaría reincidir en la idea de que no es lo mismo que se abra un proceso civil de restitución del menor con que la actuación per se, sea constitutiva de un hecho delictivo, son dos ámbitos completamente diferentes y compatibles entre ellos. En este caso concreto, hemos calificado la sustracción de internacional desde el momento en que ella no decidió volver a su país de residencia habitual, Italia, y sí quedarse en España.

---

providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801.”

<sup>60</sup> Auto Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Granada de 20 julio 2016 ([JUR\2017\216262](#))

<sup>61</sup> [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-08-28/juana-rivas-entrega-hijos-guardia-civil\\_1434660/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-08-28/juana-rivas-entrega-hijos-guardia-civil_1434660/)

En conclusión, tras el estudio doctrinal y jurisprudencial del caso, considero que JR sí ha cometido un delito de sustracción de menores en la modalidad de retención, que los tribunales españoles son competentes para procesarla aquí en España y que es perfectamente compatible con que haya un proceso abierto en Italia sustanciado en base al CH 80' para la devolución de los menores. Cuestión diferente es que el padre decidiese, a parte, interponer denuncia por delito de sustracción de menores y, aunque no lo hubiese hecho, JR al no cumplir con la orden directa del juez de personarse y devolver a los menores, el juez encargado del procedimiento vio indicios de conducta criminal, por este motivo se encuentra acusada por parte del Fiscal General y por parte de su ex pareja, parte acusadora en el procedimiento.

En consecuencia, habrá que esperar a que se celebre el juicio para que personas competentes como son los órganos juzgadores decidan si se ha cometido el hecho punitivo o no.

## 6. Bibliografía

1. AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen "Sustracción Internacional de Menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", Revista boliviana de derecho nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 192-213.
2. CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores y convenio de Luxemburgo y convenio de la haya", en M. D. Adam Muñoz / S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p.39. ISBN: 847879865X.
3. CARRILO LERMA, Celia "Mediación familiar internacional y sustracción de menores", Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 19, pp. 185-196, 2015, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184 DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i19.35>
4. CASTIÑEIRA PALOU, M.ª Teresa "sustracción de menores", en Ragués i Vallès, Ramon (coord.) en *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 4ª ed, 2015, Atelier, I.S.B.N.: 978-84-15690-94-8, pp. 185-186.
5. CHATIN, L. "Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international d'enfant par un parent", en Travaux du Comité français de droit international privé, 1981-1982, pp. 231-268". DOI: <https://doi.org/10.3406/tcfdi.1985.1263>
6. DEL CASTILLO ORAMAS, Andrea "La sustracción civil internacional de menores extracomunitarios: la violencia de género como causa de denegación de la

restitución” Tutorizado por la Profesora Doña María Asunción Asín Cabrera, Universidad de la Laguna.

7. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Comentarios al Código penal, Parte Especial, tomo II., 2004, ISBN: 9788484560029, p. 1211.
8. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles)”, Revista boliviana de derecho nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 168-191.
9. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, Revista electrónica de estudios internacionales (2015); DOI: 10.17103/reei.29.08.[Disponible:<http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/sustraccion-internacional-parental-menores-mediacion-dos-casos-para-reflexion-mexico-amparo-directo-revision-9032014-estados-unidos-america-lozano-v-montoya-alvarez> ]
10. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146. ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cd](http://www.uc3m.es/cd)
11. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación, secuestro internacional de menores y ODR”, en Estudios sobre Justicia online, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (Dir.), VVAA Editorial Comares, Granada, 2013. Págs. 161 y 162.
12. JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier “La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental”, Rev. boliv. de derecho nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 168-191 (P. 12).
13. MARTÍNEZ GARCÍA, Ángel Santiago, “Doctrina-comentario de la sustracción de menores, art. 225 bis”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al código penal español, Tomo II*, [Thomson Reuters (Legal) Limited / Manuel Gómez Tomillo y otros], ISBN 978-84-9065-782-7.
14. REIG FABADO, Isabel “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, Rev. boliv. de derecho nº 20, julio 2015, pp. 242-263, ISSN: 2070-8157.
15. PAZ LAMELA, Ramón Santiago, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, AFDUC 17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 675-685.
16. PÍAS GARCÍA, E. «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en M. D. Adam Muñoz / S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 80. ISBN: 847879865X.
17. Papeles del Psicólogo, 2015. Vol. 36(1), pp. 46-53  
<http://www.papelesdelpsicologo.es>

18. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. "Retención de los hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", Puntos Capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional, Dykinson, 1999, p. 34 y ss.
19. TORRES ROSELL, Núria "Doctrina-comentario de la sustracción de menores, art. 225 bis", en Morales Prats, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, Tomo I y II*. 7ª ed., abril 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y otros], ISBN 978-84-9099-692-8.
20. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Penal Comentado, actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, 1ª ed., Barcelona, Atelier, 2015, ISBN: 9788415690788, pp. 396-398.
21. VELARDE D'AMIL, Yvette, "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, pp.1279 -1301.

Páginas webs visitadas:

1. <http://www.elmundo.es/cronica/2017/08/06/5985ffabe5fdea8a7e8b4641.html>
2. <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/iam/noticias/el-instituto-andaluz-de-la-mujer-recuerda-que-las-decisiones-judiciales-deben-priorizar-la-proteccion-de-los-menores>
3. <http://www.legalsl.com/es/sustraccion-internacional-de-menores-en-italia.htm>
4. [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-08-28/juana-rivas-entrega-hijos-guardia-civil\\_1434660/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-08-28/juana-rivas-entrega-hijos-guardia-civil_1434660/)
5. <http://blogs.hoy.es/alderechoyalreves/2017/08/03/aspectos-legales-del-caso-de-juana-rivas/>

Jurisprudencia:

- Auto 54/2012 de 13 de marzo, AP de Barcelona, sección 18ª.
- Auto del Juzgado de Instrucción, de 8 agosto 2017, FJ 1º JUR\2017\206335
- Auto del Juzgado de Instrucción, nº 2 de Granada 8 agosto 2017 JUR\2017\206335
- Circular núm. 6/2015 de 17 noviembre. ARP 2016\148
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª) núm. 90335/2016, de 27 diciembre 2016. JUR 2017\66695.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 30/2017 de 22 febrero 2017. JUR 2017\98188.
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) núm. 1109/2007 de 29 octubre 2007. ARP 2007\698
- Sentencia Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) núm. 286/2013 de 11 septiembre 2013. JUR 2014\157828.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) Auto núm. 169/2008 de 5 marzo de 2008 (JUR\2008\134908).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) Sentencia núm. 616/2015 de 17 julio 2015 (ARP\2015\824);  
Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Granada, 20 julio 2016, (JUR\2017\216262).  
Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) de 10 de Julio 2017, nº 411 (JUR 2017\269651)  
Sentencia del Juzgado de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas) núm. 9/2016 de 15 enero de 2016 (ARP\2016\576)  
sentencia de la AP. de Valencia, Sección 2ª, de fecha 24 de noviembre 2005, (Recurso 291/2005).  
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 30) 17 de Julio 2015, nº 616/2015, (ARP\2015\824).  
Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 30 junio de 2005 nº 452/2005; (JUR\2006\214475).  
Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 30/2017 de 22 febrero 2017 (JUR 2017\98188).  
Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) Auto núm. 302/2004 de 17 junio 2004 (JUR 2004\244717)  
Sentencia del Juzgado de lo penal n 2 de Granada nº 141/2009 de 24 de mayo.  
Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada num. 335/2017 de 22 agosto (JUR\2017\213987)  
Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 22 de Febrero de 2011; num. 25/2011; FJ1º; (JUR\2011\202945)  
Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 54/2012 de 13 marzo 2012 (JUR\2012\195157)  
Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 88/2012 de 23 abril 2012 (AC\2012\958)  
Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 903/2008 de 18 diciembre 2008 (JUR\2009\115163)  
Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Granada de 20 julio 2016 (JUR\2017\216262)