



SUSTRACCIÓN DE MENORES

AUTOR: TERESA CALVO GAYÁ
TUTOR: EDUARDO RAMÓN RIBAS

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. EL BIEN JURÍDICO.....	4
3. CONDUCTA TÍPICA.....	5
4. ASPECTO TEMPORAL: DELITO PERMANENTE.....	9
5. SUJETOS.....	10
5.1 AUTORES	
5.2 SUJETOS PASIVOS	
6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	13
6.1 DOBLE MODALIDAD AGRAVADA	
6.2 EXCUSA ABSOLUTORIA Y TIPO PRIVILEGIADO	
6.3 CÓMPUTO DE LOS PLAZOS	
7. OTRAS CONSIDERACIONES.....	16
7.1 PENALIDAD Y CONCURSOS	
7.2 RESPONSABILIDAD CIVIL Y CUESTIONES PREJUDICIALES	
8. BREVE CRÍTICA.....	18
BIBLIOGRAFÍA.....	20

1. INTRODUCCIÓN

La intención fundamental de este estudio es analizar sucintamente **el delito de sustracción de menores** introducido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, introductoria del artículo 225 bis del primer texto legal así como modificativa de la falta del artículo 622 del mismo. Dicho delito, objeto de regulación en el citado **art. 225 bis**, es descrito, por su primer apartado, en los siguientes términos:

“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”.

Una aproximación a sus características principales permitirá el traslado de la teórica configuración del tipo a la práctica judicial establecida, con la consecuente visualización de la actual situación social al respecto. Sin duda, el aumento de matrimonios interculturales y el número de divorcios¹ propician una situación cuyo marco legal se visualiza insuficiente al lado de la desesperación de los padres para “recuperar” a sus hijos y la lentitud de la justicia para dar soluciones, ingredientes idóneos para la creación de todo un negocio altamente lucrativo al respecto².

2. EL BIEN JURÍDICO

La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 9/2002 parece ser un buen punto de partida para determinar la finalidad del legislador a la hora de regular la sustracción de menores. En ésta se concibe **“la protección de los intereses del menor”** como **“línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución”**. Específicamente, el propósito principal que ahora se pretende alcanzar es evitar el efecto perjudicial que pueden ocasionar determinadas actuaciones de los progenitores a sus hijos menores en supuestos de crisis familiares. Ahora bien, los intereses del menor, como concepto jurídico indeterminado, necesita de una mayor concreción.

La ubicación sistemática del artículo 225 bis en el Capítulo III (“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) del Título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”) del Libro II del Código Penal, parece conducir inexorablemente a la conclusión de que es **“el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus padres”**³ en casos de crisis familiar⁴ el bien jurídico protegido por éste. Llama la

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios”, (última actualización: 26 de septiembre de 2013).

² EVA DALLO y BERTA GONZÁLEZ DE VEGA, “Secuestro por encargo de hijos de padres peleados”, en Diario el mundo, Crónica, Publicación del 10/11/2013.

³ Vid. NURIA TORRES ROSSELL, “Comentario al artículo 225 bis”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, editorial Aranzadi, 9^ª edición., pág. 589: “El bien jurídico protegido en este delito recae entonces en la seguridad del menor, seguridad entendida no solamente en el sentido de falta de peligros, sino fundamentalmente en el sentido de libre desarrollo de su personalidad lo que incluye el derecho a poder relacionarse regularmente con ambos progenitores”.

atención, sin embargo, que el mismo bien jurídico se ve afectado cuando el progenitor no custodio no cumple el régimen de visitas, atribuyéndosele, ello no obstante, mucha menor lesividad⁵ pese a que desde esta perspectiva la gravedad de los comportamientos es pareja.

Tampoco parece correcto identificar el bien jurídico protegido con todos los restantes intereses individuales personalísimos del menor, como la vida o la integridad física del mismo, ampliamente atendidos en distintos preceptos del Código penal⁶.

En opinión de la doctrina mayoritaria, tal y como reflejaba PRATS CANUT⁷, el bien jurídico quedaría constituido por el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del derecho privado, identificando por parte de la doctrina civil el interés del menor en materia de guarda y custodia con su bienestar físico y emocional⁸. Este encarrilamiento de la cuestión es acorde con el mandato establecido en el art. 3.2 de la Convención de los Derechos del niño, referente a la necesidad de que los Estados Parte aseguren los cuidados necesarios para el bienestar de los niños⁹.

Sin embargo, la referencia en exclusiva al bienestar del menor parece quedar incompleta. En comparación con el delito de abandono de menores, que también intenta proteger este bien jurídico e incluso puede conllevar graves riesgos para la vida o la salud, no parece posible que la sustracción se refiera solamente al bienestar del menor cuando éste último delito también lo hace e, intencionadamente, se castiga menos gravosamente¹⁰.

De este modo, no parece descabellado el razonamiento del Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de diciembre de 2007, al señalar que “*son fundamentalmente los derechos e intereses de los menores los protegidos, pero la ubicación del precepto permite contemplar los derechos igualmente del resto de*

⁴ SAP de Madrid núm. 645/2012 (Sección 1ª) de 13 de septiembre (ARP\2012\961).

⁵ Artículo 618.2 del Código Penal: “*El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días*”.

⁶ AAP de Barcelona núm. 676/2006 (Sección 2ª) de 13 de octubre (JUR 2007\118298).

⁷ Vid. PRATS CANUT, “Comentario al artículo 225 bis”, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, editorial Aranzadi, 3ª ed. 2004, pág. 1150.

⁸ SAP de Islas Baleares núm. 156/2008 (Sección 4ª) de 6 de mayo (JUR 2008\172656); SAP de Sevilla núm. 26/2008 (Sección 2ª) de 31 de enero (JUR 2008\370938).

⁹ “*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

¹⁰ Artículo 229. 3 CP: “*Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave*”.

personas afectadas por la conducta de que se trate”, es decir, atendiendo no sólo a los **intereses** del menor, sino también a los **de sus progenitores**.

Asimismo, cuando media un mandato o requerimiento judicial, podría apreciarse un supuesto específico de desobediencia, incluido entre los delitos contra las relaciones familiares únicamente por el objeto, vinculado a la guardia y custodia, de la resolución que se desobedece. En este sentido, MUÑOZ CONDE lo designa como “*un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores*”¹¹. No obstante, choca que el artículo 556 del CP, previsto para la desobediencia genérica, castigue con una pena de privación de libertad hasta cuatro veces inferior a la del delito de sustracción de menores.

Algunos autores, como GUARDIOLA GARCÍA, han vinculado el bien jurídico de la figura analizada al de la detenciones ilegales¹². Siguiendo la teoría de que en este delito sólo puede ser sujeto pasivo quién tiene la capacidad de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio, y ya regulándose una agravación en el art. 165 del CP cuando la víctima es un menor de edad, la función del art. 225 bis quedaría reducida a la protección de los recién nacidos e incapacitados de voluntad crónicos.

También se ha ligado el bien jurídico a la seguridad personal del menor, que se vería “*afectada en la medida en que determinados parientes asignan al menor un lugar de residencia que contradice el establecido por los titulares de la guarda material o custodia*”¹³. Ahora bien, no cabe olvidar que en virtud del principio de ofensividad, el Derecho penal sólo castiga conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, por tanto, realmente la seguridad está en juego cada vez que éste percibe con una pena la realización de un comportamiento¹⁴.

En conclusión, una agrupación razonable y relativamente homogénea de las anteriores notas, permite afirmar, como hace SAAVEDRA RUIZ, que estamos ante un delito pluriofensivo, que “*atiende no sólo a la protección de los menores, sino igualmente a la del progenitor custodio y al propio interés de la Administración de Justicia*”¹⁵.

3. CONDUCTA TÍPICA

El comportamiento típico contemplado en el artículo 225 bis del CP estriba en la sustracción del menor de edad de manera injustificada. “*A los efectos de este artículo se considera sustracción*”, según dispone dicho precepto en su segundo apartado:

¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, “Comentario al artículo 225 bis”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Valencia 2009, pág. 304.

¹² Vid. GUARDIOLA GARCÍA, “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”, en *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, dir. LLORIA GARCÍA, 2008, pág. 86.

¹³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. II, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2004, pág. 1197.

¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 8ª ed., 2010.

¹⁵ Vid. SAAVEDRA RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, 2007, pág. 1671.

- 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 estuviere confiada su guarda o custodia.
- La **retención** de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

La expresión **sin causa justificada** ha sido interpretada como la necesidad de que se excluya la antijuridicidad de la conducta típica por concurrir una causa de justificación¹⁶; también, más ampliamente, se ha considerado que va más allá “*del ámbito estricto de las causas de justificación*”¹⁷, excluyendo la tipicidad de la conducta desde el primer momento, es decir, como una causa de atipicidad. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid¹⁸ consideró como penalmente atípica la conducta de traslado de una madre con sus hijos cuando pesaba una orden de alejamiento del padre respecto de la primera, actuando ésta “*en la creencia de que la orden afectaba igualmente a los hijos menores comunes y en la sospecha de que pudieran ser víctimas de malos tratos por parte de su padre*”.

Una vez aclarado esto, cabe preguntarse sobre el contenido y alcance de las expresiones que configuran el tipo:

- A) **Trasladar**: esta modalidad “activa” en principio se corresponde con un comportamiento neutro, el llevar a una persona de un lugar a otro, cuyo desvalor debe centrarse en la referencia que la definición normativa realiza a la ausencia de consentimiento por parte de quien tiene confiada la guarda o custodia.
- B) **Retener**: ya por sí mismo comporta un cierto desvalor, al evocar esta variedad “pasiva” la idea de creación de una situación en la que se impide que alguien salga o se mueva en contra de alguna voluntad.

En la primera acepción, se traslada al menor de su “**lugar de residencia habitual**”, sin que necesariamente deba vincularse éste con empadronamiento o vecindad administrativa, sino en su considerando de cuestión de hecho, vinculada a un *animus* de encontrarse en un lugar donde el menor satisface, en sentido amplio, sus necesidades alimenticias^{19 20}.

En el mencionado lugar de residencia habitual es dónde se venía ejerciendo la custodia del menor, la cual se ha vulnerado por el traslado ilícito a otro lugar distinto del mismo. Para interpretar la expresión “**confiada**”, en referencia a la **guarda o custodia**, es útil acudir²¹ al Convenio de la Haya de 1980²², que servirá de elemento integrador del

¹⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 1209.

¹⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial*, coord. COBO DEL ROSAL, 2ª ed., 2005, pág. 433.

¹⁸ AAP de Madrid (Sección 17ª) núm. 302/2004 de 17 de junio (JUR\2004\244717).

¹⁹ Habitación, educación, entorno social, alimentos en sentido estricto, etc.

²⁰ Vid. ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, Zaragoza, 2004, pág. 48

²¹ Vid. ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, ob. cit., pág. 49-50.

tipo. De este modo, en relación con su artículo 3, debe percibirse bien como una atribución de pleno derecho (los padres inscritos como tal en el Registro Civil), bien resultar de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según nuestro Derecho.

Por otro lado, el núcleo de la conducta típica definida como retener consiste en incumplir los deberes establecidos por resolución judicial o administrativa, que para ser relevante en términos de tipicidad, de conformidad con el artículo 225 bis CP, debe tratarse de un **incumplimiento grave**. Este concepto valorativo indeterminado significa que, *a sensu contrario*, las retenciones que no comportasen lesión o puesta en peligro de derechos del hijo menor no se podrían interpretar como gravemente vulneradoras²³.

Otra cuestión que se plantea es si la conducta típica presupone siempre una resolución judicial o administrativa de atribución de custodia, al recogerla explícitamente sólo el apartado segundo del art. 225.2 del CP. Para algunos autores la modalidad de traslado no exigiría necesariamente una decisión judicial²⁴, pues ninguna diferencia se produciría en la afectación de los derechos del menor si la sustracción se produce tras una resolución judicial administrativa o antes de que se tenga oportunidad de acudir a los tribunales²⁵, mientras que la mayoría de la jurisprudencia ha interpretado que este apartado segundo debía integrar al primero, precisando ambas conductas descritas de resolución previa²⁶.

Estas conductas que se han reseñado no deben confundirse con aquellas otras enfocadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, que deberán

²² Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

²³ Vid. NURIA TORRES ROSSELL, "Comentario al artículo 225 bis", ob.cit., pág. 592: "*El tipo subjetivo ha de comprender la intención de trasladar o retener con voluntad de permanencia en tal situación, esto es, con la finalidad de alterar o pervertir de forma permanente el régimen de custodia legalmente establecido. Este planteamiento lleva a entender que no es grave el incumplimiento en los supuestos en que de las circunstancias en que se produce la sustracción del menor quepa inferir la intención de devolver al menor en un período razonable*".

²⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, "Comentario al artículo 225 bis", *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, 2010, pág. 337: "*La primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quién corresponde la custodia del hijo; el delito se puede cometer también cuando se traslada el menor <<sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente>>*".

²⁵ Voto particular formulado por Francisco Viera Morante al Auto de la Sección 1ª de la Audiencia provincial de Madrid de 29 de mayo de 2008.

²⁶ En este sentido se expresa el AAP de Madrid de la Sección 17ª de 29 de octubre de 2007 (ARP\2007\698): "*La aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º, debe realizarse, entendiéndose que se requiere una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no sólo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del núm. 1, que se refiere al traslado. El legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y sólo exige expresamente en este segundo apartado la existencia de una resolución judicial o administrativa, lo que parece excluir en el primero. Pero esta interpretación resulta excesivamente amplia, y no casa con las exigencias del derecho penal, y sobre todo, se contradice por la propia Exposición de Motivos de cuyo tenor se deduce la necesidad de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia del menor*".

incardinarse en la **falta del art. 622**²⁷, al no producirse en estos casos la lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual²⁸.

Para una mayor comprensión de los límites y concurrencias del delito y la falta, estos es, de los artículos 225 bis y 622 respectivamente, es sugestiva la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 31 de julio de 2007²⁹. Para la resolución de un supuesto en el que el progenitor custodio obstaculizó el régimen de visitas que legal y legítimamente correspondía al otro progenitor, procedió a comentar el cambio operado con la LO 9/2002. De un modo lo más simplificado posible, el boceto que transmite es el siguiente:

- El progenitor que ejerce el régimen de visitas puede cometer un delito del art. 225 bis o una falta del 622 según el tiempo que dure la retención; asimismo podrá incurrir en desobediencia (grave o leve, de los artículos 556 y 634, respectivamente) si se incumplen los requerimientos de la autoridad judicial para la devolución del menor.

- En cambio, el cónyuge a quien de ordinario le corresponde el cuidado material del menor, pudiendo incurrir igualmente en desobediencia, podrá ser también sujeto activo de la falta del art. 622. Para llegar a esta última conclusión, y acudiendo a las expresiones utilizadas en el Código Civil (arts. 90 a), 92 párrafo 4º, 96, 103.1ª y 159), considera el régimen de custodia como un concepto global y amplio que comprende el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad, delimitados por el régimen de visitas para uno de los progenitores y la habitualidad de la residencia para el otro, en situaciones de crisis matrimoniales. Desde este punto de vista, por tanto, éste sería incumplido tanto por el progenitor que se retrasa en la devolución del menor o no va a recogerlo cuando le toca, como por el progenitor con quien reside habitualmente e impide o dificulta el régimen de visitas³⁰. En definitiva, si ambos cónyuges son posibles sujetos activos de la infracción del régimen de custodia, el cónyuge a quien de ordinario le corresponde su cuidado material también puede serlo de la conducta descrita en el art. 622 del CP.

- Finalmente, el art. 618.2³¹ completaría la protección penal del incumplimiento de obligaciones familiares, como un tipo residual homogéneo al del 622.

²⁷ Artículo 622 del Código Penal redactado por el artículo cuarto de la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre: *“Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”*

²⁸ Vid. GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, en *Revista InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona 2010, pág. 18.

²⁹ SAP de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 227/2007 de 31 de julio (JUR\2007\340736).

³⁰ Véase el apartado 6.1 referido a los sujetos activos, en el que se mencionan sentencias con criterios contradictorios al que aquí se expone.

³¹ Artículo 618.2 del Código Penal *redactado por el apartado centésimo septuagésimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre: “El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos,*

4. ASPECTO TEMPORAL: DELITO PERMANENTE

Esta característica fue perfilada como consecuencia de un recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional³², cuyo estudio ocupará las líneas que siguen.

Los hechos enjuiciados, sobre los cuales no entra a conocer el Tribunal³³, acontecen el año 1998, fecha en la que el traslado del hijo menor al extranjero no era constitutivo de delito –la Ley Orgánica 9/2002 entró en vigor concretamente el 12 de diciembre del 2002-, si bien la retención se alargó hasta el 2006.

Partiendo de la premisa de que todo individuo debe conocer de antemano cuáles son las posibles consecuencias de sus actos (arts. 9.3 y 25.1 CE), cuya fundamentación esencial es la idea de seguridad jurídica, solamente se podrá tomar en consideración a efectos penales, en su caso, la retención habida durante el lapso temporal posterior a la entrada en vigor enunciada, pero no el traslado del menor al extranjero, ni la subsiguiente retención hasta el día anterior al mencionado 12 de diciembre del 2002³⁴.

De este modo, es crucial la fijación del carácter que se atribuye al art. 225 bis CP. El atributo de <<delito permanente³⁵>> conlleva como consecuencia elemental el que *“hasta en tanto no se restablece el orden jurídico quebrantado el delito continúa cometiéndose, más allá del momento inicial de la consumación”*. Siendo así, es vital distinguir, como ya se ha apuntado, el traslado del menor sin el consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente (art. 225 bis 2.1 CP) de la retención del mismo con incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial o administrativa (art. 225 bis 2.2 CP). En consonancia, más allá del momento inicial de la consumación, el delito continúa cometiéndose hasta que se restablece el orden jurídico quebrantado, de modo que no pudo suponer infracción del principio de irretroactividad en materia penal, al conferirse *“relevancia a unos hechos perfectamente escindibles del traslado inicial y de la retención previa a la tipificación de esa conducta”*.

que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.

³² STC núm. 196/2013 (Sala Segunda), de 2 de diciembre (RTC\2013\196).

³³ STC núm. 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3º: *“no compete a este Tribunal determinar qué interpretación es la más correcta de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales [...] con la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales”*.

³⁴ STC núm. 91/2009, de 20 de abril, FJ 6º, en relación con el principio de legalidad penal, al declarar que este principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas.

³⁵ En el delito permanente hay una sola acción que se prolonga en el tiempo, mientras que en el delito continuado hay una pluralidad de acciones que configuran todas un solo delito perfecto. Vid. LLORIA GARCÍA, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, 1ªed., 2006, págs. 17 y ss.

5. SUJETOS

5.1. AUTORES

Es unánime la consideración de la sustracción de menores como **delito especial**, aquel que por mor de la tipicidad restringe su autoría a un grupo de sujetos que poseen una serie de condiciones impuestas por la ley. La mayoría de los autores³⁶ considera que debe encuadrarse bajo la modalidad de los delitos especiales propios, aunque alguna voz discordante se alza, como la de PRATS CANUT³⁷, al entender que el atributo correcto sería el de impropio, si bien no señala los preceptos que resultarían infringidos en el caso de la comisión de la conducta típica por quién no reúna las características exigidas en el tipo para ser autor.

Otra discusión se alza en torno a si la expresión *el progenitor* que utiliza el precepto estudiado abarca al progenitor custodio o se restringe al que no ostente la titularidad de la custodia del menor.

Los argumentos que abogan por esta última posición, muy sólidos, son los siguientes:

A) Como elemento demoledor, la propia Exposición de Motivos que introdujo el art. 225 bis del CP se refiere taxativamente a *“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”*³⁸.

Como indica la jurisprudencia, la anterior transcripción literal no deja lugar a interpretación alguna³⁹ y debe proporcionar una aprehensión auténtica y teleológica del precepto⁴⁰.

B) La tesis de que el apartado segundo del art. 225.2 bis, al referirse a *“la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o*

³⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 1200; Vid. GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial*, ob. cit., pág. 433.

³⁷ Vid. PRATS CANUT, “Comentario al artículo 225 bis”, ob. cit., pág. 1151-1152.

³⁸ Vid. GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., págs. 9-10.

³⁹ SAP de Barcelona núm. 952/2010 (Sección 3ª), de 30 de noviembre (ARP\2011\359), FJ 3º: *“el delito del artículo 225 bis 2.2 del Código Penal sólo puede ser cometido por el progenitor no custodio, esto es, el padre o madre a quien el Juez de familia no haya otorgado la guarda y custodia, otro caso será objeto de estudio, cuando ésta sea compartida por ambos”*.

⁴⁰ AAP de Madrid núm. 645/2012 (Sección 1ª), de 13 de septiembre (ARP\2012\961), FJ 1º: *“Por lo tanto, y de acuerdo con el principio de taxatividad que rige en la interpretación de las leyes penales, el artículo 225 bis del Código Penal presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal”*.

administrativa”, permite en sus términos literales ser perpetrada tanto por el progenitor titular de la custodia como por el apartado de ella, es rebatida en el sentido de que dicho precepto “*no puede entenderse aislado como un subtipo autónomo, sino como concreción o interpretación auténtica de los apartados restantes, y en especial del primero, cuyo sujeto activo sólo puede ser el progenitor que carece de la potestad de custodia del menor*”⁴¹.

C) La exclusión del progenitor custodio como autor de este delito sería una especie de derivación del entendimiento de que el régimen de visitas y el régimen de custodia son dos cosas distintas pero complementarias⁴². Se rechaza la idea de que el régimen de visitas sea una de las facultades inherentes a la guarda y custodia, sino más bien su contrapartida, la consecuencia de la exclusión de un cónyuge de su ejercicio. Por tanto, el cónyuge que tiene atribuida la custodia puede infringir el régimen de visitas, pero no el de custodia, cuya infracción solamente será admisible si la realiza el progenitor apartado de la convivencia con los hijos.

D) Además, el legislador se vio necesitado de introducir un número 2 en el artículo 618, con la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 15/2003, sin modificación del artículo 622, hecho que refuerza la idea de que este último no era suficiente, ni cubría por tanto, las infracciones de obligaciones familiares no constitutivas de delito efectuadas por el progenitor custodio⁴³.

En cambio, GUARDIOLA GARCÍA⁴⁴ discrepa con base en las siguientes razones: 1) las posibles definiciones de retener (entre otras, interrumpir o dificultar el curso de algo) son perfectamente acordes con la idea de desobedecer gravemente una resolución judicial o administrativa impidiendo el ejercicio del derecho de visita; 2) en el párrafo relativo al traslado se hace expresa mención al consentimiento del custodio, a sensu contrario, su falta de mención en la retención debe ser entendida como una posibilidad tácita de que éste sea sujeto activo; 3) la afcción del bien jurídico se produciría igualmente en el caso de que fuese el custodio quien no dejase que se realizase el correcto desarrollo del derecho de visitas.

⁴¹ SAP de Sevilla núm. 11/2004 (Sección 4ª), de 12 de enero (JUR\2004\68999). Esta sentencia continúa argumentando que “*no sólo por lo que resulta de la dicción ya mencionada de la Exposición de Motivos de la reforma, sino también porque así lo demuestra una interpretación intrasistemática del propio artículo, dado que los apartados 3 y 4, al establecer un subtipo agravado, otro atenuado y una excusa absolutoria, contienen expresiones que sólo pueden ir referidas al cónyuge apartado de la convivencia, en cuanto erigen como circunstancia determinante de la aplicación de unos u otros la restitución o la devolución del menor, se entiende que al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado, en los propios términos legales, es decir, al progenitor o institución que tenía previamente consigo al menor sustraído, pues de otro modo no tendría sentido gramatical hablar de devolución o restitución*”.

⁴² Continúa razonando esta SAP de Sevilla, al contrario de criterios expuestos anteriormente, si consideramos el régimen de custodia como un concepto global que engloba este régimen de visitas (apartado 3, conducta típica, falta del 622).

⁴³ Así lo expresa la citada SAP de Sevilla en su FJ 3º.

⁴⁴ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”, ob. cit., pág. 96.

Estos últimos argumentos parecen encajar más en aquellos supuestos de custodia compartida, en los que uno retiene el menor cuando éste ha de pasar a vivir con el otro. Sin embargo, se ha rebatido que en estos casos el bienestar del menor no corre los mismos riesgos que en aquellos en los que es sustraído por alguien que no se ha considerado una persona adecuada para tenerle en su compañía⁴⁵.

El propio artículo 225 bis del CP recoge en su apartado quinto la ampliación a la posibilidad de ser sujetos activos por las conductas descritas en él, a los ascendientes del menor (abuelos y bisabuelos) y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (hermanos, cónyuges de éstos, así como los del otro progenitor).

5.2. SUJETOS PASIVOS

Los sujetos pasivos de este delito serán, como obviamente ya se ha advertido, los **menores de edad** unidos a los anteriores sujetos activos por determinados vínculos de parentesco. Se configura, por tanto, según el sujeto activo del delito, ya que al no ser éstos únicamente los progenitores, sino también los ascendientes y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, el sujeto pasivo podrá ser el hijo, el nieto, el bisnieto o el sobrino.

Ahora bien, no todo menor de edad puede ser sujeto pasivo. En virtud del art. 169.2º del CC, la patria potestad se extingue por la emancipación. La falta de convivencia del menor con sus progenitores excluiría la producción de la conducta típica, y aun en los supuestos en que continúe esta convivencia, se considera que tiene capacidad suficiente para decidir sobre su bienestar personal, es decir, para regir su persona como si fuera mayor.

Otra idea, que sin embargo dejaría muy indeterminado el concepto de hijo menor, es entender que el precepto está previsto para aquellos niños de corta edad, no capaces de decidir por sí mismo sobre un asunto extremadamente delicado como es el elegir con quien convivir⁴⁶.

En armonía con estas concepciones, es coincidente la doctrina en que no pueden ser sujetos pasivos de este tipo los hijos mayores incapaces⁴⁷.

⁴⁵ Vid. GARCÍA PÉREZ, "El delito de sustracción de menores y su configuración", ob. cit., pág. 11.

⁴⁶ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", ob. cit., pág. 47: "es evidente que el artículo 225 bis del CP se está refiriendo a un niño de corta edad que no es capaz de decidir por sí mismo el lugar que quiere ocupar en el espacio, pues en otro caso, estaríamos, bien en presencia del segundo párrafo del artículo 224 del CP que precisa de alguna manera el consentimiento del menor, bien en presencia de un delito de detenciones ilegales". Asimismo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 1199, estima que la fijación del límite en los 18 años suscita "serias dudas" y ello porque, a su juicio, no parece acorde con el principio de intervención mínima el castigo de aquellas situaciones en las que "el menor no emancipado se encuentre en los tramos más altos de la minoría de edad, por ejemplo, entre los 15 y los 18 años, y consienta el traslado o retención fuera de su área de guarda material".

⁴⁷ No obstante, este "olvido" del legislador ha sido criticado por algunos autores, ya que como apunta LLORIA GARCIA "parece como si los padres que no tienen la custodia del incapaz nunca fueran a

6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Los apartados 3 y 4 del art. 225 bis del CP prevén, por un lado, agravaciones de la pena con relación al tipo básico de sustraer; y al contrario, la necesidad de intentar por todos los medios resolver el conflicto social sin recurrir al Derecho penal o, más bien, aminorar sus graves repercusiones.

6.1. DOBLE MODALIDAD AGRAVADA

En las dos circunstancias de agravación que contempla el art. 225 bis apartado 3º, traslado fuera de España o exigencia de alguna condición, se impondrá la pena señalada en el apartado 1 en su mitad superior.

Respecto a la modalidad de **traslado al extranjero** la agravación tiene como fundamento el notable incremento de dificultad de conseguir el reintegro, al encontrarse el menor en un país distinto del nuestro⁴⁸.

Es compartida por la mayoría de los autores penalistas⁴⁹ la idea de que las exigencias del principio de legalidad imponen la restricción interpretativa de este apartado única y exclusivamente a una de las modalidades típicas del comportamiento de sustraer: el traslado, aun cuando ha sido fuertemente criticado que la retención en el extranjero no pueda ser punible conforme a esta modalidad agravada, debiéndose aplicar el punto 1 del precepto⁵⁰ en estos supuestos.

Por lo que se refiere a la otra variante contemplada en el segundo inciso, la **exigencia de alguna condición**, la misma puede consistir, debido a su descripción de forma abierta, tanto en una prestación de contenido económico como en cualquier otra de distinta naturaleza. La única restricción que parece irrefutable es que la condición sea, al menos, potencialmente posible.

apartarlo de su lugar habitual de residencia o nunca fueran a reclamarlo en caso de traslado ilícito lo que, evidentemente, no tiene que ser así y pone de manifiesto un olvido del legislador altamente criticable". Vid. LLORIA GARCÍA, "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", ob. cit. pág. 50.

⁴⁸ AAP de Tarragona (Sección 2ª), de 28 de noviembre de 2003 (JUR 2004\28705), FJ 2º: "No puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño".

⁴⁹ Vid. Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 1212.

⁵⁰ Según GARCÍA PÉREZ, esta idea es cuestionable, ya que en los tipos agravados las circunstancias de agravación pueden formar parte de la acción base (por ejemplo la alevosía en el asesinato) o ser posteriores a ésta (en los tipos compuestos). Referente a la idea de que no sería de aplicación el tipo agravado en aquellos casos en los que la conducta de retención se produce fuera de España y luego hay un traslado de país, ejemplifica el absurdo del planteamiento, al pensar en el que recoge en nuestro país a su hijo para pasar las vacaciones con él por estar así regulado en el convenio regulador y lo traslada a Francia, que es donde reside; transcurridas las vacaciones decide no restituirlo y asumir su custodia (retención del tipo básico). Además, podría suceder que luego lo trasladase a un tercer país, de lo que tampoco cabría apreciar la agravación, pues no saca "fuera de España". Vid. GARCÍA PÉREZ, "El delito de sustracción de menores y su configuración", ob. cit., págs. 22-23.

La condición impuesta constituye *per se* un plus de desvalor que permite establecer la agravación, al constituirse en ausencia de referencia a la licitud o ilicitud de la condición. De este modo, se equipara la misma afectación al bien jurídico en ambas posibilidades. En opinión de PRATS CANUT “*cabría reclamar que el legislador hubiese concedido a dicha diferencia un tratamiento punitivo diversificado, máxime en una materia como la presente en la cual la casuística es múltiple y en donde se entremezclan intereses y motivaciones muchas veces de índole personalísima*”⁵¹.

Asimismo, se ha establecido una especie de paralelismo con el supuesto de amenazas de un mal no constitutivo de delito del art. 171.1 CP, al matizar que, pudiendo ser la condición igualmente lícita o ilícita, se excluirán aquellos casos en los que la condición consistiera en una conducta debida. De ahí que parezca procedente que dicha salvaguarda se establezca para todos los delitos sometidos a condición⁵².

6.2. EXCUSA ABSOLUTORIA Y TIPO PRIVILEGIADO

El punto 4 del art. 225 bis CP regula situaciones diferentes derivadas del tiempo de duración de la sustracción:

El primer inciso recoge una **excusa absolutoria**, la cual presenta dos modalidades:

A) La comunicación al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado del lugar de estancia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, siempre que se comprometa a devolverlo inmediatamente⁵³ y así lo haga.

En esta variante de devolución anunciada, el sustractor puede comunicarse directamente con el progenitor custodio o hacerlo a través de terceras personas, si bien asumiendo que corre de su cargo el riesgo de que la noticia no llegue a su destinatario.

B) La restitución del menor en un plazo que no exceda de veinticuatro horas desde que ésta debía producirse.

Debe observarse que en estos casos en la sustracción no concurre causa de justificación alguna, ya que si así fuese se estaría ante un supuesto directamente atípico.

Además, no toda sustracción que no haya excedido de 24 horas estará exenta de pena, sino que deben haberse realizado toda una serie de actividades que culminen con la entrega del menor al otro progenitor. Sería absurdo, por ejemplo, considerar

⁵¹ Materia en la que, añade este autor, “*la excesiva intromisión del derecho penal puede comportar más agravios que soluciones, siendo un mal remedio de las insuficiencias mostradas por el derecho privado en aras a aportar soluciones al conflicto en términos de derecho dictando resoluciones plausibles y buscando en dicho campo mecanismos para el real cumplimiento de dichas resoluciones*”.

⁵² Vid. PRATS CANUT, “Comentario al artículo 225 bis”, ob. cit., pág. 1155.

⁵³ La inmediatez de la entrega se mantiene en tanto no se produzcan retrasos imputables al sustractor, por tanto, esta interpretación flexible permite tener en cuenta el lugar de residencia del sujeto, la disponibilidad de medios de comunicación (imaginemos que se encuentra en un lugar en el que sólo salen vuelos semanales) y las circunstancias personales, entre otros.

beneficiario de la exención a aquél que está en un aeropuerto con su hijo para trasladarlo, siendo detenido por la policía antes de poder realizar la acción. En estos casos, la sustracción de menores no se ha conseguido por causas totalmente ajenas a su voluntad, de modo que el sujeto ni ha devuelto al menor ni se ha encargado de realizar la comunicación que prevé la excusa absolutoria. Sin embargo, en casos similares, cabría apreciar tentativa de delito^{54 55}.

En cambio, al no preverse el castigo de los actos preparatorios en esta figura (piénsese en la compra de billetes de transporte, el acondicionamiento de habitaciones para cuando sea trasladado el hijo, la solicitud de preinscripción en el colegio, entre otras posibilidades), éstos no son punibles.

En definitiva, esta excusa absolutoria contemplaría una especie de desistimiento en un delito de peligro. En la configuración de éstos se reducen las posibilidades de desistimiento dado que no hay que esperar hasta la lesión; a diferencia de los delitos de lesión en los que si el autor la evita voluntariamente quedará impune por desistimiento. Por tanto, estas “escasas posibilidades” de desistir en los delitos de peligro son compensadas a veces, como en este caso, por el legislador, creando regulaciones que otorgan la impunidad cuando se ha evitado por el autor que el riesgo que ha creado llegue a cristalizarse en el menoscabo del bien jurídico⁵⁶.

En el segundo inciso se recoge una modalidad atenuada, llevar a cabo la restitución dentro de los quince días siguientes a la sustracción, que encuentra su fundamento⁵⁷ en la finalidad perseguida por el tipo, cual es la de favorecer cuanto antes la finalización de la situación ilícita. Obsérvese que, por tanto, este **tipo privilegiado** queda huérfano de referencia alguna a la mayor o menor afectación que se haya podido producir a los derechos del menor, al constituirse el incumplimiento del régimen como suficiente para entenderse éstos lesionados⁵⁸.

⁵⁴ Vid. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 24.

⁵⁵ Castiga según el art. 62 del CP (“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”) en relación con el art. 16.1 del mismo texto legal (“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”).

⁵⁶ Vid. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 25.

⁵⁷ En palabras de GARCÍA PÉREZ “la atenuación tiene un fundamento similar al desistimiento, pues aquí al tratarse de un delito de peligro se anticipan las barreras de protección y paralelamente se recortan las posibilidades de desistimiento, lo que se trata de contrarrestar con una atenuación para una conducta que evita que el riesgo generado pueda llegar a lesionar el bien jurídico”. Vid. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 29.

⁵⁸ Aunque en opinión de PRATS CANUT esta configuración no es fácil de sostener desde un punto de vista material.

La doctrina, tal y como recoge DÍEZ RIPOLLÉS⁵⁹, ha subrayado que dado que el artículo 225 bis contiene un tipo básico y otro agravado, habría sido coherente fijar una atenuación distinta en función de la clase de partida.

6.3. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

El último inciso del apartado 4 del precepto trabajado dispone el momento concreto en que deben empezar a transcurrir los plazos, importantísimo para la aplicación de las anteriores figuras, cuyos fundamentos residen esencialmente en elementos temporales.

El cómputo de estos plazos debe realizarse, según la literalidad del mismo, desde la fecha de la denuncia de la sustracción y no de la realización de la conducta típica (traslado o retención). *A sensu contrario*, mientras ésta no se haya presentado, no pueden empezarse a computar. La clara finalidad reside en la intención de ampliar las posibilidades para conseguir la impunidad, incentivándose al sujeto activo para que desista de su propósito, con la enorme ventaja de que pueda quedar exento de pena, o como mucho, con la imposición de la pena atenuada⁶⁰. Otra posible lectura sería considerar la denuncia como una condición suspensiva penal del tipo, que en el momento en que se diese, retrotraería los cómputos al momento de la sustracción.

Por otro lado, la referencia a la denuncia no puede interpretarse en el sentido de que estamos ante un delito de los que sólo son perseguibles a instancia de parte. El fundamento más demoledor es la presencia de víctimas menores de edad en este delito, de lo que se deriva la presumible legitimación del Ministerio Fiscal.

Finalmente, parece que el legislador estaba pensando más en el momento de presentación de la denuncia, que en el de su admisión⁶¹.

7. OTRAS CONSIDERACIONES

7.1. PENALIDAD Y CONCURSOS

El tipo básico recoge una pena de **prisión de dos a cuatro años**, así como de **cuatro a diez años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad**. Estas sanciones se impondrán en su mitad superior en los casos ya estudiados de modalidad

⁵⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 1220.

⁶⁰ La doctrina, en consonancia con la práctica judicial, ha señalado que la referencia a un plazo desde la presentación de la denuncia “puede dar lugar a situaciones en las cuales la comunicación del paradero del menor se produzca con anterioridad a la denuncia, en estos casos entendemos que a pesar del tenor legal que indica dicha comunicación debe hacerse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, es decir, a partir de que se haya producido la denuncia, entendemos que a comunicación previa convalida dicha exigencia, así como la voluntad de entrega inmediata del menor y su efectiva entrega, la cual no debe producirse dentro de dicho plazo legal” (PRATS CANUT). Según el parecer de DÍEZ RIPOLLÉS, “el período en el que los sustractores podrán ampararse en la excusa absolutoria se prolongará indefinidamente en el tiempo mientras no se tenga noticia de la sustracción ni exista la correspondiente denuncia”, con lo que parece rechazar que la denuncia tenga un carácter ineludible.

⁶¹ Vid. GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 27, aun cuando algún autor, como DÍEZ RIPOLLÉS, se ha desmarcado de esta afirmación al considerar que la admisión permite una mínima actividad probatoria para descartar supuestos manifiestamente falsos.

agravada o se reducirán a la pena de prisión de seis meses a dos años en el supuesto del tipo privilegiado.

Estas penas tan elevadas, incluso superiores, como ya se ha mencionado, a las del abandono de menores, han sido justificadas en la medida en que el art. 225 bis del CP ya contempla la desobediencia en la configuración del delito.

No obstante, no habría inconveniente en apreciar un **concurso de delitos** en aquellas sustracciones en las que se produzcan lesiones, ataques a la libertad sexual e integridad moral⁶².

Aun así hay algunos autores, como DÍEZ RIPOLLES⁶³, que consideran que los malos tratos, detenciones, coacciones y amenazas de escasa entidad realizadas con el propósito final de que el menor acompañe al sustractor, darían lugar a un **concurso de leyes**.

Finalmente, la reforma del Código Civil que suprimió la referencia a la posibilidad de que los padres corrijan razonada y moderadamente a sus hijos, y que ahora expresa en el art. 154.1 que “*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a su integridad física y psicológica*”, ha suscitado algunas dudas acerca de si esta conducta quedaría subsumida en la de sustracción, consideración más que razonable debido a la gravedad del precepto y al quebrantamiento de la patria potestad en la misma conducta típica⁶⁴.

7.2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Es evidente que una sustracción interparental de menores produce daños materiales y morales, que deben ser pericialmente apreciados, tanto para el menor como para el progenitor custodio. Por tanto, este último puede perfectamente reclamar daños y perjuicios tanto por el daño emergente como por el lucro cesante⁶⁵.

Además, en ocasiones en las que en el seno de un procedimiento de modificación de una sentencia, consecuencia de un anterior procedimiento de separación o divorcio, se cometa este delito, el Juez debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, existiendo una cuestión prejudicial penal⁶⁶ que suspendería el procedimiento civil hasta su resolución⁶⁷.

⁶² Vid. GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 30.

⁶³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, ob. cit., págs. 1222 y ss.

⁶⁴ No obstante, no parece descabellado el argumento que siguen algunos autores, como el citado GARCÍA PÉREZ, al afirmar que “*no resulta fácil entender por qué si para un fin lícito, la corrección, los padres se extralimitan con unos malos tratos, resultarán en todo caso castigados por este ataque y no, en cambio, cuando lo mismo se hace para un fin ilícito que normalmente no conlleva este tipo de conductas*”. Vid. GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, ob. cit., pág. 30.

⁶⁵ Vid. ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, ob. cit., págs. 55-57.

⁶⁶ Artículo 40.1 de la LEC, prejudicialidad penal: “*Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante*

8. BREVE CRÍTICA

La práctica judicial española en este ámbito generaba enorme indefensión para todas las víctimas e incluso engendró responsabilidad internacional del Estado español, al colisionar con el artículo 8 CEDH⁶⁸ (Apartado 61 de la STEDH, de 29 de abril de 2003). España, por tanto, fue condenada por vulneración de este artículo, constituyendo el derecho a la vida familiar la razón singular⁶⁹.

La consecuente alarma social hizo aparecer la citada Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que se constituye como un intento legislativo de establecer un tratamiento legislativo uniforme con suficiente conexión entre las legislaciones civiles y penales en cuanto a las consecuencias finales de las conductas ilícitas.

Sin embargo, esta teórica innovación de Ley Orgánica cubre una conducta que realmente ya venía siendo recogida en la normativa penal mediante los delitos de detención ilegal y desobediencia grave a la autoridad judicial, mientras que en la normativa civil se incluía también la previsión de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en supuestos tan graves como éstos (art. 170 CC⁷⁰)⁷¹.

Por estos motivos, se ha sostenido que hubiese sido suficiente la realización de una actuación jurisdiccional contundente de las normas legales entonces en vigor (incluyendo, por supuesto, las internacionales incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico), una conducta casacional del Tribunal Supremo y una actitud de efectiva tutela de los Derechos Fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

No deja de llamar la atención que en virtud de la cantidad de instrumentos internacionales que existen al respecto, ni uno de ellos sea ni siquiera citado en la Exposición de Motivos, de tal manera que parece transmitirse el mensaje de que se

providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal”.

⁶⁷ Vid. ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, ob. cit., pág. 58.

⁶⁸ Dispone este precepto que “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁶⁹ THOMAS MULET, “La sustracción de menores en el ámbito de la vida familiar: perspectiva desde el Derecho Internacional y la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Especial consideración a la Sentencia del TEDH de 29-04-2003)”, en *Memoria de Investigación doctoral*, pág. 63.

⁷⁰ “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

⁷¹ THOMAS MULET, *Memoria de Investigación doctoral*, ob. cit, pág. 67.

prescinde totalmente del contexto legislativo internacional presente en nuestro propio ordenamiento jurídico, que sin duda, es de capital importancia⁷².

Con base en los argumentos expuestos, puede que la actitud benevolente del legislador no haya obtenido la equivalente necesidad práctica que se pretendía obtener. En conclusión, una de las fundamentales claves de este tipo de procesos, al margen de estas consideraciones, es que se resuelvan en el tiempo de manera rápida y eficaz⁷³, ya que la demora juega especialmente aquí un papel irreversible.

⁷² THOMAS MULET, *Memoria de Investigación doctoral, ob. cit.*, págs. 67-68.

⁷³ Esta necesidad se ha puesto aún más de manifiesto en el ámbito internacional. Así lo expresa la sentencia de 4 de diciembre 2012 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Özmen contra Turquía, al lamentarse de que *“el Tribunal no sea capaz de resolver este tipo de casos más rápido y estimamos necesario encontrar una solución a esta situación insostenible, que resulta, entre otras cosas de la falta de armonización entre los diversos instrumentos internacionales pertinentes. Teniendo en cuenta los diferentes objetivos y responsabilidades de los diversos instrumentos internacionales, no existen suficientes indicaciones que expliquen cómo combinar las consideraciones derivadas de la obligación suprema de proteger los intereses del menor con los otros factores relevantes”*.

BIBLIOGRAFÍA

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (COORD.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, págs. 115-155.

ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, Zaragoza, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2004.

EVA DALLO y BERTA GONZÁLEZ DE VEGA, “Secuestro por encargo de hijos de padres peleados”, en *Diario el mundo*, Crónica, Publicación del 10/11/2013, (<http://www.elmundo.es/cronica/2013/11/10/527e88ae63fd3d7f3d8b4576.html>).

GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, en *Revista InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (www.indret.com), Universidad de Málaga, Barcelona 2010.

GONZÁLEZ RUS, “Comentarios al art. 225 bis”, *Derecho penal español Parte Especial*, coord. COBO DEL ROSAL, 2ª ed., 2005.

GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial*, coord. COBO DEL ROSAL, 2ª ed., 2005.

GONZALO JOSÉ CAMARERO GONZÁLEZ, “La sustracción de menores en Europa Occidental, un estudio de Derecho Comparado”, en *Dialnet*, Boletín núms. 2076-77-Págs. 11-55

GUARDIOLA GARCÍA, “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”, en *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, dir. LLORIA GARCÍA, editorial Iustel, 1ª ed., 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios”, <http://www.ine.es/prensa/np800.pdf>, (última actualización: 26 de septiembre de 2013).

LLORIA GARCÍA, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, 1ªed., 2006.

MUÑOZ CONDE, “Comentario al artículo 225 bis”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Valencia 2009.

MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 8ª ed., 2010.

PRATS CANUT, “Comentario al artículo 225 bis”, *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, editorial Aranzadi, 3ª ed., 2004.

RUIZ ANTÓN, “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, en *Dialnet*, Anuario de la Facultad de Derecho, págs. 147-167.

THOMAS MULET, “La sustracción de menores en el ámbito de la vida familiar: perspectiva desde el Derecho Internacional y la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Especial consideración a la Sentencia del TEDH de 29-04-2003)”, en *Memoria de Investigación doctoral*, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Internacional Privado, Universitat de les Illes Balears, 2006.

TORRES ROSSELL, “Comentario al artículo 225 bis”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, editorial Aranzadi, 9^e edición.