

EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES: ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

José Miguel de la Rosa Cortina
Fiscal. Juez excedente. Doctor en Derecho.

Actividad: "Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales", del 21 al 23 de junio de 2017.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1.1 Introducción 1.2 Evolución 2. El tipo de sustracción 2.1 Concepto legal 2.2 Bien jurídico protegido 2.3 Sujeto activo 2.3.1 Consideraciones generales 2.3.2 Sujetos activos extensivos 2.3.3 Participación del *extraneus* 2.3.3.1 Ideas generales 2.3.3.2 Aplicación al tipo del art. 225 bis 2.4 Sujeto pasivo 2.5 Antijuridicidad 2.6 Tipo objetivo 2.6.1 Traslado 2.6.2 Retención 2.7 Tipo subjetivo 2.8 Carácter público del delito 2.9 Subtipos agravados 2.9.1 Ideas generales 2.9.2 La sustracción internacional 2.9.3 Imposición de condiciones 2.10 Supuestos de tratamiento privilegiado 2.10.1 Excusa absolutoria 2.10.2 Tipo atenuado 2.11 Causas de justificación 2.12 Formas imperfectas de ejecución 2.13 Principio de intervención mínima: operatividad 2.14 Concursos con otros delitos. 2.14.1 Amenazas 2.14.2 Desobediencia 2.14.3 Detención ilegal 2.14.4 Quebrantamiento de medida cautelar 2.14.5 Inducción a incumplir el régimen de guarda 2.15 Penalidad: la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad 2.16 Circunstancias modificativas 2.17 Posibilidad de aplicar la continuidad delictiva 2.18 Cuestiones relativas a la responsabilidad civil. 3. Algunas cuestiones civiles con relevancia penal: 3.1. Decisión sobre la residencia del menor 3.2 La decisión sobre la residencia como parte integrante de la patria potestad 3.3 Criterios para decidir sobre el cambio de residencia del menor 3.4 Salidas del territorio nacional sin cambio de residencia

Resumen: se aborda en la ponencia el tipo de sustracción de menores, analizando el bien jurídico protegido, el sujeto activo, la participación del *extraneus*, el sujeto pasivo, la antijuridicidad, los tipos objetivo y subjetivo, los subtipos agravados, los supuestos de tratamiento privilegiado y los concursos con otros delitos. Se analizan igualmente algunas cuestiones civiles con relevancia penal. Se presta especial atención a las últimas resoluciones recaídas en la materia.

1.1 Introducción

La sustracción de un menor por parte de uno de sus progenitores quebrantando la custodia ejercida por o atribuida al otro progenitor es una acción contraria a Derecho, antijurídica. El que a esa nota genérica de antijuridicidad se le adicione la tipicidad penal es una cuestión a decidir por el Legislador, atendiendo a criterios de política criminal. Tal decisión, en todo caso debe respetar los principios de fragmentariedad, intervención mínima y *última ratio* que deben presidir todo Derecho Penal civilizado.

La sustracción de menores desde la perspectiva penal, puede subdividirse en sustracción interna y sustracción internacional¹.

Respecto de la sustracción interna, puede decirse que su potencial lesivo es reducido, pues los propios mecanismos policiales y procesales civiles son suficientes para prácticamente asegurar que la misma no se va a perpetuar en el tiempo².

¹ Así se ha expuesto cómo “el tipo penal incluye tanto el hecho de que el menor se mantenga retenido ilícitamente dentro del territorio nacional sin traspasar sus fronteras, como el traslado a otro país. La diferencia entre ambos supuestos es, sin embargo, puramente cuantitativa, sancionándose en el primer caso con prisión de dos a cuatro años, e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años, y en el segundo, es decir, cuando se produce el traslado del menor a otro país con misma pero incrementada la pena en su mitad superior” MONTÓN GARCÍA, Mar “La Sustracción de Menores por sus propios padres”. Tirant Lo Blanch, 2003

² O como refiere STERN BRIONES “la legislación interna se presenta como suficiente para remediarlo, al otorgar medios tanto a los Tribunales civiles como a los penales para su inmediata restitución o para imponer al progenitor renuente un régimen de visitas por medios coactivos. Además, nadie que secuestra a un niño para llevarlo de un domicilio a otro dentro del mismo país, tiene la idea de lograr modificar con

Respecto de la sustracción internacional, los convenios en los que España es parte, no imponen, pero tampoco prohíben, que además del tratamiento civil pueda preverse una reacción penal contra este tipo de conductas³.

Los argumentos en pro y en contra de la criminalización son de peso. El principal argumento contra la criminalización es la de que puede ser perturbadora para lograr el objetivo básico de la normativa civil, que no es otro que lograr el retorno del menor a su residencia habitual, especialmente cuando el desplazamiento es transfronterizo. El argumento a favor de la tipificación es el de que contribuirá normalmente a facilitar su localización.⁴ Sin embargo, en relación con este último punto, se plantea otro inconveniente: la criminalización introduce el riesgo de la “huida hacia delante”, esto es, que el sustractor se esconda con el menor en lugares aún más alejados para evitar la respuesta penal, emprendiendo un camino de no retorno y, en definitiva, perpetuando la situación antijurídica.

Existe un amplio sector doctrinal que postula el tratamiento exclusivamente civil⁵ y que cuestiona la opción penal, entendiéndola como una manifestación más del denostado Derecho Penal simbólico⁶.

El Legislador en 2002 ha optado por la tipificación. Pese a ello, no puede decirse que el debate haya concluido. Las voces críticas aún se dejan oír, considerando que la experiencia aplicativa del tipo no ha sido efectiva, no habiendo provocado efectos

ello la resolución judicial recaída sobre el domicilio del menor de forma que piense que le va a ser atribuida la guarda y custodia al secuestrador por el hecho de que se ha llevado al niño por la fuerza y con absoluto desprecio a las normas jurídicas, o que va a conseguir de este modo ampliar su régimen de visitas, o que el sistema permanecerá aquietado otorgando al menor su benéfico con la nueva residencia”. STERN BRIONES, Enrique “La sustracción internacional de menores” Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Edición electrónica. pag. 15

³ En el mismo sentido, GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” Ed. Dyckinson pag. 118

⁴ Algún autor se pregunta si la criminalización es “necesaria conforme a los principios que rigen la intervención penal, o si por el contrario, integra una muestra más del uso simbólico del Derecho penal.” Vid. PÉREZ VERA, Elisa “Conferencia de la Haya de derecho internacional privado: cuarta reunión de la comisión especial sobre la aplicación del convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001) Revista Española de Derecho Internacional - Núm. LIII-1/2, Enero 2001 pag. 6

⁵ Para MORENO GARCÍA “la solución penal es generalmente rechazada, y se descartaron tanto en el Convenio de La Haya como en el de Luxemburgo, de manera que la limitación a los aspectos civiles del desplazamiento internacional de menores ha sido una postura apoyada por la doctrina española más relevante, que ve en el tratamiento civil el mejor cauce para la resolución de los problemas que se suscitan en la esfera familiar. Se considera que llegar a extremos penales manifiesta una evidente deficiencia en los cauces jurídicos civiles; no tiene en cuenta el interés del menor, y no soluciona el problema de fondo en cuanto al debido respeto a las decisiones judiciales sobre la custodia del menor, fuera de las fronteras dentro de las que se dictaron” MORENO GARCÍA, Ricardo “Cooperación penal internacional en el ámbito de la sustracción de menores”. Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Edición electrónica.

⁶ TORRES FERNANDEZ, María Elena “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia” (I) Diario La Ley nº 5857 Esta misma autora, en “Comentarios al...”, op. cit. pag. 853 considera que “en este marco de conflicto de pareja por la custodia de los hijos, la intervención mediante la amenaza de pena o su efectiva imposición lejos de servir a resolver los conflictos, va a enconar aún más la situación entre las partes, convirtiendo la posibilidad de recurrir a un proceso penal y sus consecuencias en un arma más a utilizar al servicio de sus intereses particulares, en los que en no pocas ocasiones, el hijo es usado para saldar los agravios de pareja.

preventivo generales ni un descenso en el número de sustracciones⁷.

Es importante tener claro que aunque la terminología del tipo penal que en nuestro país sanciona esta conducta bebe de la utilizada por el Convenio de La Haya de 1980, la extensión del tipo no puede ni debe cubrir todos los supuestos tutelados por el Convenio. La tutela penal debe ser mucho más restringida, conforme al principio de intervención mínima, como iremos examinando al analizar los distintos elementos del tipo⁸. Ésta orientación es la que con vacilaciones ha seguido la doctrina y decididamente ha consolidado la jurisprudencia menor.

En este sentido, para la SAP Tarragona, secc. 2ª, nº 334/2014, de 18 de julio⁹ solamente son punibles las conductas que lesionen el bien jurídico protegido, “partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia (...) la pena prevista en el art. 225 bis (prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad de cuatro a diez años) puede ser desproporcionada y, por tanto, incompatible con la persecución indiscriminada de cualquier desavenencia surgida en el curso de una separación matrimonial o de una unión de hecho. La pena nos indica que solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales”.

1.2 Evolución

Suele señalarse como origen de la punición de la sustracción de menores el Código Penal de 1822, en el que se castigaba el raptó de niños impúberes, y el robo de menores

⁷ ALONSO CARVAJAL, Adolfo “Los aspectos penales” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA et al “La sustracción interparental de menores DYKINSON, 2005 pag. 119

⁸ En este punto es sumamente esclarecedor el AAP Tarragona, sec. 2ª, de 28 de noviembre de 2003, rec. 763/2003. Pte: Casas Cobo, Pedro Antonio: “debe tenerse en cuenta que la finalidad del Convenio es la cooperación judicial en materia civil y, concretamente, el retorno del menor al país de su residencia habitual... el Convenio de la Haya no impone un determinado marco punitivo ni puede definir, por su carácter civil, los límites del ilícito penal; porque el Derecho penal puede o no perseguir los ilícitos civiles; aunque el Convenio sirve para comprender la finalidad de la reforma del Código Penal... los tratados internacionales prevén el traslado ilícito incluso sin contravención de resoluciones judiciales, ya que puede estar dirigido precisamente a neutralizar la futura y previsible solución jurisdiccional del conflicto. Sin perder de vista la necesidad de una solución jurisdiccional, la Exposición de Motivos de la L.O. de 10-12-2002 nos proporciona una interpretación auténtica y teleológica del precepto: “en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”... Partiendo de esta explicación, sería factible entender que el progenitor con quien el menor convive habitualmente (art. 225.2.1º C.P.), es aquél a quien estuviera atribuida legalmente su custodia... En conclusión, no puede soslayarse que, cuando menos, la antijuridicidad debe estar conectada con la eficacia de la resolución judicial que ha sido pronunciada o que puede dictarse en el futuro, en relación con una tendencia subjetiva dolosa de apartar definitivamente al otro progenitor, excluyéndole persistentemente del ejercicio de los derechos y deberes paterno-filiales. Desde esta perspectiva y bajando, por fin, al supuesto que nos ocupa, no hay motivo para seguir la investigación del delito previsto en el art. 225 bis C.P... Efectivamente, no hay resolución judicial que establezca mejor derecho de uno o de otro progenitor a tener en su compañía a la menor.

⁹ Pte: Uceda Sales, Sara

sometidos a la patria potestad o tutela. Con posterioridad el Código Penal de 1848 introdujo un tipo que sancionaba la sustracción de un menor de 7 años sin hacer distinciones en cuanto al parentesco con el sujeto activo.

El Código Penal de 1973 regulaba el delito de sustracción de menores en sus arts. 484 y 485. El art. 484 establecía que: "la sustracción de un menor de siete años será castigado con la pena de presidio mayor" y el art. 485 sancionaba al que "hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión mayor". Estos dos delitos se ubicaban dentro del Tít. XII "Delitos contra la libertad y seguridad de las personas"

Tales disposiciones no eran susceptibles de sancionar la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos¹⁰.

Por último, el CP 1995 pasó a sancionar la sustracción de menores en diferentes tipos, especialmente en las figuras de detenciones y tráfico de menores¹¹ En efecto, dentro del Título XII CP, "Delitos contra las relaciones familiares", se contenía el capítulo III "Delitos contra los derechos y deberes familiares", que a su vez abarcaba la sección primera "Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de los menores al abandono del domicilio" en la que se ubicaban los arts. 223, 224, y 225.

El art. 223 sancionaba al que "teniendo a su cargo la custodia de un menor o incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos", sancionándolo con la pena de prisión de seis meses a dos años, salvo que los hechos constituyeran otro delito más grave.

Como ocurría en el sistema del CP 1973, de nuevo difícilmente podía subsumirse en esta figura la sustracción de un menor por su propio progenitor¹²

El Defensor del Pueblo, en su Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre¹³, sobre

¹⁰ Se ha mantenido que "de facto, los Tribunales comprensivos desde la aplicación legislativa, entendían que el menor de siete años sustraído por un progenitor, al menos con carácter general, ni sufría en su libertad (siete años) ni en su seguridad por cuanto que las actividades enjuiciadas, repetimos, generalmente, lo eran por un exceso en sus relaciones matrimoniales pero nunca con intención de dañar la seguridad del menor. Por ello, se incardinaban tales conductas en el delito de desobediencia a la autoridad judicial". PÉREZ DE LOS COBOS Y ESPARZA, José Luis "La sustracción de menores conforme a la nueva Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre" El Derecho Editores Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº 21, 1 de febrero de 2003 pag. 3

¹¹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis "El nuevo delito de sustracción parental de menores". Artículo publicado en los Estudios Homenaje al Profesor Ruiz Antón. Tirant Lo blanch 2004

¹² Así se ha señalado que la jurisprudencia del TS ya en relación con el alcance del antiguo art. 484 CP derogado, que sancionaba la sustracción de menores venía admitiendo que también abarcaba la realizada por los progenitores una vez suspendida la convivencia familiar, pero la doctrina, con sensibilidad hacia los caos en que los padres se mueven a impulso de una generosa, instintiva y natural atracción hacia sus hijos, ha venido propugnando una especial atenuación por razón de la alteza y dignidad de los móviles e incluso llega a excluir tales conductas del aludido precepto penal (SSTS 15 de marzo de 1983 y 5 de julio de 1993) SAAVEDRA RUIZ, Juan, en CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir) Comentarios al Código Penal. Tomo III Editorial Bosch, 2007, pag. 1671

¹³ Expediente Q9900610. Ara 3/JCC

sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores¹⁴ propuso al Ministerio de Justicia las siguientes iniciativas: “que se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición. Al tiempo que tal reforma permitirá conocer con mayor certeza el número de casos que se producen”.

Haciéndose eco de tales recomendaciones, la actual tipificación penal de la sustracción internacional de menores tiene como antecedente inmediato la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en fecha 24 de abril de 2000 y la del Grupo Popular de 9 de junio de 2000, que fueron unificadas en la Proposición de 11 de junio de 2001. Finalmente se alcanzó un consenso entre todos los grupos políticos con representación parlamentaria¹⁵.

Los nuevos tipos penales de secuestro parental se ubicaron en una rúbrica de nueva creación bajo la denominación “De la sustracción de menores”, que da nombre a la nueva Sección Segunda del Capítulo III sobre “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, dentro del Título XII de “Delitos contra las relaciones familiares”¹⁶.

La justificación de la tipificación de estas conductas hunde sus raíces en una pluralidad de causas, como pueden ser las del incremento del número de casos, la mayor sensibilización por la necesidad de proteger los derechos del niño, en este caso del derecho a relacionarse con ambos progenitores, el impacto y alarma social que este tipo de hechos genera, las dificultades de resolución en muchos casos en la vía civil y la presión de las asociaciones que defienden a los progenitores afectados.

Con la introducción de estos tipos por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, *de modificación de la LO 10/1995, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores* se ha creado una forma específica de desobediencia, tipo al que antes de la reforma se acudía habitualmente para evitar la impunidad en los casos más flagrantes¹⁷.

La Exposición de Motivos de la LO 9/2002 señala en este sentido que “el CP de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o

¹⁴ BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 69, pág. 51.

¹⁵ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior nº 601, 24 de octubre de 2002 pags 19600-19602, en el que se refleja cómo se aprobaron por unanimidad las enmiendas transaccionales firmadas por todos los grupos.

¹⁶ En relación con esta ubicación sistemática se ha considerado que es correcta “pues para cada uno de los miembros de la pareja, que ha reconocido un hijo y que no conviven juntos, surge un deber de respetar el derecho del hijo a mantener contacto personal con el otro miembro, pues ambos, como titulares del derecho de patria potestad de los hijos comunes deben ejercerla en beneficio de los hijos... un aspecto del beneficio de los hijos se expresa en el interés del menor de edad en su formación como persona, lo que, a su vez, exige la compañía, el cuidado y el afecto tanto del padre como de la madre...” TORRES FERNANDEZ, María Elena, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir) “Comentarios al Código Penal. Parte especial” (tomo VII) Edersa, Madrid, 2004 pag. 856

¹⁷ Vid. ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela. “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica” CGPJ Manuales de formación continuada 25/2004. Pags 131 a 181

incapacidad. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”

La LO 9/2002 además de introducir el art. 225 bis añade un nuevo párrafo al art. 224 CP tipificando la conducta del “progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa” y además modifica la falta del art. 622 CP para castigar venialmente a “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” .

Tras la entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se tipificó penalmente el simple incumplimiento por el progenitor titular de la guarda y custodia del menor del derecho de visita atribuido al otro progenitor¹⁸, al añadirse al art. 618 CP un número 2 , que castigaba con multa o trabajos en beneficio de la comunidad al que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial cuando la conducta no constituya delito. La Exposición de Motivos de la reforma, en su apartado III d), explicaba cómo la misma incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones. La LO 15/2003, con la modificación del art. 618.2 CP, claramente pretendía incluir el incumplimiento del régimen de visitas, con el evidente objetivo de poner fin a las dudas y vacilaciones de doctrina y jurisprudencia.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 se suprime tanto la falta del art. 622 como la del art. 618.2 CP. Las consecuencias de esta supresión puede que no sean tan positivas como se ha tratado de argumentar, si se repara en que son frecuentes las resoluciones que, excluyendo la aplicación del art. 225 bis, aplicaban uno u otro precepto venial, sobre la base de que si bien la conducta enjuiciada no merecía un reproche tan grave como el previsto en el art. 225 bis, si que era merecedora de una respuesta penal. En definitiva, se deja al Juzgador sin salidas alternativas para estos supuestos: o se castiga por el delito de sustracción o se deja la conducta impune. En efecto, con anterioridad a la reforma, en numerosas ocasiones una salida intermedia a estos conflictos era absolver por el delito y condenar por la falta del art. 618 o del 622 CP. En este sentido es paradigmática la SAP Albacete, secc. 1ª nº 162/2010, de 15 de noviembre¹⁹ .

En esta línea, GONZALEZ NAVARRO resaltaba la trascendencia de la falta del art. 622 CP²⁰ y ya se han alzado voces que denuncian la desaparición de las faltas

¹⁸ Así para la SAP Las Palmas, sec. 6ª nº 215/2007, de 25 de septiembre. Pte: Morillo Ballesteros, Mª Oliva “en la amplia expresión obligaciones familiares puede entenderse incluido el respeto por el progenitor encargado de la custodia del menor del régimen de comunicación con el otro progenitor, que es una obligación familiar, en cuanto establecida no tanto en interés del progenitor apartado de la convivencia cuanto del propio menor”.

¹⁹Pte: Salinas Verdeguer, Eduardo

²⁰ Para este autor “gran parte de los juicios de faltas que periódicamente celebramos en nuestros Juzgados presentan en nuestra actividad jurisdiccional un carácter de levedad, plenamente acorde con la levedad de

relacionadas con el régimen de visitas del art. 618.2 CP²¹.

Ejemplo de lo anterior es el AAP Madrid, secc. 4ª nº 169/2008, de 5 de marzo²², que declara que “no deben confundirse las conductas que castiga el delito del art.225 bis CP con aquellas otras encaminadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, sustituyéndolo por aquel que interesa o conviene más a los intereses del autor de la conducta, pues es claro que en este caso no se produce la lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual, sino simplemente el régimen de visitas, lo que debe incardinarse en la falta del art.622 del mismo texto”.

El AAP Cantabria, secc. 3ª, nº 166/2012, de 22 de marzo²³ en este mismo sentido, tras confirmar el sobreseimiento por no existir resolución judicial declara que “sin embargo, eso no quiere decir que los hechos sean atípicos penalmente. Sin que sirva de perjuicio, y en base a los indicios derivados de la instrucción, lo que es evidente es que la denunciada se fue a Colombia sin que conste acreditado que pusiera tal hecho en conocimiento del padre del menor, y que ha estado en ese país varios meses, tiempo en el que su padre ha visto cercenado su derecho de visitas y en el que el niño no ha podido estar con aquél cuando le correspondía. Los hechos pudieran ser constitutivos de una falta del artículo 622 del Código Penal, por lo que procederá convertir el procedimiento en Juicio de Faltas (artículo 779.1, regla 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y proceder a la celebración del mismo”.

Del mismo modo, la SAP Zaragoza, secc. 3ª, nº 102/2013, de 14 de mayo²⁴, declara que “dada la entidad de las penas, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial. Tanto la redacción de este segundo apartado,

la infracción. Sólo algún caso de violencia doméstica, incumplimiento de régimen de visitas, según el nuevo art. 622 del Código Penal, en la redacción dada por la LO 9/2002 de 10 de diciembre, alguna infracción patrimonial, o las imprudencias del art. 621, ofrecen perfiles jurídicos más atractivos, aunque pienso que no por aplicación de principios penales, sino por su carácter civil subyacente” GONZALEZ NAVARRO, Blas Alberto “El juicio de faltas tras la ley de los juicios rápidos” Diario La Ley AÑO XXIV. Número 5790. Miércoles, 28 de mayo de 2003.

²¹ “Solamente la desaparición de las faltas de injurias y vejaciones entre personas no unidas por lazos de convivencia de entre los definidos en el art. 173.2 del CP y las relacionadas con el régimen de visitas a que se refería el art. 618.2, va a generar preocupantes consecuencias a corto o medio plazo. Las primeras ni siquiera contarán con el respaldo de una posible infracción administrativa en materia de seguridad ciudadana; por lo que, a salvo lo que puedan establecer ordenanzas municipales, y siempre dentro del campo de su competencia normativa, generarán espacios de preocupante impunidad que podrían dar paso, ante la inexistencia de una respuesta jurídica, a preocupantes soluciones autocompositivas más drásticas. Las segundas obligarán a los progenitores no custodios a acudir a interminables y costosos trámites de ejecución de medidas reguladoras en detrimento del natural derecho de todo descendiente a tener vínculos personales y afectivos con sus progenitores” RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales Diario La Ley 22 de abril de 2015

²²Pte: Molina Marín, Josefina

²³ Pte: Alonso Roca, Agustín

²⁴Pte: Ruiz Ramo, José

como el propio significado de la palabra sustracción, no caben cuando se trate de actuaciones temporales -que podría ser el supuesto de la infracción leve de falta-, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que existe la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un periodo razonable...”

Como pauta exegética de primer orden debe tenerse presente el interés del menor, que debe tamizar la aplicación de los distintos tipos penales y que puede detectarse subyacente en toda la regulación.²⁵

2. El tipo de sustracción

2.1 Concepto legal:

El apartado primero del art. 225 bis dispone que *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.*

El apartado segundo de este precepto da un concepto legal de la sustracción, considerando como tal:

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

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

Deben distinguirse, pues, dos modalidades: 1) el traslado del menor de su lugar de residencia habitual sin el consentimiento del progenitor con quien conviva o de la persona o institución a la que se hubiera encomendado la guarda.

El consentimiento se integra en la estructura del tipo, de modo que si el progenitor custodio asiente, la conducta deviene atípica.²⁶

La referencia a *las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia* incluye los supuestos de asunción de la tutela por la Entidad Pública de Protección de Menores con la constitución bien de un acogimiento residencial (internamiento en centro de protección del menor desamparado), bien de un acogimiento familiar. También cabría incluir los supuestos excepcionales en los que se

²⁵ Como se ha dicho la LO 9/2002 “intentó poner orden en el complejo universo de las relaciones familiares en crisis, en las que los menores son utilizados con inaudita irresponsabilidad de progenitores...como moneda de cambio o presión, prescindiendo de su bienestar, que debe ser la ratio civis, la ratio legis y la ratio iudicis; imposible de asegurar la primera, las dos siguientes no siempre alcanzan el estándar exigible en la actuación de un poder del Estado” QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. “Derecho penal español. Parte especial” Quinta edición. Atelier, 2008 pag. 351

²⁶ Ello ha llevado a PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 601 a afirmar que se pone el acento “no en la tutela de los derechos del menor, sino que se decanta claramente a favor de la tutela de los derechos del titular de la custodia o guarda del hijo menor, toda vez que lo relevante de la conducta de traslado es que concurra o no consentimiento”

constituye la tutela ordinaria pese a continuar los padres siendo titulares de la patria potestad. No parece que pueda incluirse los supuestos de constitución de guarda administrativa a petición de los progenitores, pues estas medidas de protección se caracterizan precisamente por la nota de su voluntariedad.

Son relativamente frecuentes las condenas a padres que retiran a sus hijos de las instituciones de protección incumpliendo la resolución administrativa. En este sentido puede citarse la SAP Álava, secc. 2ª nº 286/2013, de 11 de septiembre²⁷: “en relación a que Lázaro no ha reintegrado aún al centro de acogida a su hijo, que el menor por voluntad de su padre, no ha vuelto al Centro de Acogida y Urgencia Bosco Etxea, a pesar de haber sido requerido el acusado para ello, habiéndose consolidado el cambio de su lugar de residencia sin contar con el consentimiento del Consejo del Menor, basta por el momento con decir, por un lado, que el propio hijo ha manifestado que se ha quedado con su padre, y, por otro, que no estando en presencia de un delito de desobediencia "strictu sensu", no es necesario ni requerimiento expreso para el cumplimiento de la resolución, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del incumplimiento, bastando con que se tenga conocimiento de la resolución, en este caso administrativa, y se efectúe la conducta típica, resultando la notificación de la resolución, tal y como ya hemos indicado, reconocida y aceptada (...) no estando en presencia de un delito de desobediencia "strictu sensu", no es necesario ni requerimiento expreso para el cumplimiento de la resolución, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del incumplimiento, bastando con que se tenga conocimiento de la resolución, en este caso administrativa, y se efectúe la conducta típica, y la notificación de la resolución del Consejo del Menor está reconocida y aceptada”.

Este supuesto es analizado por la SAP Barcelona, secc. 8ª, nº 47/2012, de 13 de enero²⁸ tales testimonios resultaron de todo punto reveladores de la presencia de ánimo con la que actuaron los dos acusados, concedores como eran de la resolución previa dictada por la DGAI y puesta en su conocimiento el día anterior a estos hechos, por la que se les retiraba la custodia y se asignaba ésta a la referida institución pública (...) aun cuando en aquella diligencia se hubiere negado a consignar su firma el destinatario del acto notificado, el aquí acusado; pero es que si de aquella formalidad en la práctica de la notificación pudiere quedar alguna reserva sobre el efectivo conocimiento de la situación que afectaba a los acusados en relación con sus dos hijas menores, la reserva se ve despejada con la testifical ofrecida en el juicio con el ya aludido Sr. Luis Alberto, quien aseveró que, in situ y ante la insistencia de los acusados por llevarse a sus dos hijas menores, no solo se les recordó el acuerdo de retirada de la custodia de las dos hijas, tanto por parte de la pediatra como de la neonatóloga, sino que fueron ambos advertidos de que en tales circunstancias no podían llevarse consigo a sus hijas y que si lo hacían podían incurrir en responsabilidades penales, extremo que despreciaron llevándoselas consigo, a pesar de conocer aquella prohibición e incluso las eventuales responsabilidades en que podían incurrir. (...) Y tampoco podrá operar la excusa absoluta que reclama la defensa de la acusada, pues el reintegro de las dos menores a la institución tutelar ocurrió por iniciativa y actuación exclusiva de los Mossos d'Esquadra, sin que ninguna actividad positiva pueda residenciarse en los acusados encaminada a reponer el orden jurídico que ellos mismos, conscientemente, habían alterado al llevarse a su domicilio a las dos hijas menores respecto de las que carecían de

²⁷Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo

²⁸Pte: Barrientos Pacho, Jesús María

potestad para ello”.

En el mismo sentido puede citarse la SAP Zaragoza, secc. 1ª, nº 154/2011, de 5 de mayo²⁹.

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

Cuando no hay sustracción sino retención ya si se exige de forma expresa la preexistencia de una resolución de órgano competente (Juzgados y Tribunales y Entidades Públicas Protectoras de Menores³⁰), ya que en otro caso las exigencias del principio de taxatividad quedarían gravemente lesionadas.³¹

En todo caso el delito exige un incumplimiento grave, no abarcando los supuestos de simples retrasos.³² Este incumplimiento grave es un concepto jurídico indeterminado que ha de evaluarse caso por caso.

2.2 Bien jurídico protegido

En ambas modalidades previstas en el art. 225 bis CP puede detectarse la protección del derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable³³ y a relacionarse con ambos

²⁹ Pte: Areneré Bayo, Julio

³⁰ La Disposición Adicional Única de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre declara que las Entidades Públicas de Protección de Menores mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización.

³¹ Como ha mantenido TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. “en este caso la conducta del tipo exige expresamente la existencia de una resolución judicial o administrativa cuyo contenido dispositivo es vulnerado por la retención del menor, lo que puede tener lugar en el contexto de las medidas provisionales comunes fijadas en los procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial del art. 103 del Código Civil o definitivas de los arts. 90.1, 91 y 92 del Código Civil, cuando existe resolución firme sobre el matrimonio anterior , o bien en los supuestos de separación de hecho las medidas...de los arts. 156.5.º o 159 del Código Civil”

³² Para TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. “para que sea de aplicación el tipo de sustracción en su forma de retención, esto es, de no entrega al titular de la patria potestad con derecho a ejercer en ese momento la facultad de custodia del hijo menor, que le corresponde en los términos fijados en la resolución judicial sobre el régimen de cuidado de los hijos menores de edad, no basta con el simple incumplimiento de un deber establecido en la resolución, sino que ha de ser un incumplimiento grave. Por ello no es suficiente para integrar el tipo el mero retraso en la devolución del menor al otro titular de la potestad sobre él, sino que *es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de sus facultades de custodia, de manera que sea un hecho merecedor de la considerable pena prevista para su realización.*

³³ Para TORRES FERNANDEZ, op. cit. “ el Código Penal ha asumido el criterio que identifica el interés del menor en supuestos de separación de los titulares del derecho de patria potestad, con el de permanecer en un entorno familiar y educativo estable, proporcionado por las personas con las que el niño convive de manera continuada, de manera que los cambios de residencia, y consecuentemente de entorno, vengán decididos en atención a si son convenientes a su interés superior. En ese sentido se trata de proteger al menor de edad de los efectos negativos que puedan derivarse de un cambio injustificado de su entorno habitual en el que se está desarrollando su personalidad. Se prima la estabilidad de los niños mientras no se acuerde legalmente que la guarda debe ser ejercida por otra persona . La plasmación jurídica de ese interés se hace girar, precisamente, sobre el concepto de residencia habitual. Tal concepto es una cuestión de hecho, que habrá de ser apreciada por el aplicador de la norma, sobre la valoración de los vínculos

progenitores de manera normalizada.

En esta línea, la SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 571/2009, de 16 de junio³⁴ considera que “el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del CP es el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para -en supuestos de discrepancia- ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor”.

No obstante, cuando la conducta se dirige contra un menor tutelado por las Entidades Públicas de Protección de Menores, el bien jurídico protegido no será, obviamente, el derecho de éste a relacionarse con sus padres, sino el derecho a recibir la protección legalmente prevista para casos de desamparo.

Quizás de forma más precisa la jurisprudencia menor ha descrito el bien jurídico protegido como “la dignidad de los menores, en particular en cuanto titulares del derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo, lo que incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas”³⁵.

Sin embargo, la mayoría de estas concepciones chocan con el criterio que claramente ha cristalizado en la jurisprudencia menor conforme al que se exige para que pueda concurrir el tipo que exista una resolución atribuyendo la guarda y custodia a una persona determinada y que quien sustraiga o retenga sea el progenitor que carece de guarda. Por tanto, para lesionar el bien jurídico es preciso no solo privar al menor del derecho a relacionarse con ambos progenitores o privar al menor de las medidas de protección adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores sino también hacer tabla rasa de la resolución que asigna la guarda.

En esta línea, para MUÑOZ CONDE se trata más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto de la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores³⁶. Del mismo modo, para PRATS CANUT el

efectivos del menor con un entorno familiar, cultural, educativo, en el que se producen sus relaciones sociales en el curso de su vida normal, y que traducen su pertenencia a una comunidad social y cultural. lo único requerido, para considerar como sustracción de menores el traslado de un menor, es que se realice sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, sin que sea necesaria la existencia de una decisión jurídica de atribución de la custodia a uno de los miembros de la pareja” Vid igualmente TORRES FERNANDEZ, “Comentarios...” , op. cit. pag. 855

³⁴ Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

³⁵ AAP Tarragona, sec. 4ª nº 126/2008, de 18 de marzo Pte: Hernández García, Javier “En fin, lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de "cosificación", de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”.

³⁶ MUÑOZ CONDE op. cit. pag. 327

redactado de este precepto “evoca inevitablemente el delito de desobediencia, toda vez que lo que constituye el núcleo de la infracción radica en el incumplimiento por parte de los progenitores del régimen de custodia legalmente previsto en la resolución civil de separación, nulidad o divorcio.”

En efecto, la conducta del progenitor que antes de que la situación de crisis matrimonial genere una resolución judicial atribuyendo la guarda y custodia, traslada o retiene al hijo modificando su residencia y privándole de relacionarse con el otro progenitor, sería atípica pese a lesionar el que se dice bien jurídico protegido. Por ello –para ser coherentes- hay que adicionar a la lesión al derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores el quebrantamiento de la resolución relativa a la guarda. Desde otra perspectiva, no bastaría la mera desobediencia para hacer nacer el delito: sin perjuicio de castigar la conducta como desobediencia si colma las exigencias jurisprudencialmente decantadas, para que pueda aplicarse el art. 225 bis CP además de quebrantar una resolución es preciso lesionar los derechos de los menores. En esta línea se sitúan algunos pronunciamientos judiciales³⁷ y opiniones doctrinales³⁸.

Por tanto, puede decirse que se protege tanto a los menores, como al derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos y viceversa como a la propia Administración de Justicia, y a las funciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores en cuanto los tipos penales son una subespecie del género desobediencia.³⁹

³⁷ AAP Barcelona, sec. 6ª nº 626/2007, de 27 de diciembre Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores “la LO 9/2002 de 10 de diciembre, que introdujo el art. 225 bis...situaba las conductas castigadas en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera situación de hecho...Es claro que nos encontramos ante un supuesto específico y reforzado de desobediencia, lo que exige la existencia de una decisión judicial que no se obedece, sin que pueda equipararse a esta regulación legal una situación de hecho que se ha producido espontánea y ocasionalmente, por demás, de corta duración.

³⁸ Para PRATS “el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del derecho privado y la vulneración de los mismos debería integrar el núcleo del injusto en estos preceptos. De ello cabe colegir que una interpretación respetuosa con el principio de ofensividad y que se compadezca con la voluntad expresada en la exposición de motivos supone aceptar que el mero incumplimiento del régimen de custodia por parte de uno de los progenitores no es suficiente para cumplir las exigencias del injusto típico, de tal suerte que para ello será necesario que dicho incumplimiento comporte una lesión para derechos concretos del menor, lo cual dotaría de sentido al tipo” PRATS CANUT, Josep Miquel en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (VVAA) “Comentarios a la parte especial de Derecho Penal” Thomson Aranzadi, 7ª edición, 2008 pag. 543. En el mismo sentido PRATS CANUT, Josep Miquel, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (VVAA) “Comentarios al Código Penal” Thomson Aranzadi, 5ª edición, 2008 pag. 597

Para PÉREZ DE LOS COBOS Y ESPARZA, op. cit. pag. 3 “la LO 9/2002, al introducir en el CP el art. 225 bis, tipificando la sustracción de menores cuando los sujetos activos son los progenitores o parientes o ascendientes del progenitor, parece querer tutelar más que la patria potestad, la custodia atribuida por resolución legítima, aunque algunos autores señalan incipientemente por la juventud de la Ley, que el bien jurídico protegido es la patria potestad. También indirectamente se está protegiendo el interés fundamental del menor quien, en principio, se halla depositado por resolución judicial o administrativa en el domicilio adecuado para su desarrollo normal como ser humano junto con el progenitor o institución que, tras un juicio con los derechos constitucionales de contradicción y defensa de las partes, entiende quien resuelve que es el más indicado para el menor en los procedimientos seguidos por separación, divorcio o nulidad matrimonial”.

³⁹ En este sentido SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1671 ha considerado que “La específica mención a la

Las sentencias más recientes siguen estas líneas generales: la SAP Albacete, secc. 1ª n° 162/2010, de 15 de noviembre⁴⁰ declara que “el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar, pues como se ha dicho el precepto se halla sistemáticamente incluido en el Capítulo "De los delitos contra los derechos y deberes familiares". También ampara la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural es un aspecto derivado de los anteriores”.

La SAP Guadalajara, secc. 1ª, n° 28/2009, de 27 de septiembre⁴¹ considera que “el objeto de protección en el art. 225 bis CP (...) es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar. Son fundamentalmente los derechos e intereses de los menores los protegidos, pero la ubicación del precepto permite contemplar los derechos igualmente el resto de personas afectadas por la conducta de que se trate. En todo caso, habrán de deslindarse esos actos "con vocación de permanencia" de aquellas otras conductas encaminadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, sustituyéndolo por aquel que conviene a quien quebranta la resolución jurídica. Para esos supuestos pudieran estar otros tipos penales que no son del caso reseñar”.

La SAP Pontevedra, secc. 5ª, n° 293/2016, de 16 de junio⁴² declara que “el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del CP es el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para -en supuestos de discrepancia-ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor (...)solamente son punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia”.

insuficiencia de la desobediencia genérica para corregir conductas que inciden en el ámbito de la vulneración de la custodia del menor cuando ésta corresponde solamente a un progenitor evidencia que la finalidad de este precepto no es otra que salvar mediante la conminación penal conductas respecto de las que la jurisdicción civil resulta parcialmente eficaz. Por ello desde la perspectiva del bien jurídico protegido, este delito se presente como pluriofensivo, pues atiende no solo a la protección de los menores, sino igualmente a la del progenitor custodio y al propio interés de la Administración de Justicia. De aquí que se trate de un precepto de redacción compleja, con muchos matices, no sólo por cuanto se trata de una materia como se ha señalado muchas veces poco dúctil a la respuesta penal, sino igualmente porque las conductas desplegadas conllevan una clase de dolo ciertamente especial”

⁴⁰Pte: Salinas Verdeguer, Eduardo

⁴¹Pte: Serrano Frías, Isabel

⁴² Pte: Fernández-Rivera González, María Paz

Para la SAP Barcelona, secc. 7ª, nº 501/2011, de 5 de julio⁴³ “el tipo en todo caso, protege además del principio de autoridad, a la dignidad del menor, en cuanto titular del derecho fundamental a la estabilidad familiar que se integra por los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas (artículo 9 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño). En fin, lo que se pretende mediante dichos tipos de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de cosificación o de mera utilización instrumental, de abandono afectivo y personal por aquéllos que tienen la obligación de procurarles cariño y protección”.

El AAP Barcelona, secc. 6ª, nº 826/2011, de 14 de diciembre⁴⁴ declara que “el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres, tanto en caso crisis familiar, como en circunstancias normales, (...) puesto que ampara la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural es un aspecto del bien jurídico protegido derivado de los anteriores”.

Para la SAP Tarragona, secc. 2ª, nº 334/2014, de 18 de julio⁴⁵ “esta norma punitiva tiene origen en la Convención sobre los derechos del niño (...) La Carta Europea de Derechos del niño (...) reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país; al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales. Por ello, de la Carta Europea, en relación con nuestro Derecho positivo, puede extraerse una primera conclusión: el bien jurídico protegido por el art. 225 bis es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar, pues el precepto se halla sistemáticamente incluido en el Capítulo «De los delitos contra los derechos y deberes familiares». Doctrinalmente, también se menciona la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural no es más que un aspecto derivado de los anteriores, por cuanto los cauces jurídicos y procesales atribuirán la guarda y custodia conforme a los intereses del niño, valorando tales circunstancias; lo que puede llevar a separarlo de su ambiente y residencia habitual atendiendo a conveniencias de diversa índole, incluso sin previa crisis familiar, sin que por ello tal situación sea punible. 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. La preocupación social se extiende también a conflictos internos, cuando se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se

⁴³Pte: Alfonso Laso, Daniel de

⁴⁴Pte: Jiménez Jiménez, María Magdalena

⁴⁵ Pte: Uceda Sales, Sara

confía en obtener legalmente, con frustración de las expectativas procesales del otro padre o madre”.

Este tipo no protege la libertad ambulatoria del menor. Si es éste el bien jurídico lesionado habrá de acudir a otros tipos. Los menores maduros no pueden resultar protegidos por este tipo. En estos casos la conducta debe considerarse atípica si no puede subsumirse en los delitos de detención ilegal o inducción al abandono del domicilio.⁴⁶

No es pues, en nuestra opinión, bien jurídico protegido por el tipo ni la libertad ni la seguridad del menor⁴⁷, que no han de ser lesionadas por el secuestro parental. Sin embargo, otros autores prefieren seguir poniendo el acento en la seguridad personal del menor como bien jurídico protegido. Es el caso de DIEZ RIPOLLÉS⁴⁸ Y GONZÁLEZ RUS.⁴⁹

⁴⁶ En este sentido se ha considerado que “se castiga por el delito del art. 225 bis porque no existe el contenido de injusto que justifica la aplicación del delito de detenciones ilegales...precisamente por ello, cuando la capacidad de autodeterminación espacial del menor crece, desaparece la posibilidad de acudir al delito del art. 225 bis: podrá existir inducción al abandono del domicilio familiar o delito de detenciones ilegales pero no ya sustracción parental de menores” GUARDIOLA GARCÍA, Javier “Los sujetos del delito previsto en el art. 225 bis CP” en LLORIA GARCÍA, Paz (Directora) “Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar” Iustel, 2008 pag.85

⁴⁷ “Es necesario dejar de lado la idea de seguridad del hijo, que no tiene que verse afectada cuando éste permanece en compañía de sus padres...En esta línea me parece acertada la apreciación reflejada en el AAP Tarragona de 28 de noviembre de 2003, donde se establece como bien jurídico protegido el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres (sic) en caso de crisis familiar” LLORIA GARCÍA, Paz (Directora) “Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar” Iustel, 2008 pag. 41

⁴⁸ Para DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo delito...”, op. cit. “nos encontramos de nuevo ante la protección de la seguridad personal, en este caso sólo de menores, que se ve afectada en la medida en que determinados parientes asignan al menor un lugar de residencia que contradice el establecido por los titulares de su guarda material o custodia. El hecho de que quienes realicen tal modificación de su lugar de residencia tengan cierto parentesco con el menor, e incluso el de que además desempeñen adecuadamente los deberes vinculados al ejercicio de la guarda del menor, no constituye un factor de aseguramiento que neutralice la vulnerabilidad derivada de excluirlo de su área de guarda. La ley penal considera que la exclusión del menor del área de convivencia legalmente establecida y su sustitución por otra arbitrariamente determinada por ciertos parientes, implica de por sí, a salvo la concurrencia de causa justificada, una inestabilidad del área de convivencia incompatible con las necesidades de seguridad del menor. La seguridad personal del menor que se protege es, por tanto, la que está vinculada a la presencia de éste dentro de un determinado parámetro espacial, en concreto el área de convivencia, y al normal ejercicio en ella del deber de convivencia por los titulares de su guarda material o custodia. A favor de esta conclusión habla la estructuración del tipo en torno a la modificación del lugar de residencia del menor, y no es obstáculo para ella el que las conductas de sustracción se realicen con frecuencia por el sujeto activo con la voluntad de asumir todos los deberes y facultades de guarda personal del menor, y no sólo el de convivencia junto al de vigilancia al primero ligado”. También DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis en “Comentarios al Código Penal. Parte especial II. Valencia 2004 pag. 1142 tiene especialmente en cuenta “el aseguramiento de una especial protección de ciudadanos en ámbitos o circunstancias sociales que producen una especial vulnerabilidad”

⁴⁹ “La seguridad del menor que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar en donde se encuentra, bajo la guarda y custodia de las personas o instituciones con que se convive habitualmente”GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, Manuel “Derecho Penal español. Parte especial” Madrid, 2004 pag. 413

Cuando la conducta típica deriva del incumplimiento de una resolución administrativa de desamparo, el bien jurídico pivotaría entre la necesidad de obedecer las resoluciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores y el derecho del menor a obtener efectiva protección de éstas.

En ocasiones se hace referencia como bien jurídico protegido al interés superior del menor. En nuestra opinión, tal interés no es propiamente el bien jurídico protegido, si bien puede ser una pauta teleológica de interpretación del tipo del máximo interés⁵⁰.

La Circular 2/2012, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos* declara que “la voluntad legislatoris de la reforma obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, como se desprende de su Exposición de Motivos, lo que parece alejarla de la finalidad protectora de la libertad personal del menor, y centrarse en la defensa de los derechos del progenitor custodio y del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia: en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”.

Determinado así el bien jurídico protegido, es correcta su ubicación en el Capítulo III del Título XII que lleva el encabezamiento “de los delitos contra los derechos y deberes familiares”.

2.3 Sujeto activo

2.3.1 Consideraciones generales

El sujeto activo prototípico es el progenitor⁵¹, tanto el padre como la madre, con independencia de que la filiación lo sea por naturaleza o por adopción⁵². Es

⁵⁰ SAP Barcelona sec. 6ª 220/2007, de 15 de marzo Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores: “debe tenerse en cuenta que el principal interés tutelado por este precepto es el del menor y que debe valorarse la conducta enjuiciada desde esta perspectiva. En este caso, la menor, ciertamente, es trasladada desde su domicilio y entorno habitual, pero lo es durante el periodo de vacaciones, por lo que no se le ha ocasionado perjuicio en el ámbito escolar y permanece en casa de sus tíos, lugar donde la niña está bien y el ambiente le es familiar. La denunciante manifiesta que la relación padre hija es buena y que su hija le manifestó haber estado nerviosa y llorosa los primeros días solamente. También hay que valorar que desde el primer momento la madre sabe que la niña está con el padre, porque así se lo manifiestan en el colegio”.

⁵¹ Para STERN BRIONES, op. cit. “progenitor es, según el R.D.L.E., el “pariente en línea recta ascendente de una persona”, por lo que, despojado de cualquier connotación sexista, debe incluir tanto al padre como a la madre. En cualquier caso, la utilización del término en plural (progenitores), despeja cualquier asomo de duda alcanzando a ambos por igual. Sin embargo, el término tiene una significación en principio biológica que parece hacer referencia a la filiación únicamente por naturaleza⁴ que limitaría la autoría únicamente a los ascendientes por consanguinidad. Habida cuenta de que en un ordenamiento jurídico moderno la relación parental es ante todo una realidad jurídica, y que la adopción - olvidada ya la terrible diferencia entre adopción plena y la simple- equipara a los descendientes con total independencia de su filiación, habrá que concluir que progenitor será tanto el ascendiente por naturaleza como por adopción. Lo mismo cabe señalar del menor hijo de un miembro de una pareja de hecho que haya sido reconocido por el otro”.

⁵² Con razón ha mantenido TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. que “habría que

completamente indiferente que los progenitores estén o no unidos en matrimonio o vínculo de análoga significación. Incluso debe admitirse como sujeto activo al progenitor respecto al que aún no se ha reconocido su paternidad, siempre que este extremo quede con posterioridad acreditado⁵³.

En un principio se mantuvo que tanto el padre como la madre sean o no custodios pueden ser sujetos activos del delito. Esto es, siguiendo esta exégesis en principio cometería el delito tanto el que no restituye tras ejercer el derecho de visitas como el que no permite la visita al no custodio estando obligado a ello⁵⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia menor se inclina mayoritariamente por entender que para ser sujeto activo del delito es necesario no tener la guarda y custodia, de modo que el progenitor custodio nunca puede cometer el delito del art. 225 bis⁵⁵.

Las resoluciones más recientes siguen esta línea: el AAP Madrid, secc. 17ª, de 17 de junio de 2004⁵⁶ establece que “la interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma 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”.

El AAP Madrid, secc. 1ª, nº 310/2008, de 29 de mayo⁵⁷ declara que “para que concurra el delito de sustracción de menores del art. 225 bis del Código Penal se exige que su autor sea el progenitor que no tenga confiada la guarda o custodia del menor, sin

interpretar el precepto de acuerdo con su finalidad de protección del *derecho de los hijos a mantener contacto con los dos titulares de la patria potestad*, y dar un sentido amplio, y en cierta medida impropio, al vocablo progenitor. Obsérvese que en la Convención de Derechos del Niño se reconoce el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con *ambos padres*, vocablo que, en plural y como genérico, se refiere al padre y a la madre, cualquiera que sea la modalidad de relación paterno filial, por naturaleza o por adopción, que les una al hijo, pues su texto no distingue. Y una interpretación del precepto conforme a esa finalidad exigiría que se incluya en su ámbito de aplicación la sustracción de hijos menores de edad por uno de sus padres adoptivos.

⁵³ En contra, TORRES FERNANDEZ “Comentarios al...”, op. cit. pag. 863 que considera que “no sucederá así cuando en el caso de la filiación no matrimonial no conste tal relación paterno filiar con el hijo, por alguna de las vías legales, pues en tal caso esa relación no existirá jurídicamente, ni será titular de la patria potestad respecto a ese hijo, de la que se derive un derecho de custodia que es objeto de conflicto con el otro titular”.

⁵⁴ En esta línea se sitúa GONZÁLEZ RUS, op. cit. pag. 413 LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 45 y DÍEZ RIPOLLÉS, “Comentarios...” op. cit. pag. 46

⁵⁵ SAP Valencia sec. 1ª nº 314/2006, de 4 de octubre Jesus Maria Huerta Garicano; SAP Jaén nº 24/2007, de 29 de enero María Esperanza Perez Espino; AAP Girona, sec. 4ª, nº 440/2007, de 21 de noviembre Pte: Rodríguez Ocaña, Mª del Carmen; AAP Barcelona, sec. 5ª nº 336/2005, de 22 de junio. Pte: González Zorrilla, Carlos

⁵⁶, Recurso 285/2004

⁵⁷ Pte: Gurrera Roig, Matilde

embargo en el presente caso no consta resolución judicial reguladora de las relaciones paterno filiales, pues según se indica en la denuncia existía una convivencia del menor con ambos progenitores, de lo cual debemos inferir que dicha guarda o custodia la tenían conferida tanto el padre como la madre. En todo caso se plantea una situación de conflicto que debe resolverse en la vía civil y tan solo en caso de producirse un incumplimiento por parte de la denunciada, de lo que pudiera acordarse en dicha resolución podrá, obviamente, ejercitar las correspondientes acciones penales, si tal incumplimiento tiene tipicidad penal”.

El AAP La Rioja, secc. 1ª nº 157/2008, de 2 de octubre , declara que “no deben confundirse las conductas que castiga el delito del art. 225 bis Código Penal con aquellas otras encaminadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, sustituyéndolo por aquel que interesa o conviene más a los intereses del autor de la conducta, pues es claro que en este caso no se produce la lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual (...) no es posible imputar a la recurrente la comisión de un delito de sustracción de menores, previsto en el artículo 225 bis 1.2.2º, pues la conducta prevista en el tipo penal "la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa" resulta sólo aplicable al progenitor que no ostenta la custodia del menor (...) lo que no sucede en el caso sometido a enjuiciamiento en el que la custodia de los menores le correspondía a la apelante. La conducta de la recurrente sería incardinable en el tipo penal que sanciona el incumplimiento del régimen de visitas establecidos judicialmente”.

El AAP Las Palmas, secc. 2ª nº 339/2010, de 16 de julio considera que “las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1 (traslado del menor), y ello aún cuando el legislador sólo exige de forma expresa la existencia de la citada resolución en el supuesto del segundo apartado, por cuanto dicha interpretación se desprende de la Exposición de Motivos (...)”.

En la misma línea, la SAP Guadalajara, sec. 1ª, nº 28/2009, de 27 de septiembre⁵⁸ declara que “cabe acudir como elemento interpretativo a la Exposición de Motivos de la LO de 10-12-2002, que introdujo el art. 225 bis del CP (y), que nos proporciona una interpretación auténtica y teleológica del precepto: "en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”.

Igualmente el AAP Madrid, secc. 1ª, nº 645/2012, de 13 de septiembre analiza “si es delito el que una madre divorciada legalmente, que por disposición judicial de la

⁵⁸Pte: Serrano Frías, Isabel

sentencia de divorcio fija su domicilio en territorio español y se le atribuye la guarda y custodia del hijo común, fija su domicilio en país extranjero de forma definitiva sin conocimiento y acuerdo con el otro progenitor que, por consecuencia de tal decisión, se ve privado de ejercer el derecho de visitas fijado judicialmente. El Juzgado de Instrucción estima que los hechos no constituyen infracción penal mientras que el Ministerio Público estima que pueden ser constitutivos de un delito de sustracción de menores, tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal (...) hubiera sido posible que el Legislador hubiera tipificado como delito no sólo la conducta del progenitor que sustrae al menor cuando el otro progenitor tiene la guarda y custodia sino cuando el otro progenitor, sin tener atribuida la guarda, se ve privado del derecho de visitas y cuando el hijo, que tiene derecho a relacionarse con sus dos padres se ve privado de la relación con uno de ellos y privado también de continuar viviendo en su entorno familiar, social, geográfico o cultural. Sin embargo, nuestro Legislador ha sido más restrictivo a la hora de sancionar como delito la conducta de quien sale de España con su hijo en perjuicio del otro progenitor. La Exposición de Motivos (...) nos proporciona una interpretación auténtica y teleológica del precepto al justificar el nuevo tipo con las siguientes palabras. "en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico". 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. Esta situación de hecho no concurre en el presente caso por cuanto el denunciante no tiene la guarda y custodia y, merced a la conducta del otro progenitor, sólo se ve privado del normal ejercicio de su derecho de visitas. Frente a tal situación el ahora denunciante carece de protección penal y para solventar el conflicto a que se enfrenta deberá acudir a los mecanismos que arbitra la jurisdicción civil".

Además, se viene exigiendo que la atribución de la custodia haya sido judicialmente asignada, no siendo suficiente para colmar las exigencias típicas que se esté ejerciendo por uno de ellos de hecho⁵⁹, incluso cuando haya un traslado al extranjero⁶⁰. Por ello, si no hay resolución judicial, el progenitor no custodio que sustrae o retiene al menor cuya custodia de hecho la ejerce el otro, no comete el delito. Consiguientemente no podría entenderse cometido el delito si quien se lleva a los menores es uno de los progenitores titulares de la patria potestad con anterioridad al dictado de una resolución judicial que atribuyera la guardia y custodia al otro progenitor⁶¹.

⁵⁹ AAP Madrid, sec. 17ª nº 907/2007, de 3 de septiembre Pte: Carmena Castrillo, Manuela “

⁶⁰ AAP Madrid, sec. 16ª nº 113/2008, de 21 de febrero Pte: Hidalgo Abia, Miguel

⁶¹ SAP Vizcaya sec. 1ª nº 359/2006, de 8 de junio Ruth Alonso Cardona; AAP Madrid, sec. 27ª nº 341/2007, de 24 de mayo. Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa; AAP Madrid, sec. 4ª nº 622/2006, de 11 de diciembre Pte: Santamaría Santigosa, Mª Josefa; AAP Sevilla nº 43/2005, de 26 de enero Ponente: Eloisa

Encontramos algunas desviaciones de esta línea claramente mayoritaria. En el voto particular de Francisco Viera Morante contenido en el AAP Madrid, secc. 1ª, nº 310/2008, de 29 de mayo se declara lo siguiente: “el bien jurídico protegido por este delito son los intereses del menor, como dice al comienzo la exposición de motivos de la LO 9/2002, al tratar de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionar a los menores determinadas actuaciones de sus progenitores. No es, por tanto, el cumplimiento de resoluciones judiciales o administrativas, el principio de autoridad, lo que justifica la sanción penal, sino la defensa de los intereses del menor, que se verían seriamente menoscabados si uno de sus progenitores, medie o no resolución judicial, alterara su situación familiar y social con motivo de una crisis conyugal trasladándole a otro lugar en el que no pueda tener relación con el otro de sus progenitores. - Ninguna diferencia se produce, pues, en la afectación de los derechos del menor si la sustracción se produce tras una resolución judicial o administrativa o antes de que se tenga oportunidad de acudir a los Tribunales para que establezcan las condiciones en las que debe producirse la custodia del menor ante la crisis conyugal, estableciendo un régimen de visitas. En cualquiera de los dos casos los intereses del menor se verían perturbados gravemente, y si no se permitiera la persecución penal de los casos en los que el traslado del menor se realizara antes de que pudiera haber un pronunciamiento judicial quedarían desprotegidos los menores en tales situaciones, sobre todo cuando el traslado se realiza a un país extranjero, pues se imposibilitaría la utilización de los mecanismos policiales para la localización internacional del menor sustraído.

La reciente SAN secc. 3ª, nº 10/2016, de 15 de marzo⁶² introduce un cambio radical en la interpretación del art. 225 bis CP castigando en un supuesto de un matrimonio de españoles que se traslada de mutuo acuerdo a vivir a Colombia. La mujer era la que trabajaba y el marido cuidaba al niño. El matrimonio entra en crisis y, sin resolución judicial, el marido se vuelve a España con el niño. El Juez a quo absuelve y la Sala en apelación condena. La sentencia de instancia establece que el progenitor denunciado no puede ser sujeto activo del delito al ser un progenitor custodio y no haber un pronunciamiento judicial o administrativo que regulara la potestad de ambos progenitores en relación a la menor, con cita de abundante jurisprudencia. Declara esta sentencia que “el Tribunal Supremo en auto de 2 de febrero de 2012, dictado en una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, nos enseña, aunque sea por vía tangencial que El Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/2008 establece qué entiende por sustracción y cuales son los deberes de los Estados en vía civil; de ahí que se considere traslado ilícito - artículo 3 a) del Convenio - el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjunto, a una persona. " En aquel supuesto de residencia en el extranjero con ambos progenitores, se predicada que el traslado del menor debía ser consentido por ambos y, concretaba finalmente que el "el artículo 225 bis 1 tipifica la conducta del progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo. No se hace mención o diferencia alguna respecto del derecho de custodia. El artículo 225 bis 2 establece la interpretación auténtica de lo que, a efectos de este artículo, debe considerarse sustracción, y la

Gutierrez Ortiz

⁶² Pte: Barreiro Avellaneda, Mª de los Angeles

definición del 1º no deja lugar a dudas: "El traslado de un menor de su lugar de residencia sin del progenitor con quien conviva". Estamos de acuerdo en el criterio legal expreso, porque solo en el apartado 2.2º se exige que la retención del menor incumpla gravemente una resolución judicial o administrativa.

En el caso, el traslado se origina desde Bogotá lugar de residencia habitual del matrimonio y de la hija menor, por el padre, siendo que tanto éste como la madre por ley de matrimonio entre españoles (la del Código civil) tienen el derecho de custodia conjunto. De modo que la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal. Lo que es ilícito civilmente se traslada al campo penal, por aplicación de , y la trasposición del artículo 3 que es fuente normativa. Por último, el artículo 5 del Convenio señala que "A los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. En última instancia, la protección del lugar de residencia del menor, y por tanto de su entorno afectivo, es el eje del artículo 225 bis.2.1º y 2º, primando el interés del menor sobre las desobediencias judiciales o administrativas y las propias discrepancias de la pareja genitora, protegiendo su marco habitual de referencia, ubicado en la residencia fijada por decisión parental, resolución judicial o administrativa. Se trata del interés del menor frente al ejercicio arbitrario del derecho de custodia ejercido ope legis. En consecuencia, es de aplicar el artículo 225 bis apartados 1 y 2. 1º que castiga el traslado de un menor, sin causa justificada, de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente”.

Otros autores, adoptando una postura intermedia, consideran que sujeto activo “puede ser el progenitor con quien el menor no conviva habitualmente”⁶³.

Resoluciones aisladas discrepantes al margen, del análisis de la jurisprudencia menor puede concluirse con que el tipo solo puede aplicarse cuando el progenitor no custodio sustrae el menor al progenitor custodio, con ánimo de impedir las relaciones con el mismo, siempre que haya resolución atribuyendo la guarda y custodia.

En nuestra opinión cabría aplicar el tipo aunque la resolución de guarda y custodia no fuese firme y ello aunque en segunda instancia se revoque la resolución de la primera en la que se otorgaba la custodia al progenitor *left behind*. En apoyo de esta tesis encontramos alguna resolución⁶⁴.

⁶³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador) “Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial. Thomson civitas, 2005 pag 228

⁶⁴ AAP Tarragona, sec. 4ª nº 126/2008, de 18 de marzo Pte: Hernández García, Javier “La posterior revocación de la sentencia por la Audiencia Provincial no neutraliza la clara y manifiesta antijuricidad de la conducta desarrollada por Doña. María Teresa , evitando la eficacia de la resolución judicial de primera instancia y perturbando de forma esencial y continuada el derecho del menor al contacto con su padre quien, además, disponía de título judicial para desarrollar su guarda. No concurre, por tanto, en su opinión, un simple y puntual incumplimiento de una obligación familiar en los términos reclamados por los tipos contravencionales de los artículos 622 y 618, ambos, CP , sino un verdadero secuestro del menor que responde por sus niveles de antijuricidad al tipo delictivo contemplado en el artículo 225 bis CP, por el que debe sustanciarse la causa hasta sentencia... De contrario, y como fundamento de su propio recurso, la representación de Doña. María Teresa considera que no se da una situación de incumplimiento penalmente relevante de sus deberes familiares pues no conoció la resolución de instancia por lo que mal pudo representarse de forma intencional la lesión del derecho de guarda que ostentó el querellante desde la fecha en que se dictó la sentencia de instancia -doce de mayo de 2006...se identifican suficientes marcadores de antijuricidad y de culpabilidad para considerar que la conducta de Sra. María Teresa

No cabría aplicar el tipo cuando, pese a haberse atribuido judicialmente la guarda y custodia al progenitor denunciante, la resolución judicial hubiera quedado sin efecto ya en el momento de producirse la sustracción o retención. Este es el supuesto abordado por el AAP Madrid, secc. 4ª nº 169/2008, de 5 de marzo⁶⁵

Se ha planteado si pueden ser sujetos activos de este delito los padres biológicos del niño dado en adopción cuando lo sustraigan de la custodia de los adoptantes. En nuestra opinión, aunque tras la adopción jurídicamente solamente hay unos progenitores, que son los adoptantes, el vínculo biológico subsiste, por lo que cabría subsumir los hechos en el tipo de secuestro parental⁶⁶. Desde luego, sí podrían ser sujetos activos los padres biológicos en relación con el hijo respecto del que se ha constituido un acogimiento⁶⁷.

El AAP Cuenca, secc. 1ª, nº 52/2004, de 26 de mayo⁶⁸ analiza un supuesto en el que una niña saharauí es acogida temporalmente por períodos de un año por una familia

traspasó los límites de la tipicidad delictual que marca el artículo 225 bis CP. Mediante dicho tipo, y es necesario recordarlo...No basta para excluir la antijuricidad de la conducta en estos momentos la simple referencia de la imputada a que no conoció el contenido dispositivo de la sentencia de 12 de mayo de 2006 por la que se atribuyó la guarda y custodia de la menor al Sr. Juan Pedro. Lejos de ello, por las propias manifestaciones sumariales de Doña. María Teresa se aprecia que ésta abandonó el domicilio familiar en compañía de la menor y que durante muchos meses residió en el domicilio de su hermana, despreocupándose de forma notoria de toda comunicación al padre de la hija común y, también, al juzgado de familia que tramitó la demanda de custodia y de adopción de medidas civiles a consecuencia de la crisis de la relación personal...El resultado, presunto, es que no solo se impidió el ejercicio del derecho reconocido por sentencia definitiva al Sr. Juan Pedro sino, lo que es más grave, se le privó de toda posibilidad de contacto con su hija. Lo que implica, desde otra perspectiva, que la niña fue objeto de una arbitraria privación de su derecho fundamental a su relación parental. Por las circunstancias en las que se desarrolló la presunta acción y a los fines instructores que no predeterminan la ulterior valoración de los hechos por el juez de lo penal, entendemos que hay motivos suficientes para que Doña. María Teresa sea acusada como autora de un delito contra la relaciones familiares previsto en el artículo 225 bis CP

⁶⁵Pte: Molina Marín, Josefina: “es claro que en la fecha en la que ocurren los hechos objeto de las presentes diligencias previas (...) no estaba vigente ningún régimen de custodia de los hijos menores del matrimonio, por cuanto que, según la normativa transcrita las medidas civiles solo podrían extender su vigencia un total de dos meses (...) de haber formulado la demanda dentro del plazo del mes siguiente a su dictado, sin que la ratificación de las medidas civiles se produjera hasta la resolución de fecha 10.04.06, (...), por lo que existe un vacío desde aquella fecha (21.12.05), hasta la ratificación de las medidas en esta última fecha (...) no estaba atribuida a ninguno de los progenitores la guarda y custodia, por lo que tanto derecho tenía la madre como el padre a tener a los hijos menores en su compañía. (...) A mayor abundamiento, se ha venido estableciendo que este segundo apartado, al referirse a los términos "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, como al término "gravemente", no admite las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor”.

⁶⁶ En este sentido STERN BRIONES, op. cit. ha entendido que “la consideración meramente biológica no debe olvidarse totalmente, pues, si bien una vez dado el niño en adopción la relación con su padre natural desaparece, no es menos cierto que aquél seguirá siendo su ascendiente biológico (lo que desaparece es su vínculo *jurídico*), por lo que no debe rechazarse que también el ascendiente biológico, como progenitor, puede cometer este delito, pues el tipo penal nada dice acerca de la necesidad de subsistencia de la patria potestad”

⁶⁷ Este es el caso analizado por la SAP Madrid, sec. 17ª nº 233/2008, de 25 de marzo Pte: Brobia Varona, Rosa, si bien la condena recae por la falta del art. 622 y no por el delito.

⁶⁸Pte: López Calderón Barreda, Luis

española. En un desplazamiento para pasar las vacaciones con su familia biológica la niña no regresa a España. Los acogedores denuncian pero la Audiencia confirma el archivo, en base a que “de la prueba documental obrante en las actuaciones ha quedado acreditado que los denunciados (...) tenían a la misma en situación de acogimiento temporal por razón de estudios, que se iba prorrogando en los diferentes periodos de curso lectivo, situación de acogimiento en la que se hacía constar como condición que la acogida regresaría a su familia natural cuando ésta lo solicitase, no dándose por consiguiente los requisitos del tipo exigido en el referido artículo 225 bis del Código Penal, al no tener confiada los denunciados la guarda y custodia de Olga, ni haber sido privados sus progenitores de la misma por resolución judicial o administrativa”.

Un supuesto no resuelto es el de la sustracción cometida por uno de los progenitores quebrantando una resolución judicial en la que se atribuye la guarda y custodia conjunta a ambos. En nuestra opinión, este supuesto sí podría subsumirse en el art. 225 bis CP, pues se altera la estabilidad del menor, se priva al progenitor custodio de su derecho a relacionarse con su hijo y simultáneamente se quebranta una resolución judicial.

2.3.2 Sujetos activos extensivos

El apartado quinto del art. 225 bis expresamente amplía el círculo de los sujetos activos: se incluyen todos los ascendientes del menor (padres, abuelos y bisabuelos por naturaleza o adopción) y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁶⁹. Entendemos que también aquí el parentesco deberá incluir tanto el natural como el adoptivo⁷⁰.

Para algunos autores, la actuación de los parientes del apartado quinto parece debe ser auxiliar de los progenitores para que puedan aprovechar los beneficios penológicos de la asimilación⁷¹.

En nuestra opinión, no distinguiendo la Ley, no debe hacerlo el intérprete, (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) por lo que seguirá siendo de aplicación el tipo aun cuando los sujetos activos extensos actúen autónomamente, sin connivencia con alguno de los progenitores.

La razón de ser de esta extensión de la cualidad de sujetos activos más allá de los progenitores debe radicar en que sociológicamente no son propiamente ajenos al círculo familiar, por lo que la antijuridicidad y culpabilidad es de intensidad similar a la de los progenitores y consiguientemente, la sanción penal debe ser la misma⁷², aunque no

⁶⁹ Para TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. “ello permite incluir a los abuelos del niño y a los hermanos del padre o de la madre, al nuevo cónyuge del padre o de la madre y a los hermanos de éste”.

⁷⁰ En el mismo sentido, GUARDIOLA GARCÍA op. cit. pag. 98

⁷¹ Para GUARDIOLA GARCÍA op. cit. pag. 100 “esta ampliación del marco de sujetos activos responde a la constatación de que en la dinámica de las crisis familiares no es extraño que los parientes del progenitor sustraigan al menor (realizando no ya contribuciones accesorias que se resolverían aplicando las reglas de participación en delitos especiales sino conductas claramente típicas) para ponerlo en poder de aquel o en su ámbito de control y a estos supuestos entiendo deberá ceñirse la interpretación de la autoría a parientes del progenitor. Si no se hace así estaremos dando lugar a injustificados privilegios para quienes sustraen a menores con los que no tienen sino una relación formal y remota”

⁷² Así TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. ha mantenido que “el legislador,

obstante no faltan autores que consideran excesiva la ampliación del círculo de sujetos activos⁷³.

No debe olvidarse que si se excluye a estos parientes del ámbito del art. 225 bis entrarían en juego otros delitos castigados con penas mucho más severas.

2.3.3 Participación del *extraneus*

2.3.3.1 Ideas generales

La doctrina también se ha planteado si se trata de un delito especial propio o impropio, y en su caso, el tratamiento a dar al partícipe *extraneus*.

Recordemos a estos efectos que la doctrina denomina delitos especiales a aquellos en los que el círculo de autores está limitado a determinados sujetos. Estos delitos (*delicta propria*) se contraponen, pues, a los delitos comunes o generales (*delicta communia*). En el Código Penal aparecen múltiples tipos especiales, siendo quizás los más característicos aquellos en los que el sujeto activo es una autoridad o funcionario público vinculado por un deber específico que infringe al realizar el tipo. Dentro de la categoría de los delitos especiales debe hacerse una subdivisión entre propios e impropios. Los delitos especiales propios son aquellos que exigen al sujeto activo cualidades específicas, de forma que el verbo típico no puede ser conjugado más que por quien las reúne y de modo que no existe otro tipo penal paralelo aplicable a quien no reúne las cualidades necesarias para ser sujeto activo. Es decir, en terminología del Tribunal Supremo son delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación. Los delitos especiales impropios son aquellos que requieren una especial cualidad para ser sujeto activo, si bien coexisten con otros delitos que castigan el mismo comportamiento (normalmente con inferior penalidad) cuando es cometido por personas que no reúnen las referidas cualidades⁷⁴.

consciente de la dificultad que puede encontrar un padre o una madre en solitario para lograr la sustracción y mantener al hijo fuera de su entorno, y conocedor de que en tales casos suelen contar con el apoyo más o menos intenso de otros familiares, ha querido prever tal posibilidad, equiparando punitivamente la realización de la sustracción por determinados parientes del progenitor, que es el sujeto activo del tipo del art. 225 bis 1. La responsabilidad de esos parientes surge por la realización directa de las conductas típicas como se deduce del requisito de «que incurran en las conductas anteriormente descritas», por lo que tal previsión puede considerarse como una extensión del círculo de posibles autores. Entre los parientes que pueden incurrir en el tipo de sustracción se incluye a los ascendientes del menor, y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. Ello permite incluir a los abuelos del niño y a los hermanos del padre o de la madre, al nuevo cónyuge del padre o de la madre y a los hermanos de éste.. También TORRES FERNANDEZ “Comentarios al...”, op. cit. pag. 881

⁷³En esta línea se ha mantenido que el último párrafo del artículo 225 bis extiende el concepto de autoría propia a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta posibilidad legal amplía quizá excesivamente el círculo de personas criminalmente responsables en concepto de autores de este delito, dado que el tenor literal del precepto conllevará su aplicación no sólo a los abuelos del niño y a los hermanos de sus padres, sino también al cónyuge de sus progenitores, a los padres del cónyuge del progenitor e incluso a sus cuñados STERN BRIONES, op. cit. pag. 4

⁷⁴ El TS los distingue así: «hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según que tengan correspondencia con un delito común, ya que la calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, por lo que al no concurrir, el hecho sería atípico. En los especiales impropios, que tienen correspondencia con un delito común, existe un delito común subyacente que puede ser cometido

Debemos plantearnos por tanto a través de qué título de imputación debe enjuiciarse a los extraños, entendiendo por tales quienes no siendo ni progenitores ni familiares asimilados participan con ellos en la ejecución del hecho.

Teóricamente cabrían dos posibilidades: o mantener el título de imputación aún en este caso con la posibilidad de aplicar alguna atenuación⁷⁵ o romperlo, aplicando al *extraneus* el tipo común correspondiente.

La reforma 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, introduce un nuevo apartado en el art. 65.3 CP, que por primera vez establece una disposición tendente a dar un tratamiento penal específico a los partícipes en los delitos especiales: *cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.*

El precepto dista mucho de arrojar luz. En este sentido debe traerse a colación la advertencia que *ad cautelam* atinadamente realiza MUÑOZ CONDE “las particularidades de muchos de estos tipos delictivos desafían todo intento de resolver estos problemas con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a la regulación de los delitos en la Parte Especial”⁷⁶.

En nuestra opinión las disposiciones del art. 65.3 deben entenderse también aplicables a la participación en delitos especiales impropios, en tanto en cuanto se mantenga la línea jurisprudencial contraria a romper el título de imputación. Por lo demás el propio tenor literal del art. 65.3 --sin necesidad de acudir a interpretaciones analógicas o extensivas-- permite abarcar la participación del extraño tanto en una como en otra categoría de delitos especiales.

El texto del art. 65.3 se decanta por una redacción que claramente apunta al carácter facultativo de la rebaja en grado, asumiendo la sugerencia del informe del CGPJ al Anteproyecto. La interpretación gramatical en favor del carácter potestativo del beneficio se confirma, pues, analizando los antecedentes legislativos e igualmente se apuntala *a fortiori* si se tiene en cuenta su fuente de inspiración, que no es otra que la jurisprudencia, que consideraba la rebaja en grado e incluso la atenuación como sólo una posibilidad. Éste, por lo demás, es el criterio asumido por la Circular 2/2004.

Algunos autores se han mostrado contrarios a aplicar el art. 65.3 al cómplice. En nuestra opinión, sin embargo, el cómplice debiera beneficiarse de esta potencial rebaja en grado, pues también en él concurre ese elemento negativo en relación con la infracción de los deberes especiales que vinculan al *intraeus*. Como recoge la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, *debe entenderse que en caso de intervención de unextraneus en calidad de cómplice, a la rebaja de un grado que le corresponde por su participación secundaria (art. 63) habrá de añadirse la posible rebaja conforme al art.*

por cualquier persona» (SSTS 870/1997, de 10 de enero, y 168/1994, de 2 de febrero, ambas con ponencia de Moner Muñoz).

⁷⁵ Esta es la posición por la que se inclina SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1672

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Tirant lo Blanch, 2004, 3.ª ed., pág. 217

65.3 por no infringir el deber específico del autor intraneus. Habrá en estos casos de permitirse una doble atenuación penal, por cómplice y por extraneus.

2.3.3.2 Aplicación al tipo del art. 225 bis

Es claro que el tipo del art. 225 bis tiene naturaleza de delito especial por cuanto el ámbito de los sujetos activos está restringido.⁷⁷ En cuanto a si se trata de un delito especial propio o impropio, un sector doctrinal mayoritario defiende que nos encontramos ante un delito especial propio⁷⁸, mientras que algunos autores consideran simplemente que se trata de un delito especial⁷⁹.

En nuestra opinión se trata de un delito especial propio⁸⁰. El delito sólo puede ser cometido por los sujetos activos especificados en el tipo. Si el autor fuera un *extraneus*, la conducta se subsumiría en otros tipos penales (como la detención ilegal) que realmente no son paralelos al tipo del art 225 bis, sino que sancionan acciones ontológicamente distintas.

⁷⁷ SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1672

También para PRATS CANUT, “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 545 es un delito especial impropio “atendido al criterio aceptado en doctrina, de que son aquellos que encuentran un referente en otros injustos típicos que afectan a un mismo bien jurídico y cuya diferencia estriba en la comisión del mismo por parte de un sujeto que reúne unas características específicas definidas por la ley o por el contrario que dicho injusto es ejecutado por un sujeto al cual el precepto no reclama ninguna característica especial”. Para este autor “no cabe romper el título de imputación...nada impide la punición como partícipe de quien carece de la condición de progenitor, partiendo de que es el sujeto activo del delito quien con su conducta define el título de imputación y que la conducta del partícipe se somete a dicho principio y al de accesoriadad” También este mismo autor en el mismo sentido, en PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag.601

⁷⁸ LLORIA GARCÍA, op. cit. En el mismo sentido, para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 12 « al encontrarnos ante un delito especial propio autor inmediato único sólo podrá ser el intraneus, esto es, aquel que reúna la cualidad personal de progenitor o de pariente del progenitor en los términos expresados en el art. 225 bis.5. Entre ellos, los intranei, cabrá que se dé una coautoría si el tipo lo realizan conjuntamente, pero el que realice elementos típicos sin poseer esa cualidad personal no podrá superar la calificación de cooperador necesario”

⁷⁹ STERN BRIONES, op. cit. Igualmente ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS “Derecho Penal. Parte Especial Tomo I Delitos contra las personas. Tirant Lo Blanch 2007 pag. 449

⁸⁰ En esta línea DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo delito...”, op. cit. ha considerado que “nos encontramos ante un delito especial propio, en la medida en que el precepto sólo puede ser cumplido por sujetos que poseen cierta cualidad personal de parentesco, cualidad que determinará que la conducta realizada conlleve en la mayoría de los casos la infracción por el autor de un deber jurídico específico de protección del bienestar del menor. El fundamento de ese deber podrá verse en la existencia de otros deberes con el menor que presuponen el acabado de aludir...El carácter de delito especial propio de este precepto creo que no puede ser cuestionado por la existencia del delito de detenciones de los arts 163 y 165, protector de un bien jurídico distinto. Por lo que se refiere al art. 224 párrafo 2 y a la falta del art. 622, ambos constituyen también delitos especiales, más estrictos en cuanto a la cualidad personal que debe reunir el sujeto activo que el propio art. 225 bis, lo que aleja la posibilidad de considerar cualquiera de ellos figura común de este último, el cual pasaría a ser delito especial impropio. Además, la conducta del art. 224 párrafo 2 es claramente distinta a la del art. 225 bis, por más que presente puntos de contacto. Tampoco parece que el art. 618 tenga las cualidades necesarias para constituirse en la infracción penal común respecto al art. 225 bis, al girar en torno al concepto de abandono”

En todo caso, la participación del *extraneus* dará lugar a la aplicación del régimen del art. 65 CP,⁸¹ en el bien entendido de que de ello no debe derivar necesariamente una atenuación. Más bien al contrario: como quiera que es un tipo privilegiado respecto de la detención ilegal, no parece que haya justificación para sancionar al *extraneus* con menor pena que al *intraneus*.

2.4 Sujeto pasivo

En nuestra opinión no es suficiente que el sujeto pasivo sea menor para entender los hechos subsumibles en el art. 225 bis.

Debe operarse con el concepto acuñado en Derecho civil de menor maduro, el cual, genéricamente podría con su consentimiento enervar la antijuridicidad de la conducta. No cabría incluir cuando consienten el traslado ni a los menores mayores de 16 años ni a los mayores de 12 años respecto de los que se acredite inteligencia y voluntad suficientemente desarrollada como para poder afirmar su capacidad libre de decisión⁸². Ello sin perjuicio de que en estos casos pudiera ser aplicable el tipo de inducción del art. 224 CP.

En los casos de menores maduros en los que la sustracción, perpetrada contra su voluntad, implique privación de libertad devendrá aplicable el tipo de detención ilegal.

Por lo expuesto, deben quedar igualmente fuera del radio del tipo supuestos de autodeterminación del menor abandonando su residencia y trasladándose a la del otro progenitor.⁸³

Incluso yendo más allá se ha defendido que este tipo sólo abarca a menores de corta edad⁸⁴.

⁸¹ En el mismo sentido, STERN BRIONES, op. cit. pag. 3 que resalta cómo "...la participación de un extraño, con el fin de evitar la ruptura del título de imputación, deberá resolverse por el principio de accesoriedad considerando al tercero no pariente como cooperador en el delito de sustracción parental, con arreglo a lo establecido en el artículo 28 del Código Penal. Esta interpretación será hoy día obligada desde la reforma del artículo 65 operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre que modifica el Código Penal, permitiendo la imposición de una pena atenuada"

⁸² Atinadamente considera LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 50 que "encontramos dos líneas para delimitar el momento cronológico en el que se debe entender que el sujeto es menor a los efectos del art. 225 bis: por un lado, la idea de su grado de madurez para decidir si desea continuar o no en la compañía del padre o madre sustractor (ya que si consiente de manera libre, difícilmente se podrá solicitar la restitución) y por otro, los límites de los 16 y los 12 años....A pesar de la indeterminación que puede generar, el criterio más conveniente es atender a la madurez del menor a partir de los 12 años y tener siempre en cuenta su juicio a partir de los 16. Si el menor decide libremente y por tanto habiendo sido valorado positivamente su capacidad para consentir, permanecer en compañía del no custodio o no relacionarse con el en el ejercicio del derecho de visita considero que debería eliminarse cualquier responsabilidad penal y proceder al análisis en vía civil de si es conveniente un cambio en el régimen de custodia y visitas establecido para adecuarlo a la nueva situación sin perjuicio de que de futuro puedan producirse nuevas variaciones".

⁸³ Vid. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, "El nuevo delito...", op. cit. pag. 6 "la conducta de traslado no abarcará, sin embargo, los supuestos en los que el menor, por propia iniciativa, abandona su lugar de residencia. Dado que el tipo exige que se sustituya el área de guarda del titular por el área de guarda del sujeto activo, tampoco se incluirá la conducta mediante la que se induce al menor a, o simplemente se facilita su propósito de, abandonar su lugar de residencia, sustrayéndose así el ejercicio de la guarda material por su titular; la primera de estas dos conductas estará incluida en el art. 224"

⁸⁴ Así, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 47 para quien "parece evidente que el art. 225 bis se está

Desde luego parece claro que integrando el tipo del art. 225 bis CP con el contenido de los Convenios suscritos por España en materia de sustracción de menores, los menores de 16 años en adelante debieran considerarse fuera del círculo de sujetos pasivos.⁸⁵ De nuevo, tampoco en este punto hay unanimidad doctrinal⁸⁶. Algunos autores partiendo de la definición de menor como persona de menos de 18 años, se limitan a plantear sus dudas.⁸⁷

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 art. 224 que precisa de alguna manera el consentimiento del menor, bien en presencia de un delito de detenciones ilegales”

⁸⁵ En esta línea, TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. ha considerado que “la conducta típica del art. 225 bis consiste en un traslado ilícito o una retención, que en numerosos casos puede ir contra la voluntad del propio menor, por lo que parece que la operatividad real del tipo se reduce a menores de corta edad, que carecen de la suficiente autonomía personal, para determinarse y expresar razonablemente su voluntad en el contexto de las relaciones familiares con sus padres. Mientras que la inducción del art. 224.2, por su parte, requiere que el hijo menor de edad tenga una cierta autonomía personal, que le permita ejecutar por sí mismo las actuaciones por las que se sustrae al régimen de custodia que haya sido fijado. Un dato indicativo en este punto lo suministran los Convenios internacionales sobre sustracción de menores analizados, que fijan el límite de edad del menor para su aplicación en los dieciséis años, por considerar que a partir de esa edad los menores no son susceptibles de un traslado ilícito en el sentido definido en los Convenios, lo que no significa que a partir de esa edad no entren en juego otros mecanismos para solicitar el restablecimiento de la custodia por el padre desposeído de ella de manera ilícita . Tal criterio asumido en los Convenios no vincula el entendimiento del tipo penal, pero sí aporta un criterio para valorar sobre la base de la edad del menor junto con otros factores, si ha existido, o no, sustracción en el sentido requerido por el precepto penal... En cualquier caso, y si bien se ha mencionado la edad de los dieciséis años como criterio indicativo, en el que puede considerarse que con carácter general se alcanza un grado de autonomía, que permite considerar al menor capaz de poner en obra actuaciones que vayan contra el régimen de custodia establecido, *será la concreta capacidad del menor que ha sido inducido para poder incumplir por sí mismo el régimen de custodia*, así como la eficacia de la actividad desplegada por el titular de la patria potestad para condicionar la voluntad del menor en un determinado sentido, las que sirvan para determinar si ha existido inducción del 224.2 u otros posibles tipos penales. Y en ese sentido, si bien parece más improbable el secuestro parental en las edades más avanzadas y cercanas a la mayoría de edad, por contar el menor progresivamente de un mayor grado de autonomía personal, en ejercicio de la cual exprese una voluntad propia, que difícilmente podrá ser desatendida por su padres o por las autoridades encargadas de decidir sobre su situación, sin embargo no cabe excluir en modo absoluto tal posibilidad. Así cabrá entender existente la sustracción si el traslado o la retención del menor cercano a la mayoría de edad, se ha realizado por medio de una actuación del padre o de la madre en contra de la voluntad razonable del propio menor o en ausencia de una determinación autónoma del menor en otro sentido, y con el fin de alejarlo del otro titular del derecho de custodia, que venía ejerciéndola habitualmente, *v. gr.* por tratarse de un adolescente retraído y con escasa iniciativa propia que es trasladado o retenido en un entorno familiar distinto del que le corresponde por el régimen de custodia fijado”. En el mismo sentido, TORRES FERNANDEZ “Comentarios al..., op. cit. pag. 865

⁸⁶ Así, para STERN BRIONES, op. cit. pag. 6 “dado que el tipo penal se refiere de forma escueta a “menor”, como tal habrá que considerar que es el menor de dieciocho años sin género de duda, y ello pese a que los Convenios Internacionales fijan en general el límite máximo de edad del menor en los dieciséis años, al considerar que por encima de esa edad no cabe en general hablar de un traslado ilícito, a la vez que es el momento a partir del cual el menor deja de ser incapaz para tomar decisiones, pasando a ser psicológicamente adulto; y ello sin perjuicio de que el menor de esa edad también pueda en determinados casos decidir por sí mismo el lugar de su residencia (artículo 1 del Convenio de Luxemburgo), así como la edad de doce años para ser oído”

Para ALONSO CARVAJAL “Los aspectos...” op. cit. pag. 126 “cuando el código penal se refiere al hijo menor ha de entenderse de acuerdo a la Ley española y por lo tanto los menores de 18 años, sea cual sea su nacionalidad”

⁸⁷ Para DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo delito...”, op. cit. “el que resulte establecido en los 18 años plantea,

Desde luego nunca podrán ser sujetos pasivos del delito los menores emancipados (vid. art. 323 CC) ⁸⁸.

Como sujeto pasivo del delito –no de la acción- podemos considerar incluidos tanto al menor como al progenitor a quien se le priva de la posibilidad de relacionarse con su hijo, incluso a los abuelos que se ven privados de la compañía del descendiente cuando tienen derecho a ella, bien sea en el ejercicio del derecho de custodia, bien en el del derecho de visita. ⁸⁹.

Es interesante en este sentido la SAP Álava, secc. 2ª nº 348/2015, de 27 de noviembre, que se plantea la operatividad de la voluntad del menor maduro en cuanto a la antijuridicidad: “es importante partir de la voluntad del menor Jacobo con 15 años de edad (a falta de 4 meses para los 16 años) cuando acontecieron los hechos y a escasos 6 meses de cumplir los 18 años cuando declaró en el plenario, esto es, todo un adolescente. Lo anterior no es baladí, pues es importante valorar la capacidad del menor-adolescente, puesto que toda la legislación relativa a la guarda y custodia de los menores está presidida por el principio de actuación en interés del menor, hasta el punto de que el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980, respecto de la restitución del menor establece como excepción, en su art. 13, que se compruebe que el propio menor se opone a su restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez, en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones; interés del menor reforzado aún más por las recientes reformas legislativas por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (...) Pues bien, Jacobo, respecto del cual nada se ha acreditado que sufra menoscabos madurativos, ha sostenido que la decisión de abandonar el Centro de Menores fue compartida con Felicísima (la otra menor, su pareja) decidiendo pasar unos días en Castro Urdiales con unos amigos sin que sus padres en ningún momento le dijeran de abandonar el Centro. Posteriormente, contactó con ellos y supo que estaban en Portugal decidiendo acudir con Felicísima. Asegura que sus padres se mostraron reacios a que Felicísima y él estuvieran con ellos instándoles a ir a Vitoria y regresar al Centro de Menores, incluso les dejaron en un pueblo de Álava para que regresaran a Vitoria, si bien, no les hicieron caso y decidieron continuar con sus padres en el "viaje"

como en otras figuras de este Capítulo, serias dudas. Éstas nacen del cuestionable ajuste del precepto al principio de intervención mínima cuando 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. Los supuestos de esa clase que no satisfagan los mínimos contenidos de injusto no van a poder ser resueltos siempre satisfactoriamente”

⁸⁸ Así para STERN BRIONES, op. cit. pag. 6 “desde luego, quedarán fuera de esta consideración los menores emancipados al ser causa de extinción de la patria potestad, ya sea por concesión de quienes la ejercieran, por Resolución judicial o por matrimonio del menor” En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 50

⁸⁹ En esta misma línea ha mantenido TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. que “*Sujeto pasivo* es el titular del bien jurídico lesionado con la conducta típica. En este caso el menor de edad que es sustraído o inducido a quebrantar el régimen de custodia, quien se ve privado de su derecho a mantener relaciones personales con sus dos padres. A él se une el padre o la madre desposeído de la compañía del hijo y que también será sujeto pasivo del delito, cualquiera que fuera el título por el que la ejercía en el momento de la sustracción, ya sea el derecho de custodia permanente, ya sea el derecho de visita, pues en ambos casos se ve privado ilícitamente del ejercicio de sus facultades como titular de una relación paterno filial sobre un hijo menor de edad”

europeo porque "prefería dormir en la calle o mendigar antes que estar en un piso tutelado".(...) Así las cosas, no afirmamos que la simple voluntad del menor pueda ser causa suficiente para dejar sin efecto lo decidido en sentencia, sino que cuando la decisión de un menor, con considerable grado de madurez, en el ejercicio de su autonomía personal constitucional y legalmente garantizada es la de abandonar el Centro Tutelar reuniéndose con sus padres no queriendo ser reintegrado, sin que existan otras pruebas que nos hagan restar credibilidad a su declaración -con la contundencia que el Derecho Penal exige para un pronunciamiento condenatorio- o de las que se pueda inferir una clara voluntad de "retención" de los acusados es difícil inferir en los progenitores, o lo que es lo mismo, existen serias dudas, de que concurriera en ellos una firme intención de "retención" con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido”.

2.5 Antijuridicidad

Además de las consideraciones que se harán en el epígrafe 2.11 (en relación con la mención del tipo a la ausencia de causas justificadas) debe aquí tenerse presente que en principio pueden concurrir las causas de justificación específicamente predeterminadas en el CP, como la de estado de necesidad.

2.6 Tipo objetivo

2.6.1 Traslado

La primera modalidad punible es *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.*

En primer lugar debe advertirse que no se exige expresamente quebrantamiento de una previa resolución judicial⁹⁰, por lo que en principio cabría defender que puede aplicarse el tipo ante una crisis de pareja en la que uno de ellos unilateralmente modifica el lugar de residencia del menor⁹¹. Sin embargo, ya contamos con resoluciones que despejan

⁹⁰Para GARCÍA ALBERO, op. cit. pag. 2236 “a la luz del art. 225 bis el traslado o retención de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, resulta también típico, entroncando perfectamente con la naturaleza de las medidas establecidas en el Convenio de La Haya, que no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor sino que trata de evitar que una resolución judicial posterior se vea influenciada por un cambio en las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes. Por el contrario, la aplicación del art. 622 sí presupone una decisión previa –judicial o administrativa- sobre la atribución de la custodia” STERN BRIONES, op. cit. pag. 9, en el mismo sentido, considera que “el Código Penal, así como en la segunda conducta sancionada exige el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, en la primera de ellas referente a la sustracción no exige quebrantamiento alguno, bastando simplemente el mero traslado, antes de que se hubiera producido atribución alguna siquiera provisional al otro de los progenitores”. Para este mismo autor “ante el riesgo de entrar nuevamente en una “huida hacia el derecho penal”, algún autor ha propuesto la limitación restrictiva de este tipo, de suerte que se deba exigir siempre una resolución civil previa que se vea incumplida con el traslado, a la manera de lo exigido en el número dos. El dictado legal no exige esta interpretación, con lo cual se permitirá incluir dentro del tipo penal la conducta del que se lleva al menor de su residencia habitual en el momento mismo del cese de la convivencia, sin haber dado ocasión al otro progenitor a interponer ninguna acción legal”.

⁹¹ STERN BRIONES, op. cit. pag. 9, en el mismo sentido, considera que “el Código Penal, así como en la segunda conducta sancionada exige el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, en la primera de ellas referente a la sustracción no exige quebrantamiento alguno, bastando simplemente el mero traslado, antes de que se hubiera producido atribución alguna siquiera provisional al otro de los

este importante punto, inclinándose por entender que esta modalidad de conducta queda fuera del tipo⁹², incluso en supuestos de traslado de los menores a países extranjeros⁹³. En este sentido, el AAP Almería, secc. 2ª, nº 242/2011, de 29 de noviembre⁹⁴ declara que “el legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y solo 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”.

En el mismo sentido, para la SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 571/2009, de 16 de junio⁹⁵, que declara que “las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1 (traslado del menor), y ello aún cuando el legislador sólo exige de forma expresa la existencia de la citada resolución en el supuesto del segundo apartado, por cuanto dicha interpretación se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley (...) que señala que resulta necesario prever una respuesta clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quién verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro”.

Ello supone una clara desvinculación de la tutela penal que recibe la sustracción parental de menores respecto de la tutela civil reconocida en los Convenios internacionales⁹⁶, en la que se da protección también frente a sustracciones anteriores al dictado de resoluciones judiciales. Por tanto, este flanco -amparado por la tutela civil- queda desprotegido penalmente, al igual que ocurre en otros países, que sin embargo se

progenitores”.

Para MUÑOZ CONDE op. cit. pag. 328 “la primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quién corresponde la custodia del hijo”

⁹² Ad exemplum, AAP Sevilla, sec. 3ª nº 308/2007, de 25 de junio Pte: Márquez Romero, Angel ;AAP Jaén, sec. 2ª, nº 98/2007, de 30 de abril Pte: Morales Ortega, Rafael; AAP Las Palmas nº 587/2004, de 28 de junio Ponente: Salvador Alba Mesa; AAP Girona 738/2004, de 17 de diciembre Ponente: Jose Antonio Soria Casao; AAP Jaén sec. 2ª 54/2006, de 14 de marzo Elena Arias Salgado Robsy.

⁹³ AAP Sevilla nº 33/2005, de 20 de enero sec. 1ª Ponente: Miguel Carmona Ruano; AAP Vizcaya, sec. 2ª, nº 669/2007, de 12 de noviembre Pte: Real de Asúa Llona, Mª Jesús; AAP Madrid, sec. 4ª nº 340/2007, de 7 de junio Pte: Brobia Varona, Rosa;

⁹⁴ Pte: Contreras Aparicio, José María

⁹⁵ Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

⁹⁶ Como reseña LLARÍA IBAÑEZ, , op. cit. “es indiferente que el acusado, cuando realiza la retención, hubiera interesado ya la modificación de la guardia y custodia -pues hasta que no se produzca esa modificación, la guardia y custodia la seguía teniendo el otro progenitor-, o que posteriormente se le hubiere efectivamente atribuido (AAP, Gerona, 3ª, 158/2005, 21-3), siendo el orden jurisdiccional civil el competente para el otorgamiento de la guarda y custodia, que produce efectos civiles desde la Sentencia de Apelación (AP, Valencia, 2ª, 669/2005, 24-11)”.

están planteando criminalizar también estas conductas⁹⁷.

Igualmente el AAP Las Palmas, secc. 2ª, nº 269/2011, de 25 de mayo⁹⁸: “las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1 (traslado del menor), y ello aún cuando el legislador sólo exige de forma expresa la existencia de la citada resolución en el supuesto del segundo apartado, por cuanto dicha interpretación se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley (...) No estamos, en suma, ante una sustracción que haya tenido lugar quebrantando medida o de situación legal alguna de custodia, sino simplemente ante un ejercicio de la patria potestad compartida en el que discrepan quienes la comparten y que, ante todo, deberá dirimirse ante el órgano civil correspondiente”.

En el mismo sentido, el AAP Barcelona, secc. 3ª nº 1071/2012, de 19 de noviembre⁹⁹ declara que “se ha planteado si es posible subsumir en el primer apartado la conducta de aquel progenitor que, ante una situación de crisis en su relación de pareja, decide abandonar el domicilio con que compartía con el otro progenitor llevándose consigo al hijo menor de edad de ambos. A primera vista, la literalidad del precepto permite aplicar dicho tipo penal a supuestos como el presente, sin embargo, un análisis mas detenido de la situación nos lleva a la conclusión contraria (...) La aplicación al presente caso de dicho criterio jurisprudencial comporta, necesariamente, la desestimación del recurso de apelación interpuesto, toda vez que el mismo recurrente reconoce que durante el periodo de tiempo que menciona no existía ninguna resolución judicial que le hubiera atribuido la guarda y custodia de su hijo menor de edad”.

El AAP Cantabria, secc. 3ª, nº 166/2012, de 22 de marzo¹⁰⁰ declara también que “en ambos casos el sujeto activo es el progenitor que no ostenta la custodia, o con el que el menor no convive habitualmente. En el caso del apartado 2-1º el tipo lo exige expresamente, pero tal exigencia típica ha de extenderse al apartado 2-2º, pues dicho precepto está ineluctablemente enlazado con el apartado precedente. También cabe acudir como elemento interpretativo a la Exposición de Motivos (...) Se produciría el hecho típico, por tanto, cuando la sustracción se produce sin el consentimiento del que tiene la custodia y del que conviva con el menor habitualmente. Está muy claro, para esta Sala, que el sujeto activo de todas las acciones descritas en el artículo 225 bis del Código Penal ha de ser el progenitor no custodio (o ambos si la custodia hubiera sido otorgada a otra persona o a una institución). (...) Y tal interpretación resulta de todo

⁹⁷ La 7ª Recomendación de las formuladas por el Subcomité de Derechos Humanos y Desarrollo internacional del Parlamento de Canadá de Abril de 1998 postulaban lo siguiente: “el subcomité recomienda que el comité de Políticas sobre Derecho de Familia consulte con todas aquellas personas que tengan experiencia en casos de sustracción de menores con vistas a presentar una enmienda a la sección 283 del Código Penal, que proporcione a los Tribunales unas directrices claras en cuanto a la naturaleza criminal de la sustracción de menores en el caso de que no existiese atribución de custodia”. Vid. Materiales de trabajo nº 46 Dirección General del Menor y la Familia. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, mayo, 1999 pag. 6

⁹⁸ Pte: Acosta González, Nicolás

⁹⁹ Pte: Grau Gasso, José

¹⁰⁰ Pte: Alonso Roca, Agustín

punto lógica, pues solamente han de ser punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia.

Consiguientemente, si no hay una resolución judicial o administrativa no podrán subsumirse los hechos en el art. 225 bis.

La resolución judicial que se exige puede ser una sentencia, un auto de medidas provisionales (vid. SAP Zaragoza, sec. 3ª, nº 73/2008, de 11 de febrero¹⁰¹) o incluso un auto de medidas provisionalísimas. También podría integrarse por las medidas judiciales sobre la guarda adoptadas conforme al art. 158 CC¹⁰².

Para delimitar los contornos del tipo es fundamental determinar qué deba entenderse por residencia¹⁰³. Parece que a estos efectos debe operarse con el concepto de domicilio familiar¹⁰⁴, pero siempre que el cambio impida al progenitor custodio ejercer sus funciones parentales, pues en otro caso el tipo adquiriría unas dimensiones desmedidas. El traslado debe estar, pues, orientado a transmutar la residencia, modificando simultáneamente la regulación del régimen de guarda y custodia del menor.¹⁰⁵

Para la SAP Valencia, sec. 2ª nº 669/2005, de 24 de noviembre¹⁰⁶ “el apartado primero del número dos del artículo 225 bis del Código Penal considera sustracción "el traslado de un menor de su lugar de residencia", lo que...no tiene encaje en el caso de autos, porque el lugar de residencia del menor, que, según enseña la doctrina civilista, es un dato de hecho (quid facti), resultante de la permanencia del sujeto en un lugar determinado, era Onteniente y no está probado que fuera trasladado de esa población,

¹⁰¹ Pte: Ruiz Ramo, José

¹⁰² Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 8 “cualesquiera otros supuestos en los que no cuente el titular de la guarda con la correspondiente resolución judicial o administrativa que avale el deber de restituir al menor podrán, en el peor de los casos, ser reconducidos al tipo a partir del momento en que el titular de la guarda, en el ejercicio de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, obtenga una resolución judicial favorable a sus derechos. Ello no obsta a lo ya dicho de que, mientras no cuente con la correspondiente resolución, no se dará este tipo”

¹⁰³ Con acierto ha considerado TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. que “tal concepto es una cuestión de hecho, que habrá de ser apreciada por el aplicador de la norma, sobre la valoración de los vínculos efectivos del menor con un entorno familiar, cultural, educativo, en el que se producen sus relaciones sociales en el curso de su vida normal, y que traducen su pertenencia a una comunidad social y cultural. lo único requerido, para considerar como sustracción de menores el traslado de un menor, es que se realice sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, sin que sea necesaria la existencia de una decisión jurídica de atribución de la custodia a uno de los miembros de la pareja”.

¹⁰⁴ En esta línea DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo delito...”, op. cit. 6 ha considerado que “lo que sea el lugar de residencia habrá de precisarse a tenor del concepto de domicilio familiar u otro domicilio asignado o autorizado al menor por los titulares de su guarda. No se incluyen, por tanto, aquellos lugares de estancia temporal del menor, consentidos o autorizados por los titulares de la guarda, que no impliquen la sustitución de un domicilio por otro, en tanto en cuanto son, por eso mismo, diferentes del domicilio y compatibles con él”

¹⁰⁵ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 10 el traslado debe consistir en un desplazamiento con aspiración a lograr una verdadera modificación del lugar de residencia del menor, a su sustitución por la hasta entonces habitual, pretendiendo su integración en un nuevo domicilio fuera de la guarda de quien hasta entonces la ejercía.

¹⁰⁶ Pte: Turiel Sandin, Carlos

antes bien todo indica que siempre estuvo en ella.”

En nuestra opinión, lo relevante no es que se cambie o no la población, sino que se extraiga al menor del lugar donde vive con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute.

El tipo es de estructura permanente¹⁰⁷ y por ello, desde el punto de vista del derecho transitorio la reforma del Código Penal llevada a efecto por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, incidirá necesariamente en unas actuaciones en curso.¹⁰⁸

Se analiza este punto –sustracción iniciada antes de la entrada en vigor de la reforma y mantenida con posterioridad a la misma- en laSTC nº 196/2013, de 2 de diciembre: “el hecho de que la Sentencia haya considerado como retención ilícita una porción del tiempo en que el menor permaneció fuera de la compañía de su madre, con el consiguiente quebrantamiento de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que le otorgaron la guarda y custodia, no supone infracción alguna del principio de irretroactividad en materia penal, habida cuenta que solamente confirió relevancia a unos hechos perfectamente escindibles del traslado inicial y de la retención previa a la tipificación de esa conducta.

Debe concurrir la falta de anuencia del *progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia*.¹⁰⁹

El consentimiento válido¹¹⁰ generaría lógicamente la atipicidad de la conducta.

¹⁰⁷ AANacional 9/2004, de 31 de enero Ponente: Javier Gómez Bermúdez “el delito del art. 225 bis CP 95...es un delito permanente. Por tanto la antijuricidad de la acción se prolonga en el tiempo hasta que no se le pone fin (en nuestro caso, hasta que no se restituye al niño a su madre)”.

¹⁰⁸ En este sentido, se pronuncia el AAP Zaragoza 18/2003, de 17 de enero Pte Santiago Perez Legasa. También para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10 “el delito es uno de carácter permanente, en la medida en que, una vez producida la consumación, el comportamiento típico, omisivo o activo, continúa realizándose ininterrumpidamente. Esto resulta evidente en relación con la variante comisiva de retención, pero rige también para la de traslado, dado que una vez consumado el delito a través de esta variante el comportamiento típico sigue desarrollándose en el marco de la segunda variante, la de retención, en la gran mayoría de las ocasiones” También LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 58 considera que “ciertamente el delito se configura como permanente en la medida en que se cumplen las características que debe reunir estas figuras: un bien jurídico de naturaleza flexible, susceptible de afectación gradual y una dinámica comisiva que autoriza a una afección continuada tras la consumación”

¹⁰⁹ Considera DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo delito...”, op. cit. que “...pueden poseer tal titularidad los padres, tutores, acogedores residenciales o familiares, guardadores de hecho, y cualesquiera otras personas o instituciones que por disposición legal o judicial hayan accedido a la titularidad de la guarda material del menor. Y que no la poseerán los padres, tutores o guardadores que no dispongan a título propio de la guarda material del menor, aun cuando hayan podido quedar encomendados temporalmente del mismo, ni los delegados o subdelegados paternos o de los guardadores, ni, por supuesto, los guardadores temporales sobrevenidos por apoderamiento del menor...Que la ausencia del consentimiento a que alude el tipo haya de ser la de los titulares de la guarda, y no la de cualesquiera personas que la puedan estar ejerciendo de manera temporal, se deduce, ante todo, del objeto de protección de este precepto. Se puede derivar también fácilmente de las referencias típicas a que el consentimiento, cuya ausencia dará lugar al tipo, se ha de prestar respecto a la modificación del lugar de residencia del menor, y no respecto a su desplazamiento de cualquier lugar de estancia temporal”.

¹¹⁰ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 9 este consentimiento puede ser expreso o tácito, aunque este último debe ser inequívoco, y siempre que exista constancia de que el progenitor conviviente tiene cabal

En esta modalidad de sustracción tiene cabida, fundamentalmente, la actuación de aquel miembro de la pareja que carece de la custodia habitual del hijo menor de edad, y pretende conseguirla mediante el recurso a vías de hecho. En ese sentido se interpreta la referencia a la *convivencia habitual del hijo menor con el progenitor*, lo que parece reducir esta modalidad de sustracción a los casos en los que el sujeto activo es el titular de la patria potestad, que no cuenta más que con un derecho de visita. No obstante, no se requiere en todo caso una convivencia real, sino que puede existir el delito cuando el titular que ejerce la custodia no convive personalmente con el hijo, pero es quien tiene la guarda (así por ejemplo, cuando el custodio ingresa al menor en un internado); en ese sentido debe entenderse el término “cuidado de los hijos” empleado por el art. 159 del Código Civil¹¹¹.

Dados los contornos difusos del tipo debe en todo caso operarse con el principio de intervención mínima, a la hora de concretar el núcleo de los comportamientos penalmente reprochables.

Desde luego, lo que es improcedente es exigir, para la concurrencia del tipo del art 225 bis, los requisitos del delito de desobediencia, pues se trata de tipos distintos, con exigencias distintas, no siendo éste subsidiario de aquel.¹¹²

2.6.2 Retención

La segunda modalidad típica es la de la *retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*.

Esta modalidad sí que expresamente exige la preexistencia de una resolución ordenadora del régimen de guarda del menor. Lo que no se exige es que la resolución

conocimiento del traslado efectuado. Por supuesto, este consentimiento debe ser válido y no estar viciado, a la manera exigida para el matrimonio en el Código Civil (artículos 45 y 73), siendo, de forma analógica, también aplicables las reglas que para los contratos da la normativa civil en sus artículos 1.265 a 1.270 en lo que se refiere al error, la violencia, la intimidación o el dolo.

¹¹¹ TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...”, op. cit.

¹¹²AAP Sevilla nº 477/2004, de 8 de noviembre Sec 1ª ponente Carlos I. Lledó González “El Juzgado de Instrucción analizó los hechos desde la sola perspectiva del delito de desobediencia, y en punto a ello hemos de coincidir en que efectivamente no concurren los elementos definidores de tal figura delictiva (un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la Autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; y la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante). Pero distinta respuesta merece la cuestión desde la óptica de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre...y respecto al cual sólo puede concluirse que no es una figura necesariamente subsidiaria de la desobediencia -lo que haría superflua su introducción al mantenerse el tipo penal de ésta-, ni ha de exigirse por tanto la emisión de una orden concreta y personal -cuyo incumplimiento, caso de existir, podrá seguir dando lugar a la comisión del delito tipificado en el art. 556 o, en casos de menor entidad, de la falta del art. 634- para que pueda ser sancionada la infracción del régimen de custodia, siempre que se den en todo caso los elementos objetivos y subjetivos del tipo comunes a toda infracción penal, lo cual constituirá precisamente el objeto del proceso, debiéndose por ello tramitar el correspondiente procedimiento”.

sea firme, siempre que sea ejecutiva¹¹³. Tampoco se exige que sea judicial, pudiendo integrarse por una resolución administrativa de protección.

En efecto, por resolución cabe entender incluidas dentro de su esfera competencial tanto las judiciales como las administrativas¹¹⁴. Dentro de las judiciales quedarían abarcadas las resoluciones sobre medidas provisionalísimas, las medidas provisionales, (art. 103 CC) o definitivas (art. 90 a 92 CC) en procesos de separación, nulidad o divorcio (156, 159 CC)¹¹⁵ así como las medidas judiciales sobre la guarda adoptadas conforme al art. 158 CC¹¹⁶.

Por esta exigencia cabe entender el tipo como una modalidad de desobediencia –aunque no son exigibles sus requisitos-, en la que también sufre el bien jurídico de la recta Administración de Justicia, cuando lo quebrantado es una resolución de esta naturaleza.

Los supuestos habituales serán aquellos en los que se aprovecha el ejercicio del derecho de visita para no restituir al menor a su lugar de residencia¹¹⁷.

En una primera fase la doctrina se decantó por entender que en estos supuestos de incumplimiento de deberes fijados en una previa resolución, el tipo podía abarcar tanto casos de negativa a entregar al hijo al progenitor custodio por parte del progenitor que se encontraba disfrutando del régimen de visitas, como, a la inversa, la negativa de entrega del progenitor custodio al no custodio cuando le corresponde disfrutar del régimen de visitas.¹¹⁸ La tendencia actual mayoritaria –no exenta de discrepancias¹¹⁹-es

¹¹³ STERN BRIONES, op. cit. pag. 11 en la misma línea considera que en pro de la seguridad jurídica, no será preciso que esa resolución sea firme, bastando con que sea definitiva aun cuando se encuentre pendiente de recurso o se produzca dentro del plazo para recurrirla, pues el recurso no tendrá efecto suspensivo. La exigencia de este requisito es socialmente discutible dado que el primordial objeto de protección es, como ya se ha anticipado, el interés del menor canalizado a través de su estabilidad familiar, social y afectiva, y este interés se ve igualmente ofendido ya exista una resolución judicial o ya sea una relación de hecho en la que los progenitores no han acudido a las vías oficiales para distribuir su tiempo de compañía con el niño, o incluso, cuando esta distribución se venía realizando sin problemas a lo largo del tiempo. En cualquier caso, si en una separación de hecho de la pareja uno de ellos se lleva al niño y durante su permanencia recae resolución judicial, la necesidad de que la guarda se realice de forma permanente hará que el delito surja a la realidad en cuanto dicha resolución sea dictada, por ejemplo cuando exista convenio regulador del régimen de visitas entre los progenitores y éste es presentado a aprobación judicial.

¹¹⁴ La conclusión nº 8 del I Congreso Jurídico Internacional sobre secuestro interparental de Menores, celebrado en Zaragoza en el año 2001 incluía la petición cuando se trata de menores desaparecidos, de que las instituciones públicas, los considere en desamparo, y por lo tanto asuma, de manera temporal, la tutela de los niños, al objeto de seguir con todas las acciones legales pertinentes hasta su recuperación.

¹¹⁵ LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 54

¹¹⁶ Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 8 “cualesquiera otros supuestos en los que no cuente el titular de la guarda con la correspondiente resolución judicial o administrativa que avale el deber de restituir al menor podrán, en el peor de los casos, ser reconducidos al tipo a partir del momento en que el titular de la guarda, en el ejercicio de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, obtenga una resolución judicial favorable a sus derechos. Ello no obsta a lo ya dicho de que, mientras no cuente con la correspondiente resolución, no se dará este tipo”

¹¹⁷ En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 53

¹¹⁸ En esta línea ha defendido TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...”, op. cit. que “puede tener lugar tanto en los casos en los que el titular de la patria potestad, que ejerce la custodia habitualmente, se niega a facilitar al otro titular su derecho de visita, como por este último cuando transcurrido el tiempo acordado para el ejercicio de ese derecho no reintegra la custodia del menor a quien tiene atribuido su

incluir en el tipo solamente los supuestos de retención con quebrantamiento de la guarda, excluyendo la retención con quebrantamiento del régimen de visitas por parte del guardador¹²⁰.

La jurisprudencia menor excluyó esta segunda posibilidad, que sin embargo podía ser sancionada –ahora ya no- mediante la falta del art. 622 o la del art. 618.2. De nuevo aquí pueden detectarse fluctuaciones, sin duda generadas por la deficiente tipificación de las conductas punibles.¹²¹

ejercicio habitual”. En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 54. también en esta línea QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 354 y TORRES FERNANDEZ “Comentarios al..., op. cit. pag. 872

¹¹⁹ La jurisprudencia menor en este punto se ha dividido, existiendo resoluciones a favor de incluir los incumplimientos graves del régimen de visitas AAP Sevilla secc. 1ª nº 186/2005, de 19 de abril ponente Miguel Carmona Ruano “es cierto que tal precepto habla de "régimen de custodia", lo que ha llevado a entender por alguna resolución judicial que lo que se sanciona en el nuevo tipo penal es el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guardia y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y que no incluye los simples incumplimientos episódicos del régimen de visitas, que en sí mismo no afectan a "régimen de custodia". Pero lo cierto es que los términos amplios del nuevo precepto penal permiten incluir en él los quebrantamientos, siempre que no sean simplemente episódicos, del régimen global fijado en cuanto a la custodia de los menores, que también incluye el régimen de visitas”.

SAP Santander sec. 1ª nº 23/2008, de 4 de febrero María Rivas Díaz de Antoñana “las incidencias en el régimen de visitas cuando tienen trascendencia penal aparecen reguladas, si son graves y revisten naturaleza de delito bien en el artículo 225 bis o en el genérico de desobediencia del artículo 556”

¹²⁰ En este punto fue pionera la SAP Sevilla nº 11/2004, de 12 de enero Ponente: José Manuel de Paúl Velasco, posteriormente seguida por una gran cantidad de resoluciones. Para esta resolución “el apartado 2 del artículo 225 bis se encabeza con la especificación de que a los efectos de este artículo se considera[n] sustracción las dos conductas que a continuación enumera; de suerte que el referido apartado 2 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, 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 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... De esta suerte, hay que concluir que el número segundo del apartado 2 del artículo 225 bis del Código Penal no tiene otra función que la de evitar, por vía de interpretación auténtica, la laguna de tipicidad que se produciría si no se equiparase a la sustracción en sentido propio la retención, traslado o negativa a la restitución por el progenitor apartado de la custodia que sin embargo tuviere en un principio legítimamente al hijo en su compañía, en ejercicio del régimen de comunicación establecido con él; al modo, si es admisible la comparación, de lo que en los delitos patrimoniales es la apropiación indebida frente a los delitos de apoderamiento en sentido estricto”.

¹²¹ SAP Guadalajara, sec. 1ª, nº 33/2007, de 7 de marzo Pte: Serrano Frías, Isabel “el término "retención", unido a la mención de forma genérica de incumplimiento grave del deber establecido en resolución judicial o administrativa, al menos en una interpretación gramatical, podría abarcar no solo la conducta del progenitor no custodio que no reintegra al menor sino también la del que, ostentando la custodia pero viniendo sujeto a la obligación de entregarlo para el ejercicio del derecho de visitas fijado a favor del que no goza habitualmente de la guarda del hijo, lo retiene infringiendo el deber establecido en la sentencia, infracción que, si se conceptúa como grave, sería constitutiva del delito del art. 225 Bis y, en caso contrario, de la falta del art. 622

SAP Cantabria, sec. 1ª nº 23/2008, de 4 de febrero Pte: Rivas Díaz de Antoñana, María “las incidencias en el régimen de visitas cuando tienen trascendencia penal aparecen reguladas, si son graves y revisten naturaleza de delito bien en el artículo 225 bis o en el genérico de desobediencia del artículo 556 , y si son

El propio tipo incorpora como elemento del mismo la gravedad del incumplimiento¹²², por lo que deben quedar fuera de su ámbito todos aquellos incumplimientos leves, ocasionales o ayunos de dolo;¹²³ especialmente habrá de valorarse la duración del incumplimiento¹²⁴.

leves y requieren sanción penal en el artículo 622...".

¹²²Para interpretar la gravedad se han aportado interesantes criterios. Así, para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10 "para que se pueda hablar de que concurre el resultado típico, el periodo de tiempo que el menor ha de permanecer localizado en otra área de convivencia bajo el poder del sustractor ha de ser significativo desde el punto de vista del contenido de lo injusto. El criterio que parece más solvente se remite al lapso de tiempo que da ocasión para que el titular de la guarda se haya visto efectiva y concretamente impedido de ejercer sus funciones de guarda en el área de convivencia del menor por él establecida, con simultáneo ejercicio efectivo de la guarda por el sustractor. La magnitud, tanto del comportamiento típico como del resultado material, necesaria para que tales elementos sean típicamente relevantes, habrá de prestar atención a la aptitud del comportamiento para lesionar de manera general el bien jurídico protegido, así como a la lesión del bien jurídico producida, respectivamente. En este sentido, no cabrá otorgar relevancia típica a traslados que impliquen desplazamientos que se limitan a sobrepasar los márgenes de disponibilidad espacial del menor autorizados en la guarda temporal. Tampoco tendrán la importancia típica precisa aquellas retenciones que no pasen de ser retrasos en la restitución del menor, por lo general fundados en el deseo de prolongar la convivencia con éste, supuestos que carecerán de la cualidad de incumplimiento grave del deber de restitución, específicamente exigido en el tipo para esta variante comisiva. Y no darán lugar a un resultado típico de suficiente relevancia modificaciones de la residencia del menor fácilmente superables por el titular de la guarda o el propio menor, o que no impidan, aun con dificultades, un simultáneo ejercicio de la titularidad de guarda junto a la guarda sobrevenida, o cuya duración, aun bastando para configurar el resultado típico, no alcanza los mínimos imprescindibles para hablar de una relevante afección a la seguridad personal del menor. En cualquier caso, el tipo no se excluye porque el nuevo lugar de residencia y la guarda en él ejercida cierren el paso a una situación material de vulnerabilidad del menor. El precepto protege la seguridad del menor en inmediata conexión con su extracción del área de convivencia establecida por el titular de la guarda".

¹²³ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 14 "el incumplimiento de los deberes establecidos por resolución judicial o administrativa debe ser grave. No cualquier incumplimiento va a dar lugar a la comisión de delito, por lo que, con el requisito de la gravedad se va a introducir un elemento nuevo de alcance valorativo. En primer lugar, el incumplimiento debe ir referido a alguna de las obligaciones expresamente recogidas en la resolución judicial o administrativa que hagan referencia a la relación de quien incumple con el menor, pues la medida de la gravedad del quebrantamiento viene determinada por la vulneración o la puesta en peligro de algún derecho del menor. Por tanto, un mero retraso en la entrega o devolución de menor o un cambio no sustancial en las condiciones de la entrega, no deben ser incluidas en el tipo penal, ni tampoco será suficiente por sí solo el mero traspaso en la autorización de traslado espacial a un punto más lejano del originariamente previsto, dejando en consecuencia los casos leves para la falta del artículo 622 del Código Penal. En segundo lugar, el incumplimiento debe dar lugar a un quebranto importante en los derechos tanto del propio menor como del otro progenitor, que deben ver impedido o al menos severamente mermado el derecho a mantener la relación propia de un menor con su progenitor, conforme a lo previsto en el artículo 5 del Convenio de La Haya. Por tanto, para que sea grave la retención, al menos tendrá que ser dilatada en el tiempo, con la consecuencia de que el progenitor guardador habitual se haya visto efectivamente privado de cumplir con su deber (derecho) de custodia". Para TORRES FERNANDEZ "Comentarios al...", op. cit. pag. 873 "no es suficiente para integrar el tipo el mero retraso en la devolución del menor al otro titular de la potestad sobre él, sino que es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de sus facultades de custodia, de manera que sea un hecho merecedor de la considerable pena prevista para su realización"

¹²⁴Para LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 56 "para determinar la gravedad en el incumplimiento de la resolución hay que tomar en consideración los plazos establecidos en el propio precepto y fundamentalmente la afectación del bien jurídico. Así, no podrán ser consideradas graves actuaciones que no impidan el normal establecimiento entre el hijo y los padres"

Para PRATS CANUT op. cit. pag. 602 "estamos ante un concepto valorativo indeterminado, no siendo

De nuevo aquí, antes de la reforma operada por LO 1/2015, los incumplimientos que no alcanzaban rango delictivo no necesariamente quedaban impunes, pues se podía acudir a los tipos correlativos previstos como faltas en el Libro III CP¹²⁵. El no contar ahora con esta posibilidad de nuevo entraña el peligro de expansión del radio de tipicidad (*net expanding*).

Tanto en la sustracción como en la retención, los medios comisivos son abiertos, en el bien entendido de que si se cometen otro u otros delitos para lograrlas procedería aplicarlos conjuntamente conforme a las normas generales del concurso de delitos.¹²⁶

2.7 Tipo subjetivo

En primer lugar ha de partirse de que el delito no incorpora expresamente ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que en principio bastaría para su comisión la concurrencia de un dolo general que abarque la conciencia y voluntad de trasladar o retener al menor lesionando el derecho de éste a relacionarse con ambos progenitores¹²⁷ y quebrantando una resolución judicial o administrativa.

El texto legal no siguió en este punto la Proposición de Ley 122/000002 del Grupo Socialista, que exigía que la sustracción tuviera lugar “con el fin de impedir la comunicación o estancia con el otro progenitor”.

Sin embargo, en conexión con el principio de intervención mínima, se ha entendido por la jurisprudencia menor que el tipo exige la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía¹²⁸. Esta interpretación, muy extendida,

fácil determinar cuándo el incumplimiento reviste las características de gravedad o por el contrario, cuándo las mismas no concurren. En nuestra opinión...no cabría interpretar como gravemente vulneradora de derechos las retenciones que no comportasen lesión o puesta en peligro de derechos del hijo menor”

¹²⁵ En esta línea, para LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 56 “en todo caso, el incumplimiento ha de ser grave, lo que trae consigo la exclusión de los supuestos de mero retraso o incumplimientos puntuales que deben en su caso reconducirse a la falta bien del 618.1, bien del 622 pues para la aplicación de las sanciones graves deben existir impedimentos importantes para el ejercicio bien del derecho de custodia, bien del derecho de visita que impidan de manera definitiva la correcta relación entre padres e hijos”

¹²⁶ Como expone DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 8 “el resultado no debe tener características adicionales, tales como ser constitutivo de un encierro o una detención, implicar su mantenimiento el uso de medios coactivos o intimidatorios, o ir acompañado de malos tratos. En caso de que concurrieran tales comportamientos se darán los correspondientes concursos”. También en este sentido, para STERN BRIONES, op. cit. pag. 9 la forma de conseguir el traslado es absolutamente abierta, de manera que cabrán tanto los medios astutos como violentos, y efectuados tanto sobre el propio menor como sobre aquellos que lo custodien en cada momento, sin perjuicio de las reglas concursales aplicables en cada caso

¹²⁷ En el mismo sentido, STERN BRIONES, op. cit. pag. 9

¹²⁸ SAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 241/2009, de 5 de mayo Pte: López Millán, Antonio Eloy; SAP Barcelona sec. 6ª 220/2007, de 15 de marzo Maria Dolores Balibrea Perez; AAP Girona, sec. 3ª, nº 98/2008, de 8 de febrero Pte: Soria Casao, José Antonio

supone la incorporación de un elemento subjetivo del injusto que como veíamos, no está expresamente recogido en el tipo.

En esta misma línea se ha considerado que el propósito de la conducta es convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal o en apartar definitivamente al otro progenitor en sus funciones de guarda¹²⁹.

En efecto, utilizando el argumento de la gravedad de las penas, especialmente la inhabilitación para la patria potestad, se subraya la necesidad de que concurra el ánimo de apoderamiento definitivo del menor¹³⁰.

En este sentido pueden destacarse sentencias recientes, como la SAP Badajoz, secc. 1ª, nº 76/2015, de 21 de octubre, que declara que “el requisito subjetivo del tipo ha de entenderse como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial...el acusado quiso tener al menor en su compañía con una clara vocación de permanencia, haciendo ineficaz la resolución judicial dictada atribuyendo la guarda y custodia a la madre”.

¹²⁹ El AAP Madrid, Sección 17ª, de fecha 17 de junio de 2004, Recurso 285/2004 considera que la interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma 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.

También el AAP Tarragona, sec. 2ª, de 28 de noviembre de 2003, Recurso 763/2003 considera que la antijuridicidad debe estar conectada con la eficacia de la resolución judicial que ha sido pronunciada o que puede dictarse en el futuro, en relación con una tendencia subjetiva dolosa de apartar definitivamente al otro progenitor, excluyéndole persistentemente del ejercicio de los derechos y deberes paterno-filiales.

¹³⁰ SAP Barcelona, sec. 6ª nº 220/2007, de 15 de marzo Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores “Dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo. Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos.

En la misma línea, el AAP La Rioja, secc. 1ª nº 157/2008, de 2 de octubre, en relación con el elemento subjetivo del injusto declara que “dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo. Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos”.

Igualmente, la SAP Pontevedra, secc. 5ª, nº 293/2016, de 16 de junio¹³¹ declara que un criterio para distinguir “es la concurrencia o no del dolo característico o propio del delito de sustracción de menores, en el que su autor pretende privar completamente al otro progenitor o cónyuge de la relación con el hijo menor”.

Para la SAP Almería, secc. 1ª, nº 133/2013, de 10 de mayo¹³² “la jurisprudencia sobre tal delito ha señalado que ante la gravedad de las penas previstas para estas conductas, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de retener al menor alterando o pervirtiendo el régimen de guarda y custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en definitiva de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva tratando de evitar la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor custodio incumpliendo gravemente el mandato judicial. La aplicación de tal tipo gira en torno a la "gravedad" a determinar en función de las concretas circunstancias concurrentes”.

También el AAP Lleida, secc. 1ª nº 527/2011, de 14 de diciembre¹³³ declara que “dada la gravedad de las penas previstas para la conducta tipificada en el art. 225 bis CP, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo.

¹³¹ Pte: Fernández-Rivera González, María Paz

¹³² Pte: Molina Romero, Lourdes

¹³³ Pte: Juan Agustín, Mercè

Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar en ánimo del auto, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos”.

Para la SAP Albacete, secc. 1ª nº 162/2010, de 15 de noviembre¹³⁴ el dolo característico o propio del delito de sustracción de menores consiste en que “su autor pretende privar completamente al otro progenitor o cónyuge de la relación con el hijo menor”.

Para la SAP Álava, secc. 2ª nº 286/2013, de 11 de septiembre¹³⁵ “dada la entidad de las penas, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor o tercero que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir la resolución judicial o administrativa que lo disponía”.

En este mismo sentido puede citarse el AAP Barcelona, secc. 9ª, nº 627/2016, de 3 de octubre también declara que “dada la gravedad de las penas previstas (...) el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo. Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben (...) las actuaciones temporales(...)”.

También se ha exigido que el dolo del autor abarque la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y el conocimiento de que se ha dictado una resolución judicial en la que se atribuye la guarda al otro progenitor¹³⁶.

¹³⁴Pte: Salinas Verdeguer, Eduardo

¹³⁵Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo

¹³⁶SAP Madrid, sec. 27ª, nº 1510/2008, de 15 de diciembre Pte: Romera Vaquero, Consuelo “considera el Tribunal que no puede estimarse en el mismo concurren los elementos que integran el ilícito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal y ello, porque, como se infiere de la jurisprudencia anteriormente citada, para la existencia del meritado delito es necesaria la existencia una decisión judicial o administrativa que sea conscientemente infringida por el agente y en el caso que nos ocupa, si bien la existía la referida resolución judicial por la que se atribuía de forma exclusiva a la madre la custodia del menor, considera el Tribunal que no puede presumirse que el acusado conociera la misma pues no le fue notificada sino por edictos, el acusado explicó que si bien su expareja le dijo que tenía que ir al juzgado, él le contestó que no podía hacerlo, pues se encontraba en busca y captura e incluso la propia denunciante admitió en su declaración en el acto del juicio oral que, aunque ella comunicó al acusado que le había sido atribuida judicialmente la custodia del menor con carácter exclusivo, era posible que el apelante no creyera que tales manifestaciones fuesen ciertas, extremos que, como se ha enunciado, han de conducir a

Ahora bien, este conocimiento debe entenderse colmado en la modalidad de dolo eventual o dolo de indiferencia. En este sentido, la SAP Álava, sec. 2ª nº 348/2015, de 27 de noviembre¹³⁷ declara que “en el caso enjuiciado podemos decir que no se puede negar que los acusados tuvieron conciencia de la antijuridicidad de su conducta, o que al menos ésta fuera contraria a derecho, bastando además con que tuvieron conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad (lo que nos llevaría a un dolo eventual). Y es que, de sobra conocían que estaban procediendo de forma ilegítima, en base a los indicios basados en hechos anteriores, concomitantes y posteriores al momento de la "sustracción" de su hija menor (...) el comportamiento desplegado por los acusados mal se aviene con un convencimiento de comportamiento lícito o legal. Y es que no resulta ortodoxo que si los acusados estaban en la creencia de actuar correctamente, al día siguiente de que la hija menor estuviera acogida, aguardaran "esperándola" en un parque aprovechando que la menor se encontraba de paseo con los cuidadores optando el acusado por cogerla apresuradamente sin dar explicación alguna a aquéllos más allá de afirmar que tenía un papel que le permitía estar con su hija (...); salir apresuradamente del lugar; y comenzar un periplo por la geografía española y allende sus fronteras evitando cualquier contacto con las autoridades administrativas e incluso desoyendo los requerimientos judiciales de restitución” (...).

En este sentido es muy interesante la STC nº 196/2013, de 2 de diciembre¹³⁸. Los hechos sobre los que recae la sentencia condenatoria son los siguientes: el acusado mantuvo una relación sentimental con María de los Ángeles, fruto de la cual nació un niño [...] el 6 de septiembre de 1997. Por auto dictado el 5 de agosto de 1999 por el juzgado de Instancia número 1 de la Carolina, en autos de Jurisdicción voluntaria sobre guarda y custodia 11/1999, se atribuye provisionalmente la guarda y custodia del hijo menor [...] a María Ángeles, en tanto se resuelva el juicio de menor cuantía 2/1999, siendo la patria potestad compartida, atribuyendo régimen de visitas al acusado. Por Sentencia de 15 de febrero del 2000 el Juzgado de instancia número 1 de la Carolina, en autos de menor cuantía número 2/99, se atribuye de forma definitiva la guarda y custodia del hijo menor [...] a María Ángeles, siendo la patria potestad compartida, atribuyendo régimen de visitas al acusado. Durante el año 2002, hasta octubre del 2006, el acusado, sin el consentimiento expreso de la madre y sin causa justificada, con el propósito de impedir a la misma el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia que le correspondían judicialmente, retuvo al menor en el extranjero, en Méjico, hasta que en octubre del 2006 reintegra al menor a su madre. Durante ese tiempo la madre no tuvo en ningún momento conocimiento del estado y de la situación del menor.”

La STC nº 196/2013 declara lo siguiente en relación con la conciencia de la antijuridicidad de la conducta “se invoca, como motivo autónomo, la aplicación al caso de la figura del error prevista en el artículo 14 del Código penal. Tal alegación se basa, sustancialmente, en el hecho de que cuando abandonó España en el año 1998 no existía la figura delictiva por la que resultó condenado. De ahí que, al desconocer el cambio

que no ha resultado debidamente acreditado concurra en este caso el elemento subjetivo integrante del tipo penal constituido por la conciencia y voluntad de infringir la resolución judicial o administrativa, siendo por ello que ha de procederse a revocar la sentencia de instancia y absolver al recurrente del delito de sustracción de menores por el que se le condenaba en la sentencia de instancia.

¹³⁷Pte: Aztiria Sánchez, Raul

¹³⁸ Pte: González-Trevijano, Pedro

normativo operado en nuestra legislación penal, el hecho de permanecer con el menor fuera del territorio nacional estuvo condicionado por un error invencible, tanto de tipo, al no haber tenido noticia de la entrada en vigor del art. 225 bis CP, como de prohibición, al no saber que la conducta pudiera ser ilícita (...) El demandante imputa a las resoluciones judiciales la infracción del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, al haber sido condenado por unos hechos que cuando acontecieron (en el año 1998) no eran constitutivos del delito, pues el artículo 225 bis no se había incorporado al Código penal (CP). También considera que al no ser conocedor de la entrada en vigor del citado artículo, no debió ser condenado por la retención del menor acaecida desde la vigencia de la referida norma penal. Por último, alega que la retención del menor sólo podría considerarse constitutiva de delito si el incumplimiento de las decisiones judiciales que otorgaban la guarda y custodia a la madre hubiera sido consciente, es decir, si el autor hubiera tenido conocimiento cierto del contenido de las citadas resoluciones. Por ello, al desconocer lo dispuesto en las referidas decisiones judiciales e, incluso, la existencia de las mismas, la condena de la que fue objeto conculca el derecho fundamental invocado en el recurso de amparo. (...) conforme al carácter de “delito permanente” que se atribuye al indicado precepto, cuya principal característica consiste en que hasta en tanto no se restablece el orden jurídico quebrantado el delito continúa cometiéndose, más allá del momento inicial de la consumación, resulta de todo punto consecuente distinguir entre el traslado del menor sin el consentimiento del progenitor con quien habitualmente conviva -supuesto al que se refiere el ordinal primero del número dos del art. 225 bis CP- y la retención del menor con incumplimiento grave el deber establecido por la resolución judicial o administrativa (art. 225 bis 2.2 CP) (...) el caso sometido a nuestro conocimiento presenta una evidente singularidad pues, cuando el demandante marchó al extranjero con su hijo, el apartamiento de este último de la compañía de su madre no constituía infracción penal, siendo harto improbable -como así lo vienen a reconocer los órganos judiciales- que aquél llegara a ser sabedor de la entrada en vigor del art. 225 bis CP y de las conductas que, a partir de ese momento, pasaban a ser constitutivas de infracción penal. Sin embargo, la Sala infirió que el demandante sí fue consciente de la plena ilicitud de su comportamiento -aunque aquél manifestase en reiteradas ocasiones que su comportamiento fue lícito- y, conforme a ese dato, colige que no resulta de apreciación la figura del error por el simple hecho de ignorar la tipificación penal de una conducta, ya que fue conocedor de que el comportamiento desarrollado era manifiestamente contrario a Derecho. (...) Ciertamente, el precepto no contiene referencia explícita a que el autor deba conocer el contenido de las resoluciones citadas; por ello, al no ser un elemento específicamente descrito en el enunciado de la infracción penal la relevancia que, en suma, revista ese aspecto ha de ser ponderada en el ámbito propio de la culpabilidad, pues conforme a lo establecido en el art. 5 CP “no hay pena sin dolo o imprudencia”, de tal modo que sólo pueden reputarse delictivas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 CP). Como el Código penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al art. 225 bis CP es el dolo; de ahí que solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuirle responsabilidad penal por los hechos cometidos. (...)

A diferencia del análisis que se hace de la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, el TC considera que no se ha motivado lo relativo al conocimiento del condenado de que se había dictado una resolución judicial en la que se atribuyó la guarda al otro progenitor: “teniendo en cuenta la estructura del delito por el que resultó

condenado el demandante, se constata que la subsunción de los hechos probados en la norma penal orilla un aspecto de capital importancia para el esclarecimiento del dolo, pues si bien la voluntariedad de retención del menor ha sido debidamente sopesada a esos efectos, sin embargo nada se dice sobre la imbricación del elemento intencional sobre los restantes aspectos integrantes de la figura delictiva que sirvió de título de condena, en concreto, sobre “la resolución judicial o administrativa” que fijara el deber cuyo conocimiento, en los precisos términos de dicha resolución, resulta ineludible en el supuesto del número 2.2 del art. 225 bis CP. Los órganos judiciales omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación que el recurrente tuvo de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas -elemento intelectual-, ni sobre la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de transgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles -elemento volitivo-, aspectos estos que nada tienen que ver con el requerimiento expreso de cumplimiento y el apercibimiento de las consecuencias penales que la Audiencia Provincial consideró que no constituían requisitos necesarios para la consumación del delito previsto en el artículo 225 bis del Código penal, ni con el hecho de que la notificación por edictos fuera legalmente válida ante el ignorado paradero del recurrente. En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil. Por tanto, aun desde la posición externa en que se sitúa este Tribunal, no debe pasar inadvertido que el criterio seguido por los órganos judiciales se anuda a unas pautas que son extrañas a la consideración constitucional de la culpabilidad como el principio estructural básico del Derecho penal, según el cual “no sólo es necesario que a la existencia de un resultado lesivo le acompañe el elemento intencional ... sino que la concurrencia de ese específico elemento subjetivo debe quedar suficientemente acreditada, lo que sólo sucede si existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la intención perseguida por el acusado con la acción, enlace que debe justificarse a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (...)”¹³⁹.

Cabe la concurrencia de errores de tipo y de prohibición, a resolver conforme a las normas genéricas del Código Penal.¹⁴⁰ En este sentido, para PRATS en los supuestos de

¹³⁹ Continúa la resolución declarando que “En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante (...) la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad”.

¹⁴⁰ Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 12 “Son fácilmente imaginables errores de tipo. Así, el sujeto activo cree que los titulares de la guarda consienten en modificar el lugar de residencia del menor, error que se puede basar, entre otros motivos, en que interpreta erróneamente sus manifestaciones, o incluso en que realiza una incorrecta identificación de quiénes sean los titulares de la guarda. O el autor del delito tiene un entendimiento equivocado del contenido de la resolución judicial o administrativa que ha establecido quién sea el titular de la guarda o quién deba determinar el lugar de residencia del menor. La presencia del error, sea invencible o vencible, dará lugar a la impunidad del comportamiento, a falta de

traslados consentidos en ejecución del régimen de visitas “es frecuente que el consentimiento se preste de forma verbal, sin que concurra constancia documental como ocurre con el régimen de visitas, de tal suerte que puede aparecer como un campo abonado para la relevancia del error, ya sea por una extralimitación en la comprensión del consentimiento otorgado, ya sea porque el progenitor que consiente de manera informal con posterioridad modifica unilateralmente dicho consentimiento”. Este autor entiende –en opinión que claramente compartimos- que este tipo de errores han de tratarse dentro del error de tipo, siendo impune tanto el error vencible como el invencible.¹⁴¹

En efecto, al no existir un tipo paralelo imprudente, la realización del resultado típico mediante culpa resultará impune.

También dentro del terreno de la culpabilidad y de su presupuesto, la imputabilidad, habrá de analizarse con cuidado en cada supuesto la posible concurrencia de trastornos mentales, alteraciones psíquicas y estados pasionales “dado el fuerte componente afectivo y emocional que suelen presentar estas conductas”¹⁴².

2.8 Carácter público del delito

Su configuración como delito público no ofrece dudas. En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia menor. El AAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 2ª, de 20 de mayo de 2008¹⁴³ declara que “el art. 225 bis CP contiene una infracción perseguible de oficio, sin que la voluntad de las partes pueda determinar el archivo del procedimiento.” El AAP Madrid, secc. 17ª, nº 202/2012, de 8 de febrero¹⁴⁴ expresamente declara que “no se establece en el artículo 225 bis del Código Penal ningún requisito de procedibilidad”.

En nuestra opinión, debiera haberse optado por conferir naturaleza semipública al delito, teniendo en cuenta que se trata de una conducta cometida en el seno de la familia y que en muchas ocasiones, la intervención del aparato punitivo estatal puede complicar la decisión de fondo¹⁴⁵. No alcanza a comprenderse porqué otros tipos contra los derechos y deberes familiares como el impago de pensiones se estructuran como semipúblicos y éste sin embargo no está sometido a condiciones de perseguibilidad, con las perturbaciones que ello puede traer.

El hecho de que para aplicar la excusa absolutoria sea necesario computar el plazo a

figuras imprudentes en las que cobijan los supuestos de error de tipo vencible...No deben descartarse supuestos de error de prohibición, en especial relativo a la creencia equivocada de que persiste un derecho del progenitor o sus parientes a determinar en todo momento, al menos de modo concurrente con el titular de la guarda, el lugar de residencia del menor, o concerniente a la eficacia del consentimiento del menor”

¹⁴¹ PRATS CANUT, “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 547. También el mismo autor en PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 601

¹⁴² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 12

¹⁴³ , rec. 1692/2007. Pte: Requena Juliani, Jaime

¹⁴⁴ Pte: Ventura Faci, Ramiro

¹⁴⁵ En su caso, a esa naturaleza semipública podría habersele añadido una cláusula de oportunidad para permitir al Fiscal, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ponderando los legítimos intereses en presencia, formular él mismo la denuncia.

partir de la denuncia no convierte al delito en semipúblico¹⁴⁶.

La ventaja de configurarlo *de lege ferenda* como delito semipúblico con posibilidad de perdón del ofendido vendría dada por la concesión al progenitor víctima de un poderoso elemento para lograr acuerdos con el secuestrador: la devolución del menor podría generar el “compromiso unilateral del solicitante de no perseguir penalmente al secuestrador en el Estado de origen”¹⁴⁷. Esta posibilidad sólo tiene espacio *de lege data* a través de la previsión de una excusa absolutoria pero sometida a estrictos límites temporales.

En cualquier caso, el hecho de que la falta de consentimiento del progenitor titular de la guarda se integre en el tipo, de modo que con consentimiento la conducta es atípica, permitiría dar a la voluntad de éste un juego mayor del que es propio de los delitos ontológicamente públicos. También la configuración de la excusa absolutoria articulada sobre un plazo temporal de 24 horas, que comienza a contarse desde la denuncia coadyuva a relajar esa pretendida naturaleza pública.¹⁴⁸

2.9 Subtipos agravados

2.9.1 Ideas generales

¹⁴⁶Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 11 “requisito ineludible para poder apreciar la eximente es que se haya interpuesto denuncia por la sustracción del menor. Sólo entonces se pueden empezar a computar los plazos dentro de los cuales se desenvuelve la excusa absolutoria. En cualquier caso, dado su mayor alcance procesal, se habrá de entender cumplido el requisito si lo que se ha interpuesto es una querrela. La denuncia la interpondrán por lo general los titulares de la guarda, pero nada impide que lo haga el ministerio fiscal, habitualmente mediante querrela, en cumplimiento de su función tuteladora de los menores de edad. Tampoco hay obstáculo en que la formule cualquier otra persona o institución sabedora de la sustracción, o incluso el propio menor si tiene la oportunidad y voluntad para ello. Y es que la consideración de la denuncia como requisito previo de la excusa absolutoria no transforma al art. 225 bis en un delito semiprivado, sólo perseguible a instancia de los titulares de la guarda o de los órganos encargados de velar por los menores. Muy al contrario, la denuncia no se configura como un derecho, sino como un deber en el sentido que se deriva de los arts. 259, 262 y 264 de la LECrim., y el art. 225 bis es, a todos los efectos, un delito perseguible de oficio. La denuncia desempeña en este precepto una mera función, discutible sin duda, de garantía de la seguridad jurídica a efectos del cómputo del plazo de actuación de la excusa absolutoria. Eso explica una serie de cualidades que la denuncia debe poseer y otras de las que puede prescindir: Entre ellas se encuentra la de que no baste con la práctica de diligencias a prevención o incluso de diligencias judiciales de oficio, sin efectiva formalización de la denuncia. La toma en consideración de actuaciones de este tipo, que podrían intentar ampararse en la figura de la denuncia tácita, de tan frecuente uso por nuestros tribunales, crearían una inseguridad inadmisibles respecto al momento temporal de referencia; por lo demás, el asunto es fácilmente subsanable dada la posibilidad de interposición de denuncia por cualquiera. La formalización de la denuncia, en especial por los titulares de la guarda, coadyuva igualmente a que el hecho que se esté denunciando posea ya la suficiente entidad como para cumplir con los requisitos de la sustracción parental de menores, lejos ya de meras disensiones pasajeras sobre la debida localización del menor. Es más, tampoco debiera bastar con la formalización de la denuncia, sino que el cómputo debiera iniciarse desde la admisión de ésta a tenor de lo preceptuado en los arts. 268 y 269 LECr”.

¹⁴⁷JIMÉNEZ BLANCO “Litigios...” op. cit. pag. 89

¹⁴⁸ Como agudamente señala QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 356 “lo sorprendente es que estas veinticuatro horas pueden ser 24 o infinitas-rectior, diez años menos un día: art. 131. Ello es así porque por expresa voluntad del legislador se establece que el cómputo de 24 horas empieza a transcurrir desde la denuncia de la sustracción”

En el apartado tercero se introduce un doble subtipo agravado: *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.*

En todo caso, el sujeto activo de los subtipos agravados se ve limitado a los mismos supuestos que en los tipos básicos.¹⁴⁹

2.9.2 La sustracción internacional

El fundamento del incremento de la respuesta punitiva a la sustracción internacional radica en que tal proceder lesiona de manera especialmente intensa el bien jurídico protegido, toda vez que el elemento transfronterizo incorpora una nota de mucha mayor dificultad a la hora de una eventual vuelta al *status quo anterior*¹⁵⁰ y por consiguiente facilita la ruptura de la relación entre menor y progenitor no sustractor¹⁵¹.

Para la SAP Almería, secc. 1ª nº 1004/2007, de 6 de julio “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”.

Otros autores sin embargo, centran la *ratio* agravatoria en una mayor lesión para la seguridad del menor¹⁵².

¹⁴⁹ En el mismo sentido, PRATS CANUT, op. cit. pag. 550

¹⁵⁰ En esta línea SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag 1672 ha entendido que “parece que la razón de la agravación de la pena no es otra que la mayor dificultad de reintegración del menor a su progenitor custodio teniendo en cuenta la limitación territorial de la soberanía de los tribunales españoles”. En la misma línea, PRATS CANUT, op. cit. pag. 549

¹⁵¹En estos casos como expone STERN BRIONES, op. cit. pag. 15 “las posibilidades de que la sustracción tenga caracteres de definitiva, sustituyendo la residencia ocasional por un verdadero domicilio, se desvelan con una alta probabilidad de éxito como vía para obtener, por la fuerza, lo que no consiguió en el otro país con el ejercicio del derecho. O, simplemente, iniciando en el país de acceso una nueva reclamación en la que, quien ha sustraído o retenido al menor, se muestre como progenitor habitualmente conviviente con él, logrando su escolarización y la rápida integración del menor en el nuevo Estado, dificultando la búsqueda por parte del otro progenitor y dilatando el procedimiento lo máximo posible hasta que obtenga la resolución apetecida. Todo ello es, incluso, más sencillo cuando el traslado del niño se produce en los primeros momentos de la ruptura familiar, cuando todavía nadie ha tomado la iniciativa de acudir a las instituciones oficiales para reclamar la custodia y el régimen de visitas o alimentos del menor. Tampoco son escasos los supuestos de desaparición total del menor con su progenitor, o la detección de movimientos frecuentes de éste para evitar la acción judicial, o su entrada a zonas de acceso difícil o a países con los que no exista Convenio alguno, no se dé la reciprocidad, o no se atribuya a alguno de los progenitores (normalmente la madre), la posibilidad de regir frente a los deseos del padre el futuro del hijo menor”.

¹⁵² Para DIEZ RIPOLLÉS op. cit. pag 12 “su aportación al incremento de lo injusto se concreta en que la seguridad personal del menor se ve más seriamente afectada si la modificación del lugar de residencia de éste conlleva que el área de convivencia fijada por el sustractor se localice en el extranjero. El legislador ha partido, probablemente, de la consideración de que tal circunstancia va a incrementar notablemente la duración de la conducta antijurídica propia de un delito permanente y, en todo caso, la lesión del bien jurídico, en cuanto se va a tropezar con dificultades adicionales para lograr que el menor vuelva a su

Existe una tupida red de tratados que abordan la sustracción internacional desde el punto de vista civil. Podrá acudirse a la vía penal, no obstante, de forma cumulativa. Podrá ser además una solución esta vía penal cuando no exista tratado con el país en el que ha buscado refugio el sustractor¹⁵³.

Este subtipo debe interpretarse en el contexto de los Convenios internacionales suscritos por España. No cabrá aplicarlo a mayores de 16 años. No obstante, del hecho de que civilmente pueda impedirse el retorno alegando una excepción convencional (por ejemplo, la prevista en el art. 12 CH80 que prevé como motivo de denegación de la restitución del menor si transcurrido un año desde la retención o traslado ilícitos, se demuestra que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio) no debe derivarse la impunidad de la conducta del sustractor, pues tal hecho sobrevenido no afecta ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad. La concurrencia de otras excepciones convencionales (consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención, grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable) podrá fundamentar la apreciación de una causa de justificación o de inculpabilidad.

Es especialmente importante tener en cuenta que la pena asignada al subtipo agravado sería prisión de tres a cuatro años, lo que permite instar la persecución internacional del delito a través de Interpol¹⁵⁴ y la aplicación de los mecanismos de la orden de detención europea y la extradición.

Para que pueda apreciarse el subtipo agravado han de concurrir simultáneamente los requisitos del tipo básico¹⁵⁵ y además, el menor habrá de ser trasladado “fuera de España”.¹⁵⁶

En nuestra opinión, a través de este subtipo pueden subsumirse tanto las conductas de traslado material del menor al extranjero como las consistentes en retenerlo en el extranjero tras un desplazamiento conforme a Derecho, pues en ambos casos concurre la misma *ratio* agravatoria: se muta la residencia del menor, se priva al menor de las relaciones con su otro progenitor y se añade una dificultad a la posibilidad de vuelta al

domicilio. Tales obstáculos no derivarán tanto de la lejanía en que éste haya sido localizado -que en ocasiones puede no darse, siendo la distancia incluso menor que si hubiera sido trasladado a otro lugar dentro del propio país-, cuanto de los inconvenientes de naturaleza legal que puedan surgir a la hora de reclamar su devolución debido a la diversidad de ordenamientos jurídicos implicados”.

¹⁵³Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 15 “cuando existe algún tipo de Convenio en vigor, la aplicación de éste en materia de restitución de los menores viene en la práctica a desplazar al derecho penal en beneficio del derecho civil o internacional privado; pero el problema se presenta cuando no existe ese Convenio entre el país de salida y el de acogida del menor. En estos casos, el Derecho Penal vuelve a desplegar toda su vigencia, quedando el exequátur como medio de reconocimiento de las resoluciones de otro Estado con el fin de homologar la resolución sobre la custodia del menor”.

¹⁵⁴Vid. intervención de la diputada Sra. Barrios Curbelo *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 201pág. 10087.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag 1672

¹⁵⁶ Como defiende DIEZ RIPOLLÉS op. cit. pag 12 A tales efectos habrá de entenderse cuando el área de convivencia del menor “se sitúe en el territorio geográfico de otro Estado que no sea el español. También si se localiza al menor en buques o aeronaves que puedan sustraerse a la vigencia del principio de territorialidad de la ley española”.

status quo inicial. Sin embargo, en este punto hay opiniones en contra¹⁵⁷.

Quizás *de lege ferenda* debiera haberse construido el tipo sobre la base de sustracciones fuera de las fronteras de la Unión Europea, toda vez que en el interior de ésta existen mecanismos reforzados de cooperación que privan del *plus* de lesividad al traspaso de fronteras¹⁵⁸.

2.9.3 Imposición de condiciones

En este subtipo agravado no se exige que las condiciones sean ilícitas¹⁵⁹. No obstante, cabe señalar que equiparar desde el punto de vista de la punición la exigencia de condiciones lícitas con las ilícitas supone una quiebra del principio de proporcionalidad.¹⁶⁰ En nuestra opinión no todas las condiciones lícitas pueden generar

¹⁵⁷ Se ha mantenido que “el uso del mismo verbo típico que en el art. 225 bis.2.1º hace que, aun siendo conceptualmente posible referirla a la segunda variante -art. 225 bis.2.2º-, parezca ser voluntad de la ley entenderla en directa relación con la modalidad comisiva de traslado. En consecuencia, no se podrá apreciar esta circunstancia de agravación si, a partir del carácter permanente de este precepto, una conducta típica que se inicia como retención en el lugar de guarda temporal contiene, luego, comportamientos de traslado del menor al extranjero. Y ello porque el traslado ya no se produce desde el lugar de residencia legítimamente establecido u otro lugar de estancia temporal compatible con ese lugar de residencia, punto de referencia de la primera modalidad de sustracción”. También en contra se sitúa PRATS CANUT “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 549 para el que “sorprende que la agravación se limite a la modalidad de traslado ya que un traslado al extranjero, efectuado sin vulnerar las estipulaciones de la resolución judicial o administrativa o con el consentimiento del titular de la guarda o custodia y la posterior negativa a reintegrar al hijo menor por tanto llevando a cabo una retención en el extranjero, no sería punible conforme a esta modalidad agravada sino que debería aplicarse el punto 1 del art. 225 bis CP ya que las exigencias del principio de legalidad obligan a interpretar que al hablar expresamente de traslado se está refiriendo única y exclusivamente a una de las modalidades descritas normativamente en el comportamiento de sustraer” También el mismo autor en PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 603

Igualmente se sitúa en contra QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 356 “...sólo es aplicable al caso de la sustracción por traslado si no había mediado consentimiento previo del titular de la custodia. Para la modalidad de retención si ésta se lleva a cabo ya en el extranjero como consecuencia de que el menor disfruta de visita legítima con su progenitor allende las hispanas fronteras, éste no ha sido trasladado contraviniendo disposición judicial o administrativa alguna”

¹⁵⁸ En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 357

¹⁵⁹ En la misma línea, SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1673

¹⁶⁰ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 17 “...la referencia de la agravación sólo debe entenderse hecha a la posibilidad, aun hipotética, de que pueda producirse la condición, sin referencia alguna a que el contenido de la misma sea un acto lícito o ilícito. Esto es criticable, desde el momento en que, si el fundamento de la agravación es el mayor reproche de quien exige una condición para devolver a su hijo, bien se comprenderá cuando se exija algo ilícito o cuando menos no debido, resultando una agravación desproporcionada cuando lo exigido es una conducta debida y exigible al progenitor, por lo que deberá evitarse su aplicación. Por el contrario, la imposición de una condición lícita sí que debe caer dentro del contenido de la agravación, por ejemplo, la típica condición de reanudar la vida en pareja, o del derecho a utilizar el antiguo domicilio común. A diferencia de lo contemplado en el Código Penal para el delito de amenazas (artículo 169), el cumplimiento de la condición está dentro del agotamiento del delito y no como una nueva agravación” Para QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 357 “las condiciones impuestas no es necesario que sean económicas: es más, en la mayor parte de los casos serán condiciones de otra naturaleza, como lo referente al régimen de visitas, vacaciones compartidas, aspectos relativos a la educación del menor...”

la aplicación del subtipo agravado, pues en otro caso se generarían injusticias materiales¹⁶¹.

Sin embargo, algunos autores admiten que el subtipo se integre con la concurrencia de cualquier tipo de condición¹⁶².

En cuanto al fundamento de la agravación, se ha buscado tanto en el ataque adicional que supone para la libertad de actuación del progenitor despojado como en la utilización del menor para lograr propósitos ajenos al mismo, en definitiva, en la instrumentalización del menor¹⁶³.

El subtipo es aplicable a cualquiera de las dos modalidades comisivas incluidas en el tipo base del art. 225 bis.2¹⁶⁴.

No atiende este subtipo a si se consigue o no el objetivo buscado por el sujeto activo del delito¹⁶⁵.

Si se dan los presupuestos de los dos subtipos –sustracción internacional y condicional- la agravación penológica será única, si bien podrá tenerse en cuenta esta doble concurrencia a la hora de determinar la concreta pena a aplicar.¹⁶⁶

¹⁶¹ Para PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 604 “en el supuesto recogido en el art. 171.1 CP, amenaza de un mal no constitutivo de delito, que permite establecer un paralelismo con el tipo que estamos comentando, la condición puede igualmente ser lícita o ilícita, pero se matiza excluyendo el supuesto en el que la condición consistiere en una conducta debida; de ahí que no parece lógico que dicha salvaguarda no se establezca para todos los supuestos de delito sometido a condición” También para PRATS CANUT “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 549 “no cabe equiparar a quien exige el cumplimiento de una condición lícita a quien somete la cesación de la sustracción a una condición ilícita. Por tanto, cabría reclamar que el legislador hubiera concedido a dicha diferencia un tratamiento punitivo diversificado, máxime en materia como la presente en la cual la casuística es múltiple y en donde se entremezclan intereses y motivaciones muchas veces de índole personalísima, materia en la que la excesiva intromisión del Derecho Penal puede comportar más agravios que soluciones”

¹⁶² Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10 “la condición que se interpone para dejar de prolongar la sustracción no tiene por qué ser ilícita, pudiendo ser lícita, por ejemplo, que el progenitor titular de la guarda se comprometa a no seguir obstaculizando el régimen de visitas al que el sustractor tiene derecho”.

¹⁶³ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 17 “el fundamento viene determinado por el mayor desvalor de la conducta de quien supedita la devolución de su hijo al otro progenitor a que se someta al cumplimiento de una exigencia, lo cual añade un mayor injusto a la conducta, pues, además de ofender los bienes jurídicos protegidos del menor, obliga al otro a cumplir el deseo del secuestrador para poder volver a recuperar a su hijo, con lo que también queda afectada cuando menos su libertad de decisión. Junto a este fundamento, algún autor hace también hincapié en la gravedad de la conducta consistente en la “cosificación” a la que se somete al menor, que se ve utilizado como moneda de cambio para lograr un interés del secuestrador.

Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10 “El legislador ha estimado con razón que la vinculación de la sustracción a unas amenazas aumenta el contenido de lo injusto de una manera significativa. Ello explica que esté dispuesto a asignar relevancia típica en el ámbito de la sustracción parental de menores a supuestos que en la regulación general de las amenazas no son ni siquiera falta, como sucede con la amenaza de continuar con la sustracción si no se cumple una condición lícita.”.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10

¹⁶⁵ De la misma opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10

¹⁶⁶ Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 10 “estas circunstancias de agravación están integradas en una

2.10 Supuestos de tratamiento privilegiado

2.10.1 Excusa absolutoria

Las investigaciones sociológicas sobre el fenómeno del secuestro parental apoyan claramente la introducción de excusas absolutorias y de tipos atenuados.¹⁶⁷ La Conferencia de La Haya ha promovido la operatividad de la utilización de las técnicas de excusas absolutorias para los países que tipifiquen como delito la sustracción internacional.¹⁶⁸

El apartado cuarto del art. 225 bis CP introduce una excusa absolutoria: *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.*

La excusa absolutoria en realidad se despliega en dos modalidades: 1) cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo¹⁶⁹ y 2) cuando la ausencia no hubiere sido superior a dicho

estructura típica alternativa, lo que implica que, si se dan las dos agravaciones simultáneamente, el efecto agravador se producirá únicamente una vez. Ello no impide, sin embargo, que si la conducta de amenazas condicionales cumple los requisitos típicos del art. 171.1 se pueda imponer la pena agravada del art. 225 bis.3 en función del traslado del menor al extranjero, y luego esa figura agravada entre en concurso de delitos, por lo general medial, con el art. 171.1”.

¹⁶⁷ “Según los estudios de Finkelhor, Hotaling y Sedlak 2, en E.E.U.U. llegan a producirse anualmente alrededor de 350.000 secuestros por familiares, de los cuales su mayor parte son llevados a cabo por los padres. Estos secuestros ocurren generalmente en el contexto de relaciones fracasadas de los adultos, sean o no conyugales, y tienen lugar tras una ruptura definitiva en la que existen disputas por la custodia. Su duración es variable, resolviéndose habitualmente en unos días, incluso sin que lleguen a intervenir policía ni abogados, de tal modo que tan sólo el 10 % duran más de un mes, siendo estos casos prolongados los que mayor repercusión tienen en la vida futura del menor”. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge “Repercusiones psicopatológicas del secuestro internacional de menores”. Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Edición electrónica. Pag. 1

¹⁶⁸La Comisión Especial de 2006 se pronunció en el sentido de que “*la incidencia de actuaciones penales por la sustracción de un menor sobre la posibilidad de proceder a su restitución es una cuestión que debería poder tenerse en cuenta por las autoridades actuantes, en el marco de su poder discrecional de iniciar, suspender o archivar la causa penal.*” La Comisión Especial subraya que las Autoridades Centrales deberían informar al padre o la madre privado de su niño sobre las consecuencias de iniciar acciones penales, incluyendo los posibles efectos adversos para lograr la restitución del menor. En casos de restituciones voluntarias del niño al país de residencia habitual, las Autoridades Centrales deberían cooperar, en la medida de lo permitido por las leyes nacionales, para que se abandonen todos los cargos contra el padre o la madre denunciado penalmente. Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (30 de octubre-9 de noviembre de 2006)

¹⁶⁹En cuanto a los requisitos de la restitución, para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 12 al igual que sucede en el art. 225, deberá producirse el traslado físico del menor a su lugar de residencia, no bastando con que el sustractor se desentienda o aleje de él, renunciando a ejercer la guarda material. La restitución ha de ser, por lo demás, directa, sin que se cumpla el requisito depositando al menor en un lugar conocido y seguro pero distinto del lugar de residencia... Esto último no habrá de impedir que la restitución se realice a través de terceros o de la autoridad, si el sustractor tiene dificultades para llevarla a cabo por sí solo.

plazo de veinticuatro horas.

En la primera manifestación de la excusa absolutoria la devolución inmediata no está sujeta a un plazo estricto, pudiendo superar las 24 horas, siempre que tal compromiso se lleve efectivamente a cabo. En efecto, el análisis de lo que deba entenderse por *compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo* generalmente no planteará problemas en un juicio *ex post*, en el que puede fácilmente acreditarse si se cumplió o no el compromiso¹⁷⁰. En cualquier caso, una vez asumido el compromiso de devolución, si ésta efectivamente se lleva a cabo, operará la excusa absolutoria aún en el caso de que se hubiera rebasado el plazo de 24 horas¹⁷¹. Partiendo efectivamente de que quedan abarcadas devoluciones transcurridas las 24 horas cabe plantearse qué debe entenderse por devolución inmediata. En nuestra opinión no deben darse pautas cerradas sino que habrá que estar a las concretas circunstancias concurrentes¹⁷².

No existe acuerdo doctrinal en torno a la naturaleza de esta excepción a la sanción: aunque para la mayoría se trata de una excusa absolutoria, no falta quienes defienden que se trata de un supuesto de atipicidad¹⁷³ e incluso un supuesto de desistimiento activo¹⁷⁴. Otros autores la denominan “causa de levantamiento o anulación de la pena”¹⁷⁵

¹⁷⁰ Para SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1673 este problema “solo podrá resolverse en cada caso, sin perjuicio desde luego de la proximidad temporal de la devolución y de su efectividad”.

¹⁷¹ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 20 una vez producida la comunicación del lugar de estancia, el Código no impone plazo alguno para la devolución, exigiendo únicamente que el compromiso de devolución se lleve inmediatamente a cabo, introduciendo un elemento valorativo que habrá que estudiar caso por caso, dependiendo del desarrollo de esa devolución. En cualquier caso, como la aplicación de la excusa exige “devolución”, deberá entenderse que será una obligación personalísima del secuestrador, es decir, cobijada íntegramente por su voluntad, si bien habrá de admitirse, en beneficio de la rápida restitución, la efectuada a determinadas entidades que pueden ser públicas o privadas o a agentes de la autoridad, siendo más complicado ampliarla a la efectuada a través de persona interpuesta o delegada. Desde luego, no cabe su aplicación en supuestos de restitución “indirecta” y mucho menos a través del abandono o el desentendimiento”.

¹⁷² Para PRATS CANUT, op. cit. pag. 551 “el concepto de entrega inmediata no está sometido a un plazo legal taxativo y sin que pueda prolongarse en exceso, si que habrá que estar a las circunstancias concretas del caso y entender si dadas las mismas se han cumplido las exigencias de inmediatez o no”

¹⁷³ Así ha entendido TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...”, op. cit. que “la escasa duración de la sustracción en tales casos, no superior a un día, junto a la actividad llevada a cabo en relación al otro titular de la patria potestad sobre el hijo menor, con el compromiso de restitución cumplido en ese breve periodo, permiten caracterizar estos supuestos como una *causa de atipicidad*, que excluye la apreciación del correspondiente delito de sustracción de menores. Y ello debido a que por la corta duración de la ausencia del menor del entorno de custodia en el que le correspondía estar no es idóneo para lesionar el derecho del menor a mantener contacto con ambos padres, ni supone una privación significativa de la compañía del hijo al titular del derecho de custodia, que se ha visto privado de ella, ni por último tampoco impone de hecho una situación diferente en relación con la custodia del menor, pese a realizar los elementos típicos del traslado o la retención ilícita del art. 225 bis 2” También esta misma autora en TORRES FERNANDEZ “Comentarios al...”, op. cit. pag. 878

¹⁷⁴ Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 11 «el legislador estima que puede renunciarse a la pena si el sujeto activo elimina la situación de vulnerabilidad en que ha colocado al menor por el procedimiento de restituirlo a su lugar de residencia, siempre que además lo haga minimizando los riesgos para la seguridad del menor mediante la reducción de la duración de esa situación, o de ésta y la incertidumbre sobre su paradero, a un breve periodo de tiempo. Estamos básicamente ante un supuesto específico de desistimiento referido al agotamiento del delito, en el marco de un delito permanente: La progresión en la lesión del bien jurídico desencadenada por la modificación del lugar de residencia del menor y su sometimiento a la custodia del sustractor resulta frenada si éste procede a la restitución del menor a su domicilio. Pese a ello, el legislador estima que la necesidad de pena sólo desaparece si el contenido de lo

En nuestra opinión nos encontramos ante una excusa absolutoria, engarzada como es característico de las mismas, en razones político criminales. Para que pueda ser aplicada es preciso que la conducta no esté justificada, pues en este caso no habría ningún comportamiento que excusar.¹⁷⁶

En cuanto al fundamento de esta excusa absolutoria, se ha pretendido basarla en la necesidad de salvaguardar la seguridad del menor por encima de todo¹⁷⁷. En nuestra opinión, el fundamento no es la seguridad del menor, que no tiene porqué estar amenazada, sino el de facilitar el derecho del mismo a un entorno estable y a relacionarse con los dos progenitores: en definitiva, la mejor protección del superior interés del menor, facilitando la rápida resolución de un conflicto muchas veces generado por arrebatos pasionales¹⁷⁸.

El cómputo de las 24 horas debe iniciarse “desde la fecha de la denuncia de la sustracción” (art. 225 bis apartado cuarto, párrafo tercero). Concretando algo más se ha entendido que el plazo se inicia desde que la denuncia sea admitida a trámite, sin que sea necesario que tal resolución llegue a conocimiento efectivo del denunciado.¹⁷⁹ Apurando aún más, se ha considerado que “las veinticuatro horas se calcularán de momento a momento, y no atendiendo a un día natural completo”¹⁸⁰.

Desde luego, si la devolución o el compromiso de devolución efectivamente cumplido se produce antes de la interposición de la denuncia, con más razón devendrá operativa la excusa absolutoria¹⁸¹, aunque se haya rebasado el plazo de las 24 horas.

La realización de los presupuestos de la excusa absolutoria debe ser llevada a cabo por el autor del delito¹⁸².

injusto hasta entonces realizado no supera ciertos límites, reflejados sobre todo en el hecho de que no se han sobrepasado las veinticuatro horas desde que se denunció la sustracción sin devolver al menor o informar de su lugar de estancia”

¹⁷⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, op. cit. pag. 228

¹⁷⁶ En la misma línea, PRATS CANUT, op. cit. pag. 550

¹⁷⁷ LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 64

¹⁷⁸ Para SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1673 “por razones de política criminal, el interés del legislador es resolver cuanto antes la situación del menor atendiendo principalmente el interés del menor”.

¹⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 11

¹⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 12

¹⁸¹ En esta línea, PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 605

¹⁸² Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 11 “el comportamiento que puede conducir a la aplicación de la excusa absolutoria ha de ser llevado a cabo por el sustractor. Éste ha de entenderse como el autor del delito. La exención de pena podrá, de todos modos, extenderse a los partícipes, en la mayoría de los casos en la medida en que intervengan en la devolución del menor en las condiciones establecidas en los arts. 225 bis 4 p. 1 y, en los menos casos, si intervienen en la sustracción conociendo que el sustractor va a realizar la devolución en esas condiciones. Si los partícipes realizan, al margen del autor, la devolución de acuerdo a los requisitos del art. 225 bis 4 p. 1 podrán quizás ampararse en la atenuante del art. 21.5, siempre que ésta se considere inserta entre las circunstancias personales del art. 65, que se podrá aplicar como muy cualificada. No se puede ir más allá dada la imposibilidad de aplicar en nuestro ordenamiento eximentes por analogía. Para PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 605 “cuando

La casuística, también en este punto, es rica¹⁸³

2.10.2 Tipo atenuado

El inciso último del art 225 bis establece una atenuante específica: 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.

Se trata de otra vía para la rápida resolución del doloroso conflicto derivado de la sustracción mediante la previsión de tipos atenuados que tengan en cuenta determinadas actuaciones *ex post* del sustractor.¹⁸⁴

Se ha definido al tipo atenuado como *desistimiento espontáneo activo*.¹⁸⁵

Como se ha señalado “la atenuación es paralela a la que opera en supuestos de detención ilegal, siendo su fundamento similar”¹⁸⁶.

De nuevo hemos de detectar el fundamento de la atenuación en razones político criminales, tendentes a facilitar soluciones que causen el menor daño posible al bien

en los supuestos de un secuestro la finalización del mismo sólo y únicamente tiene por causa directa bien la astucia, bien la habilidad del menor o de terceras personas, no cabe minimizar la pena del que privó la libertad ambulatoria a aquel. Se trata por tanto de una acción voluntaria y personalísima, que no cabe trasvasar a terceras personas so pena de que se produzca el absurdo de entender beneficiaria de una acción a quien no la ha realizado o ni siquiera ha colaborado a su realización”

¹⁸³ Reseña LLARÍA IBAÑEZ, , op. cit. los siguientes supuestos: “se aplica cuando la madre interpone la denuncia una vez le ha sido entregado el hijo, dentro de las 24 horas a que ella tuvo conocimiento del lugar en el que se encontraba, con conocimiento, a través de quien sea, de que el hijo le va a ser devuelto, como así ocurre hasta el punto de que es la madre quien acude en persona al aeropuerto a recibirle (AAP, Las Palmas, 2ª, 152/2005, 14-4) o al averiguarse el lugar donde estaba la menor por intermediación de un hermano del condenado (AP, Jaén, 1ª, 247/2005, 5-12)”.

¹⁸⁴ PRATS CANUT, op. cit. pag. 551 considera que la atenuación está huérfana de referencias a la mayor o menor afectación de los derechos del menor y por el contrario lo que pretende favorecer es poner fin cuanto antes al incumplimiento del régimen de guarda y custodia previsto legalmente y por tanto, en la práctica, dicho precepto se encuentra enderezado a tutelar el cumplimiento del régimen establecido en convenio, sin referencia alguna a los derechos del menor salvo que se presuma que el incumplimiento del régimen supone necesariamente lesión de derechos del menor, lo cual no es fácil sostener desde un punto de vista material.

¹⁸⁵ Para SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1673 “en cualquier caso, lo relevante es que la atenuación no podrá ser aplicada cuando el menor es rescatado por un tercero o bien es él mismo quien escapa del círculo de su progenitor”. Ha sido también definido así por PRATS CANUT, op. cit. pag. 551

¹⁸⁶ Para TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. “a semejanza del tipo de detención ilegal atenuado por la menor duración de la privación de libertad del art. 163.2 del Código Penal, el legislador ha querido dotar de efecto atenuatorio al hecho de que la sustracción no haya tenido una duración excesiva. En ese sentido hay que observar que el plazo de quince días no es idóneo para alterar la adscripción personal del menor a un determinado entorno de convivencia familiar y cultural, que permita afirmar que en ese periodo el menor ha adquirido un nuevo vínculo de convivencia habitual, que pueda llegar a tener algún reconocimiento jurídico”. En el mismo sentido, STERN BRIONES, op. cit. pag. 18

jurídico protegido, teniendo en cuenta la naturaleza permanente del delito.¹⁸⁷

La atenuante sólo contempla la variante de restitución directa del menor, no incluyéndose la comunicación del lugar de estancia con posterior devolución¹⁸⁸. Esta última circunstancia podría dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica, al concurrir *eadem ratio decidendi*.

En cuanto al cómputo del tiempo, entendemos como en el caso de la excusa absolutoria, que habrá de realizarse de momento a momento. No debe utilizarse el cómputo por días naturales¹⁸⁹. En nuestra opinión el cómputo debe iniciarse a partir de la denuncia¹⁹⁰.

En todo caso, la restitución debe derivarse de un acto voluntario del sustractor¹⁹¹.

Desde el punto de vista penológico es importante subrayar que no solamente se reduce el *quantum* de pena privativa de libertad sino que desaparece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad.

La restitución dentro de los quince días siguientes a la sustracción—o incluso con posterioridad a este plazo— puede poner de manifiesto la falta de intención *ab initio* de apoderamiento definitivo, circunstancia ésta que desembocarían ya en la apreciación de la atenuación, sino en la atipicidad de la conducta por falta del elemento subjetivo.

2.11 Causas de justificación

El tipo del art 225 bis expresamente hace referencia a que en la conducta no concurra una causa justificada.

Parece claro que esta inclusión debe generar consecuencias prácticas¹⁹². No puede pensarse que se trate de una simple remisión a las causas de justificación genéricas,

¹⁸⁷ Para STERN BRIONES, op. cit. pag. 18 “el fundamento es, como en la excusa absolutoria, de política criminal, procurando que el secuestro sea de la menor duración posible, facilitando un mejor trato punitivo al autor, a la vez que si la retención no ha durado más de quince días, no cabrá hablar de mutación de residencia habitual, ni de integración del menor en un nuevo domicilio. Como en la excusa absolutoria, debe ser restituido por el autor”. Para DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 13 Esa restitución en un plazo breve paraliza el progresivo incremento de la lesión al bien jurídico y del correspondiente injusto de la acción delictiva que se registran mientras la modificación del domicilio del menor se va prolongando en el tiempo

¹⁸⁸ En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 13

¹⁸⁹ En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 13

¹⁹⁰ En este sentido, STERN BRIONES, op. cit. pag. 18; DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 13 y LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 62 para quien . “opera como un criterio de seguridad jurídica para evitar la criminalización de meras disputas sobre el lugar donde debe encontrarse el menor”

¹⁹¹ Como reseña PRATS CANUT, op. cit. pag. 551 “cuando en los supuestos de un secuestro, la finalización del mismo sólo y únicamente tiene por causa directa bien la astucia, bien la habilidad del menor o de terceras personas, no cabe minimizar la pena”

¹⁹² MUÑOZ CONDE op. cit. pag. 328 considera en este sentido que “no se trata, pues, sólo de una desobediencia puramente formal a la decisión judicial, sino que desde el primer momento se excluyen del tipo las situaciones en que dicha sustracción puede estar justificada porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviere confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimento, educación etc”

pues ello equivaldría a vaciar de contenido una expresa previsión legal. Por tanto, el inciso debe dar lugar a otros efectos prácticos¹⁹³. No faltan sin embargo opiniones que precisamente defienden el carácter superfluo de esta inclusión¹⁹⁴.

Como refiere el AAP Sevilla, sec. 3ª nº 308/2007, de 25 de junio¹⁹⁵ “ciertamente, la exigencia típica "sin causa justificada", exige un examen de cada caso concreto para determinar la concurrencia de tal requisito, máxime si tenemos en cuenta que de aplicar literalmente el precepto antes indicado, podría ir en contra del interés del menor que constituye su bien jurídico protegido, pues en atención a la pena establecida en el Código, quedaría inhabilitada la madre de la patria potestad y podría producirse un efecto negativo incompatible con el espíritu y finalidad del dicho precepto penal”.

El AAP Sevilla, secc. 4ª nº 367/2004, de 28 de julio¹⁹⁶ analiza un supuesto de concurrencia de justificación: “se alega que Juan Pedro -de quien la denunciante se encuentra separada legalmente- habría incurrido en la conducta delictiva sancionada por el artículo 225 bis del Código Penal, al haber sustraído a sus hijos menores de la guarda y custodia de la madre, trasladándolos a la localidad catalana donde él reside sin el consentimiento de aquélla. Pues bien, aún siendo así en principio (...), no es menos cierto que el tipo penal invocado requiere como elemento del injusto que la sustracción se lleve a cabo, sin causa justificada”. En el caso que nos ocupa, tal causa residiría en la sospecha que el denunciado albergaba sobre la posibilidad de que los menores fueran víctimas de malos tratos por parte de la madre, como ya manifestó en la denuncia cruzada que interpuso contra su esposa el mismo día que aquella hizo lo propio;

¹⁹³ Para TORRES “se impone una interpretación de la expresión «sin causa justificada», desvinculada de la operatividad de las causas de justificación, conforme al sentido usual del lenguaje, es decir, sin que el padre o madre que sustrae al menor alegue un motivo razonable, o exponga una razón para explicar el traslado o la retención del hijo menor. De acuerdo con esta interpretación se trata de un elemento del tipo, de tal manera que un error sobre dicho elemento no afectará a la conciencia de la ilicitud de la conducta, sino sólo a la concurrencia o no de dicho elemento... elemento típico que puede no concurrir si la sustracción del menor» ha tenido lugar en tales circunstancias, que el sustractor ha comunicado el lugar de estancia al otro titular de la patria potestad, en lo que puede ser un retraso imprevisto y explicable, o una circunstancia que impida en la devolución del hijo al otro titular de la patria potestad y, por tanto, constituir una causa justificada”. Como expresa STERN BRIONES, op. cit. pag. 13 « la interpretación amplia de causa justificada permitirá que pueda ser de aplicación en un número indeterminado de ocasiones en los que dicha justificación sea socialmente relevante, aun cuando no exista puesta en peligro del menor, lo cual concuerda mejor con el bien jurídico protegido

¹⁹⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 21 la mención expresa a que la sustracción del menor por el sujeto activo se realice sin causa justificada constituye una innecesaria alusión a la posible concurrencia de causas de justificación. Cabría pensar, desde luego, en el ejercicio por el sujeto activo de una legítima defensa de terceros, si trata de evitar una inminente o persistente agresión ilegítima sobre el menor, y su traslado o retención consecuentes cumplen el resto de los requisitos de la causa de justificación del art. 20.7. Algo similar sucederá respecto al estado de necesidad en el marco del auxilio necesario, cuando los mínimos asistenciales del menor no estén en absoluto garantizados por quienes ejercen la titularidad de la guarda. No será necesario acudir al ejercicio legítimo de un derecho para hacer lícitos comportamientos de traslado o retención del menor en cumplimiento del régimen de visitas al que el sujeto activo tenga derecho. Puesto que en tales casos no se sustituye o modifica el lugar de residencia del menor estará ya ausente la tipicidad de la conducta”.

En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS op. cit. pag. 450. También en esta línea, QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 355

¹⁹⁵ Pte: Márquez Romero, Angel

¹⁹⁶ Pte: García López-Corchado, Enrique

sospecha que, desde su perspectiva y sin perjuicio de su acreditación o no en el eventual procedimiento correspondiente, abonaba un informe psicológico sobre los menores”.

La SAP A Coruña, secc. 2ª nº 96/2012, de 7 de mayo¹⁹⁷ parte de que los hechos sobre los que se pretende justificar la conducta deben estar acreditados. Declara esta resolución que “y lo mismo ha de decirse sobre la concurrencia de una causa que justificase esa sustracción, pues nada se acredita al respecto, fuera de las alegaciones de la recurrente sobre deplorables condiciones higiénicas en las que se encontraba la menor, que no están probadas, ni siquiera de manera indiciaria, por lo que tampoco ello puede fundar un estado o situación de arrebato, pues, como se ha dicho, nada consta al respecto, ni para evidenciar un estímulo intenso y no repudiable, que le llevara a esta conducta, de llevarse consigo a una hija, cuya custodia le ha sido retirada legalmente”.

Para la SAP Navarra, secc. 2ª, nº 145/2014, de 16 de julio¹⁹⁸ las expresiones "gravemente" y "sustracción" denotan sin duda una conducta llamada a perpetuarse en el tiempo más allá de un espacio temporal más o menos importante. Los parámetros que delimitan la conducta típica serían, por tanto, por un lado el incumplimiento de una obligación impuesta en proceso matrimonial o de filiación y, por otro, que el hecho reúna la gravedad precisa y necesaria como para prever la sustracción (a modo de secuestro) del menor. La descripción del tipo ha de dar lugar a restricciones hermenéuticas del comportamiento prohibido, de modo que no cabe incluir en él cualquier incumplimiento, del tipo e intensidad que sea, y ello en función de las exigencias derivadas del principio de legalidad penal -artículo 25 C.E. Este tipo penal introducido ha de ser interpretado a la luz de los principios rectores del Derecho Penal, entre los que está el principio de intervención mínima, consecuencia del carácter de última ratio del ordenamiento penal en el esquema general del régimen sancionador, y sobre todo de proporcionalidad.(...) El padre en ningún momento tuvo la intención de alterar el régimen judicial impuesto de guardia y custodia de su hijo menor. Advirtió a la madre de que el menor estaba en su compañía. Acudió a diversos organismos e instituciones públicas denunciando lo que él creía maltrato hacia su hijo. Y finalmente devolvió su presencia a la madre de éste.(...) De la conducta, no se puede desprender como pretende la recurrente una gravedad dirigida a alterar de modo estable y definitivo el régimen de guardia y custodia del menor. Casi hasta podría hablarse de un estado de necesidad putativo al actuar el padre del menor en la creencia errónea de que su hijo sufría un peligro de agresión (no sólo física sino también sexual) en caso de que el mismo continuara con la madre. Más en todo caso, no pretendió sustraer al menor (abarcarlo sólo para sí y por siempre) sino que de lo que se preocupó el padre del menor fue de conseguir que el mismo fuera debidamente examinado a fin de asegurarse la inexistencia de lesiones y de maltrato hacia su hijo. Dicha conducta, lejos de pretender la sustracción del menor, fue orientada a su protección, si bien es cierto que lo hizo apartándose de las formas legales y por ende violando el precepto por el que ha sido condenado (la falta del artículo 622 del Código Penal)”.

También se ha considerado causa justificada para la retención el hecho de que el propio menor se oponga a la restitución cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en el que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones (AAP Sevilla secc. 3ª nº 233/2004, de 28 de mayo).

¹⁹⁷ Pte: Sanz Crego, Salvador Pedro

¹⁹⁸ Pte: Goyena Salgado, Francisco José

Igualmente se ha aplicado la justificación en un supuesto en el que el traslado de los hijos por su madre a otro país se realiza por necesidad económica y por carencia de medios al no abonar el denunciante la pensión alimenticia judicialmente establecida (SAP Jaén secc. 3ª nº 11/2005, de 20 de enero).

Para dar operatividad a este inciso, entendemos debe aplicarse la teoría de las acciones socialmente adecuadas, esto es, habrían de quedar extramuros del tipo aquellas conductas de sustracción que sin estar propiamente amparadas en una causa de justificación, hagan que la conducta pueda valorarse como irrelevante para el Derecho Penal¹⁹⁹. Para GONZÁLEZ RUS la causa justificada puede acaecer tanto si hay una razón legal, en este caso que autorice a trasladar o a retener al menor, como si las circunstancias así lo aconsejan²⁰⁰.

Aquí también deberán encuadrarse los supuestos en los que nos encontremos con un menor mayor de 16 años, o incluso menor pero con madurez suficiente, que sin presiones ni inducciones decida mudar su residencia y trasladarse con el otro progenitor no convivente²⁰¹. Recordemos que los mayores de 16 años no están incluidos en los Convenios internacionales sobre sustracción de menores, precisamente porque se entiende que tienen capacidad para autodeterminarse y que una de las causas de excepción al retorno es la de la voluntad contraria de los menores (de menos de 16 años)²⁰².

¹⁹⁹ Para SAAVEDRA RUIZ, op. cit. pag. 1672 “la sustracción, sea traslado o retención, debe realizarse sin causa justificada, lo que no deja de suscitar problemas de delimitación. En principio, por ello debemos entender una inexistencia o disminución muy apreciable de la antijuridicidad material de la conducta, como si se tratase verdaderamente de una causa de justificación. Sin embargo, los términos amplios que emplea el legislador permiten ampliarla a otros supuestos similares. En cualquier caso, la prueba del hecho que justifique la conducta debe estar a cargo del acusado.”

²⁰⁰ GONZÁLEZ RUS, op. cit.

²⁰¹ Reseña LLARÍA IBAÑEZ, , op. cit. la jurisprudencia menor existente al respecto: “eebe escucharse la opinión, el deseo del menor de con quién quiere ir (AAP, Madrid, 23ª, 459/2004, 18-6), existiendo causa justificada, en relación con la retención, si el propio menor se opone a la restitución al padre, habiendo alcanzado una edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones sobre su lugar de residencia, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a la Jurisdicción Civil competente para que resuelva en el procedimiento adecuado para ello sobre la custodia del menor (AAP, Sevilla, 3ª, 233/2004, 28-5)”.

²⁰² En contra, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 21. No obstante, este autor matiza : « En cuanto a las hipótesis en que es el menor el que toma la iniciativa de abandonar su lugar de residencia, la pone en práctica y pide luego cobijo a sus parientes, faltará ya la realización por éstos de la conducta típica de traslado. Ahora bien, la permanencia del menor en esa área de convivencia por él escogida sin el consentimiento del titular de la guarda, o la prolongación de la estancia del menor en el lugar de guarda temporal más allá del plazo judicial o administrativamente establecido, debido a su voluntad de no volver a su domicilio, no descargan al progenitor o sus parientes del deber de facilitar el retorno del menor a su lugar de residencia. Por consiguiente, la obstaculización de las medidas tomadas por el titular de la guarda con ese fin darán lugar a una conducta típica de retención. Y esa negativa a colaborar en la vuelta al hogar del menor por parte del guardador temporal no podrá ampararse en el consentimiento del menor ni en el cumplimiento de un deber justificante...eso no obstará a pensar en la aplicación de una atenuante por analogía -art. 21.6- con la eximente incompleta de cumplimiento de un deber alojada en el art. 21.1. De esta forma se posibilitaría prestar en alguna medida atención a la voluntad de menores que se encuentran en los tramos altos de la minoría de edad o que, en cualquier caso, tienen un suficiente grado de madurez y juicio. En cuanto a las hipótesis en que es el menor el que toma la iniciativa de abandonar su lugar de residencia, la pone en práctica y pide luego cobijo a sus parientes, faltará ya la realización por éstos de la conducta típica de traslado. Ahora bien, la permanencia del menor en esa área de convivencia por él escogida sin el consentimiento del titular de la guarda, o la prolongación de la estancia del menor en el

Por tanto, además de cuando los menores son mayores de 16, también deberá entenderse amparada por la causa de justificación la conducta que recae en relación con el menor de 16 que ejerciendo una voluntad libre y madura decide mudar la residencia. No se nos ocultan los problemas a la hora de discernir si la voluntad del menor era o no libre²⁰³, pero en todo caso se trata de una *quaestio facti* a desentrañar por los medios generales de prueba, especialmente por la correspondiente pericial psicológica.

Se ha subrayado la necesidad de integrar en estas causas de justificación alguno de los supuestos que dan lugar a excepciones de no restitución en el ámbito de los convenios internacionales sobre sustracción.²⁰⁴

También se ha apreciado aunque el sustractor no tenía la guarda y custodia en el momento del traslado pero posteriormente vía apelación, se le confirió tal guarda y custodia²⁰⁵.

lugar de guarda temporal más allá del plazo judicial o administrativamente establecido, debido a su voluntad de no volver a su domicilio, no descargan al progenitor o sus parientes del deber de facilitar el retorno del menor a su lugar de residencia. Por consiguiente, la obstaculización de las medidas tomadas por el titular de la guarda con ese fin darán lugar a una conducta típica de retención. Y esa negativa a colaborar en la vuelta al hogar del menor por parte del guardador temporal no podrá ampararse en el consentimiento del menor ni en el cumplimiento de un deber justificante...eso no obstará a pensar en la aplicación de una atenuante por analogía -art. 21.6- con la eximente incompleta de cumplimiento de un deber alojada en el art. 21.1. De esta forma se posibilitaría prestar en alguna medida atención a la voluntad de menores que se encuentran en los tramos altos de la minoría de edad o que, en cualquier caso, tienen un suficiente grado de madurez y juicio.

²⁰³ En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 63

²⁰⁴ Para LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 63 “en la normativa internacional se relacionan situaciones que pueden integrar la idea de causa justificada. En el art. 13 CH80 se establece la inexistencia de obligación de reintegrar al menor si se demuestra que la persona organismo o institución que tenía al menor a su cargo no había ejercido efectivamente el derecho de custodia. También en este precepto se confirma la no obligatoriedad de reintegrar al menor cuando se demuestre que la restitución lo pone en una situación de riesgo (lo que podría entrar en supuestos de legítima defensa) o en cualquier otra situación intolerable” También para ALONSO CARVAJAL “Los aspectos...” op. cit. pag. 123 “no existe ninguna limitación a lo que sea causa justificada, sin embargo, dentro del paralelismo entre el tipo del art. 225 bis y su integración con las normas del Convenio de La Haya, parece que debe interpretarse de acuerdo con las excepciones a la restitución en el contenidas y que se refieren fundamentalmente a la protección del interés del menor, relacionado con su integridad física o psíquica”

²⁰⁵ AAP Valencia sec. 2ª nº 669/2005, de 24 de noviembre **Ponente:** Carlos Turiel Sandin ...Igualmente está probado que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de dieciocho de mayo de dos mil cinco, atribuyó la guarda y custodia del menor al padre y condenado Tomás. Éste la había solicitado al tiempo de ocurrir la supuesta sustracción, le fue denegada en primera instancia y otorgada en la segunda, con apoyo decisivo en el informe emitido por el Gabinete Psicológico adscrito a los Juzgados de Familia, que lleva fecha del veintinueve de marzo de dos mil cinco. Como quiera que el artículo 225 bis del Código Penal dice "El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor...", ese elemento típico "sin causa justificada" al menos se tambalea, y si bien es cierto que ese otorgamiento de la guarda y custodia produce efectos civiles desde la sentencia de apelación, ningún inconveniente se ve para su retroacción en alguna medida al hecho sometido a enjuiciamiento penal, es decir, seguramente la conducta de los acusados no era totalmente injustificada, y si el orden jurisdiccional civil es el genuinamente competente para el otorgamiento de la guarda y custodia, que la ha dado al condenado, en atención al interés del menor, que igualmente es el protegido en el precepto penal, flaco favor haríamos a esa coherencia interna del ordenamiento jurídico, si ahora se justificara una automática condena penal, claramente en contra del interés del menor, pues por razón de la pena quedaría

Se ha apreciado causa de justificación en un supuesto en el que el progenitor no custodió sustraer al menor ante las sospechas de que el abuelo materno va a llevarlo de España, procediendo seguidamente a comparecer ante Fiscalía y a promover la modificación del régimen de custodia (AAP Madrid, sec. 4ª nº 622/2006, de 11 de diciembre).²⁰⁶

También se ha apreciado en supuestos de hechos contextualizados en los inicios de las crisis de parejas (AAP Barcelona, sec. 7ª, nº 406/2008, de 29 de mayo).²⁰⁷

Desde esta perspectiva también se ha rechazado la querrela de la progenitora que trasladó a su hijo del lugar de residencia –Méjico- para fijar una nueva residencia en España, incumpliendo la resolución de guarda y custodia mejicana. El padre viajó a España y se llevó de nuevo al hijo a Méjico.²⁰⁸

También se ha aceptado la concurrencia de causa de justificación en un supuesto en el

inhabilitado el padre y condenado para el ejercicio de la patria potestad, de suerte que la aplicación de todo el peso de la ley, el sumo derecho, ocasionaría un tremendo agravio, efecto pernicioso incompatible con el espíritu y finalidad del precepto penal, y naturalmente con la función de los órganos jurisdiccionales de impartir justicia, que no puede desvincularse de la aplicación de los preceptos, que estatuyen de modo general, a los casos concretos y determinados.

²⁰⁶ Pte: Santamaría Santigosa, Mª Josefa

²⁰⁷ Pte: Rodríguez Santamaría, Ana

²⁰⁸ AAP Madrid, sec. 1ª nº 179/2008, de 31 de marzo Pte: Alvaro López, Mª Cruz: “discrepa la recurrente de la decisión adoptada por la Instructora al acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones iniciadas como consecuencia de la denuncia que la misma presentó frente a Luis Pedro, al que imputa la conducta de haberse llevado y sacado de España al hijo menor que ambos tienen en común, sobre la base de una resolución judicial mejicana que carece de validez en España al no haber sido objeto del correspondiente procedimiento de exequatur ni reunir los requisitos necesarios para ello. Añade en el recurso, que tampoco la orden penal de aprehensión del menor dictada por un tribunal mejicano e invocada por el denunciado para justificar su actuación, tendría validez en territorio nacional, y todas las personas que en ese procedimiento declararon en Méjico tienen alguna relación de dependencia económica con el denunciado o son amigos suyos. Solicita finalmente que se deje sin efecto el sobreseimiento acordado y se continúen las diligencias por un presunto delito de sustracción de hijo menor...En el presente caso, consta acreditado...que ambos residían en Méjico, país de origen del denunciado y del menor al que se refiere la denuncia, y que la ahora recurrente, de nacionalidad húngara, salió de Méjico para instalarse en España con el menor, pese a que los tribunales mejicanos del lugar donde todos ellos residían habían otorgado previamente al padre la guarda y custodia del hijo. En esta situación, el denunciado solicitó en Méjico que se dictara una orden de aprehensión del menor con la que se presentó en España y se llevó al menor cuando este se encontraba con una empleada doméstica...Teniendo en cuenta estas circunstancias, y con independencia de la validez que puedan tener o no en España las resoluciones dictadas por un tribunal mejicano, lo cierto es que en nuestro país no consta que se haya dictado resolución alguna relativa a la guarda y custodia de un menor nacido de padres no españoles y con residencia en Méjico, por lo que en principio cualquiera de los progenitores estarían legitimados para tenerle consigo e incluso viajar con él y salir de España. Sin embargo, en el país de nacimiento del menor si constaba una resolución judicial que atribuía al padre la custodia del niño, y fue en esta regulada situación cuando la denunciante se lo llevó contraviniendo una resolución judicial de ese país e incurriendo en una actuación que de haberse producido en España y en esas circunstancias, sería constitutiva del delito del artículo 225 bis del Código Penal que precisamente imputa al otro progenitor...Por todo ello, no podemos sino desestimar el recurso y compartir la decisión adoptada por la Instructora que debe ser confirmada, por cuanto no está debidamente justificado que se haya cometido el delito que se imputa”.

que un adolescente, tras disfrutar del régimen de visitas con la madre, se niega a retornar con el padre custodio, alegando malos tratos y estando diagnosticado de un trastorno depresivo²⁰⁹. Las situaciones de malos tratos entre cónyuges también se utilizan para rechazar la antijuridicidad de los hechos cuando el presuntamente maltratado se traslada del domicilio familiar junto con sus hijos²¹⁰.

En cualquier caso es relevante el que se introduzca un sistema de *numerus appertus*²¹¹ a la vista de la riqueza de la casuística que se presenta y de los complejos intereses en conflicto.

El *onus probandi* debe recaer en todo caso en quien alega las circunstancias que justifican la conducta sustractora²¹². Sin embargo, la gran operatividad que se otorga al principio de intervención mínima, hace que algunas resoluciones inviertan los principios generales de Derecho probatorio, considerando procedente el sobreseimiento de las actuaciones si no se acredita que no concurre una causa justificada²¹³.

No se ha admitido como causa de justificación que al tiempo de realizar la retención el

²⁰⁹ AAP Sevilla, sec. 3ª nº 233/2004, de 28 de mayo Pte: Márquez Romero, Angel “Esta conclusión sobre la capacidad de valoración del menor-adolescente, es lo que nos hace resolver en el mismo sentido que la Juez “a quo”, puesto que toda la legislación relativa a la guarda y custodia de los hijos, está presidida del principio de “actuación en interés del menor”, que igualmente orienta las estipulaciones del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980...es claro que no cabe apreciar en la actuación de la denunciada, la ejecución de delito de sustracción de menores, que precisa para su apreciación, según los términos del art. 225 bis 1 del Código Penal, la inexistencia de “causa justificada” para la retención; ni procede acordar la restitución del menor, en esta vía penal, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a la jurisdicción civil competente, para que resuelva en el procedimiento adecuado para ello, sobre la custodia del menor”.

²¹⁰ AAP Ciudad Real, sec. 2ª nº 10/2008, de 19 de enero Pte: Catalán Martín de Bernardo, Carmen Pilar “los antecedentes del caso, revelan que con fecha 21 de octubre del año 2006, se dictó Auto de alejamiento, por el que se prohibía al ahora recurrente aproximarse a Ángeles, lo que implicaba en principio, o sea a la fecha en la que fue dictado, la NECESIDAD de adoptar dicha medida cautelar de protección, y que motivó que el apelante tuviera que salir del domicilio conyugal, y que la madre, por MIEDO Y TEMOR hacía su esposo decidiera irse con los hijos al domicilio de sus padres. En este marco de enfrentamientos y temores, el hecho de irse la denunciada, que tenía la guarda y custodia de los hijos, guarda y custodia, no se niega, compartida con el padre, con los menores al domicilio de sus padres y abuelos, no puede ser encuadrable en el delito que se pretende, de ahí que el M. Fiscal, muestre tras ser practicadas unas diligencias, su conformidad con la decisión adoptada”.

²¹¹ Para PRATS CANUT, op. cit. pag. 548 “el concepto de causa justificada es un concepto amplio en el cual caben incluir todas aquellas circunstancias que razonablemente permitan fundar el no reintegro del hijo menor al progenitor que tenga su guarda o custodia, por tanto no cabe establecer un catálogo cerrado de circunstancias, sino que habrá que estar al caso concreto y ponderar los distintos elementos que concurran en la invocación de dicha justificación, que a pesar del nombre debe ser entendida su concurrencia como una causa de atipicidad y que corresponde probar a quien la invoca”. En el mismo sentido, el mismo autor en PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 602

²¹² En el mismo sentido, para STERN BRIONES, op. cit. pag. 13 « la causa de justificación, sea cual sea el criterio de interpretación adoptado, deberá ser objeto de prueba por quien lo invoque”

²¹³ AAP León, sec. 3ª, nº 165/2007, de 1 de octubre Pte: Amezcua Martínez, Miguel Angel “no queda suficientemente constatado y justificado la existencia de la intención y dolo necesario que exige el tipo delictivo del art. 225 bis del Código Penal para su presunta apreciación en la fase instructora en la que nos encontramos. Amén de no inferirse tampoco la inexistencia de una "causa justificada" por parte del padre de los menores en cuanto a su actuación, dado, ante todo, el posicionamiento que ante los padres viene a tener la hija menor para estar con uno u otro”.

acusado hubiera interesado ya la modificación de la guardia y custodia (vid. AAP Gerona, secc. 3ª, nº 158/2005, de 21 de marzo).

2.12 Formas imperfectas de ejecución

Se ha mantenido que cabe tanto tentativa inacabada como la tentativa acabada, punibles en ambos casos conforme a las reglas generales del CP²¹⁴.

No obstante, para la AAP Sevilla, sec. 3ª nº 308/2007, de 25 de junio²¹⁵ la previsión de la excusa absoluta "impide la admisión de formas imperfectas de ejecución".

Se ha aplicado el principio de intervención mínima, no considerándose los hechos delito en un supuesto en el que se acusaba de sustracción de menores en grado de tentativa. La parte alegaba que el delito está constituido en este caso por el hecho de que la denunciada hubiera acudido donde se encontraban los menores con su padre e intentara llevárselos por la fuerza. Para la SAP Madrid, secc. 23ª nº 203/2007, de 8 de junio tal proceder no es suficiente para integrar el tipo²¹⁶.

Desde luego, los actos preparatorios, claramente imaginables y aislables, no son punibles al no existir una previsión legal expresa.

2.13 Principio de intervención mínima: operatividad

Los difusos contornos del tipo, el ámbito familiar en el que se desenvuelve –tan complicado para el Derecho en general y para el penal en especial-, y la complejidad del núcleo típico de la conducta, abogan por un uso especialmente generoso de este principio, dejando fuera de la sanción penal conductas que no lesionan gravemente el bien jurídico protegido y que fácilmente pueden solventarse en sede civil. La doctrina ha abogado enérgicamente por el empleo de este principio como pauta exegética de primer orden en el delito de sustracción de menores²¹⁷.

Los factores que se tienen en cuenta en la jurisprudencia menor son múltiples²¹⁸. Entre

²¹⁴ En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. pag. 14 y QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 354 aunque este autor ve más difícil la tentativa en los supuestos de retención.

²¹⁵ Pte: Márquez Romero, Angel

²¹⁶ Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo

²¹⁷ Para TORRES FERNANDEZ "Comentarios al...", op. cit. pag. 883 se impone una interpretación "acorde con el carácter de ultima ratio que define al Derecho Penal y que prime la resolución de los conflictos por la custodia de los hijos en la vía civil, como orden jurisdiccional competente en los procesos familiares. Para ello han de instarse todos los medios de hacer cumplir eficazmente las resoluciones civiles.

²¹⁸ LLARÍA IBAÑEZ, , op. cit. reseña los siguientes supuestos: "No se aplica a la madre que, con consentimiento del padre, parte hacia Barcelona con hija común menor, para pasar unos días y desde allí le comunica que no va a regresar con él: hasta ese momento ambos progenitores tienen la guardia y custodia compartida, debiendo regularse la guardia y custodia en el procedimiento civil correspondiente (AAP, Sevilla, 1ª, 42/2005, 26-1); ni a esposa, que tras un episodio de maltrato por parte del esposo, abandona el domicilio conyugal con su hija, para salvaguardar su integridad física y situación psicológica, aunque no se había dictado todavía medida cautelar de alejamiento (AAP, Barcelona, 3ª, 452/2005, 30-6); ni a esposa que, dictada la orden de alejamiento al esposo y padre de sus hijos menores por maltrato verbal, temiendo que éste pudiera realizar algún acto de violencia contra ellos, abandona el hogar

otros podemos hacer referencia al consentimiento del menor²¹⁹, supuestos en los que concurren discrepancias a la hora de articular las visitas en el punto de encuentro²²⁰, traslados por razón de enfermedad²²¹. Igualmente a través del principio quedan fuera del tipo supuestos en los que la localización del menor no revistió la más mínima dificultad²²². También se ha dejado fuera del tipo supuestos en los que los propios menores son los que llevan la iniciativa en el incumplimiento del régimen de guarda cuando el progenitor denunciado ha instado simultáneamente la modificación del régimen de custodia.²²³

También utilizando el principio de intervención mínima se ha optado por dejar las conductas al margen del tipo cuando los términos de la resolución judicial fijando la guarda y custodia y el régimen de visitas no son claros²²⁴.

Junto al principio de intervención mínima también se ha utilizado el de proporcionalidad para dejar fuera del radio del tipo conductas menores²²⁵, partiendo de que conforme a la STC nº 55/1996, de 28 de marzo la respuesta penal "sólo encuentra legitimación en una necesidad de protección social y exclusivamente en la medida en que responda a dicha necesidad. De lo contrario, se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona, reconocida en el art. 10, 1 CE como fundamento del orden político, y supondría una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 y, en suma, de los principios de libertad y justicia que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el art. 1.1 CE

Desde esta perspectiva se ha entendido por el AAP Madrid, secc. 27ª nº 826/2007, de 28 de diciembre²²⁶ que "la pena prevista en el art. 225 bis (prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad de cuatro a diez años) puede ser desproporcionada y, por tanto, incompatible con la persecución indiscriminada de cualquier desavenencia surgida en el curso de una separación

conyugal, llevándose consigo a los niños, sin que la crisis matrimonial se hubiese judicializado todavía (AAP, Madrid, 17ª, 302/2004, 17-6); ni a esposa que hacía poco tiempo que había abandonado el domicilio conyugal como consecuencia de malos tratos, no existiendo todavía resolución judicial sobre el régimen de tutela del hijo de 7 años, el cual aprovecha su asistencia a un curso de verano para salir del colegio y marcharse voluntariamente con la madre, habiendo manifestado incluso, en presencia de ambos progenitores, su deseo de ir con ella (AAP, Madrid, 23ª, 459/2004, 18-6); ni a abuela y tía materna - familiares del progenitor custodio-, que se niegan a entregar al menor al otro progenitor que conserva la patria potestad y pretende ejercer su derecho de visitas reconocido en resolución judicial (AAP, Vizcaya, 2ª, 135/2006, 20-2); ni si es el propio menor el que, abandonando voluntariamente el domicilio materno, se va a vivir con su padre, sin intervención de éste último -quien se limita a acogerlo en su domicilio- (AAP, Las Palmas, 2º, 335/2005, 20-7)".

²¹⁹ AAP Guipuzcoa nº 179/2004, de 13 de diciembre sec. 1ª Ponente: Ignacio Jose Subijana Zunzunegui

²²⁰ AAP Sevilla secc. 1ª nº 186/2005, de 19 de abril ponente Miguel Carmona Ruano

²²¹ AAP Vizcaya, sec. 6ª, nº 419/2007, de 28 de mayo Pte: Real de Asúa Llona, Mª Jesús

²²² AAP Valencia sec. 2ª nº 669/2005, de 24 de noviembre **Ponente:** Carlos Turiel Sandin

²²³ AAP Madrid, sec. 27ª nº 826/2007, de 28 de diciembre. Pte: Tardón Olmos, María

²²⁴ AAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 29/2008, de 17 de enero Pte: Alemán Almeida, Secundino

²²⁵ SAP Valencia, sec. 2ª nº 669/2005, de 24 de noviembre Pte: Turiel Sandin, Carlos
AAP Girona, sec. 3ª, nº 29/2005, de 19 de enero. Pte: Ramírez Souto, Fátima .

²²⁶ Pte: Tardón Olmos, María

matrimonial o de una unión de hecho. La pena nos indica que solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales”.

El AAP Madrid, sec. 30ª nº 383/2011, de 17 de junio²²⁷ confirma el archivo y declara los hechos falta. Citando numerosos precedentes asume que “tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término "gravemente", como el propio significado de la palabra "sustracción", que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos””. A continuación declara que “aplicando lo anterior al caso de autos, estimamos que los hechos -no entrega de la menor Evangelina a su madre custodia el 1 de septiembre de 2010, tras la finalización del periodo vacacional con su padre establecido judicialmente- no revisten la gravedad suficiente y ni denotan una intención de cambiar el régimen de custodia de forma permanente pues instó el denunciado, el 3 de septiembre, modificación de las medidas definitivas y la adopción de medidas urgentes (que fue admitida y estimada parcialmente) por lo que en modo alguno pueden ser merecedores del castigo previsto en el artículo 225 bis del C.P”

La SAP Barcelona, secc. 7ª, nº 501/2011, de 5 de julio²²⁸ declara que “las expresiones "gravemente" y "sustracción" denotan sin duda una conducta llamada a perpetuarse en el tiempo más allá de un espacio temporal más o menos importante (...) Los parámetros que delimitan la conducta típica serían, por tanto, por un lado el incumplimiento de una obligación impuesta en proceso matrimonial o de filiación y, por otro, que el hecho reúna la gravedad precisa y necesaria como para prever la sustracción (a modo de secuestro) del menor. (...) La descripción del tipo ha de dar lugar a restricciones hermenéuticas del comportamiento prohibido, de modo que no cabe incluir en él cualquier incumplimiento, del tipo e intensidad que sea, y ello en función de las exigencias derivadas del principio de legalidad penal -artículo 25 C.E. (...) Este tipo penal introducido ha de ser interpretado a la luz de los principios rectores del Derecho Penal, entre los que está el principio de intervención mínima, consecuencia del carácter de última ratio del ordenamiento penal en el esquema general del régimen sancionador, y sobre todo de proporcionalidad. (...) El padre en ningún momento tuvo la intención de alterar el régimen judicial impuesto de guardia y custodia de su hijo menor. Advirtió a la madre de que el menor estaba en su compañía. Acudió a diversos organismos e instituciones públicas denunciando lo que él creía maltrato hacia su hijo. Y finalmente devolvió su presencia a la madre de éste. (...) De la conducta, no se puede desprender como pretende la recurrente una gravedad dirigida a alterar de modo estable y definitivo el régimen de guardia y custodia del menor. Casi hasta podría hablarse de un estado de necesidad putativo al actuar el padre del menor en la creencia errónea de que su hijo sufría un peligro de agresión (no sólo física sino también sexual) en caso de que el mismo continuara con la madre. Más en todo caso, no pretendió sustraer al menor (abarcarlo sólo para sí y por siempre) sino que de lo que se preocupó el padre del menor fue de conseguir que el mismo fuera debidamente examinado a fin de asegurarse la inexistencia de lesiones y de maltrato hacia su hijo”.

²²⁷Pte: Quintana San Martín, Rosa María

²²⁸Pte: Alfonso Laso, Daniel

La SAP Pontevedra, secc. 5ª, nº 293/2016, de 16 de junio²²⁹ establece que “visto que en el presente caso, el menor -de 12 años en aquella época-, se fue voluntariamente con el padre (lo que se admite además en la sentencia), y que desde entonces (...), ve regularmente a su madre, pasa vacaciones con ella, asisten a mediación etc, en modo alguno podemos admitir que se ataca al bien jurídico protegido por el art. 225 bis por el que viene condenado...Y es que a mayor abundamiento, no consta ni se recoge en la sentencia, que se llegase a realizar ningún acto material consistente o tendente a sustraer al menor de la custodia que en ese momento tenía el otro progenitor, ni que se le retuviese, puesto que el menor, sigue viviendo en Vigo, acudiendo al mismo colegio, tiene visitas con su madre etc. sin que exista por tanto una verdadera privación y un real alejamiento de la esfera de protección del otro progenitor, no apreciándose tampoco, a la vista de la situación existente la intención de desvincular al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente de la madre; encontrándonos por tanto ante una situación que no encaja en el delito por el que el acusado viene condenado”.

El AAP Zaragoza, secc. 1ª, nº 887/2011, de 27 de diciembre²³⁰ declara que “queda claro que debe descartarse que el denunciado al tener consigo a sus hijos en aquel momento sin el consentimiento de la madre hubiera incurrido en el tipo delictivo que examinamos, por cuanto:a) no consta en forma alguna que el denunciado pretendiera apartar de una forma definitiva ni permanente a sus hijos de la custodia de la madre.b) los propios menores son los que desean permanecer con su padre, tal como se ha puesto de manifiesto en las actuaciones, debiendo ser oídos en atención a la madurez de su edad.c) finalmente resulta que del contenido de las actuaciones, la Sala no considera se de el incumplimiento grave que exige el citado artículo, respecto del deber establecido por resolución judicial, habida cuenta la existencia así mismo de un incidente de modificación de medidas en el que al parecer se pretende modificar la guarda y custodia de tales menores, en la forma que éstos desean. Debiendo en consecuencia la apelante acudir a la vía civil para el ejercicio de las acciones que tenga por conveniente, dados los principios que rigen el código penal y que hacen inviable la estimación del recurso”.

No está de más, en todo caso, recordar que el principio de intervención mínima, “no puede, bajo ningún concepto, soslayar el principio de legalidad, que viene impuesto por los arts. 9.3 de la CE y 4 del Código Penal, de modo que una cosa es que por vía de interpretación se pueda concluir que una determinada conducta no está recogida en la norma penal, perspectiva desde la cual puede tener acomodo el invocado principio de intervención mínima, al analizar si la conducta objeto de enjuiciamiento lesiona o no los bienes jurídicos que aquélla tutela, y otra muy distinta es ampararse en él para inaplicar el derecho penal, lo que en definitiva conduciría a la arbitrariedad”²³¹.

A través de la exigencia de gravedad en el incumplimiento de nuevo puede darse operatividad al principio de intervención mínima²³².

La existencia de las faltas del 618 y 622 también daban cobertura a la aplicación de este

²²⁹ Pte: Fernández-Rivera González, María Paz

²³⁰ Pte: López Millán, Antonio Eloy

²³¹ SAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 116/2007, de 31 de mayo Pte: Alemán Almeida, Secundino

²³² Para PRATS CANUT, op. cit. pag. 549 “a los efectos de dotar de un sustrato material al concepto gravemente, el mismo debería ser referido a los deberes recogidos en la resolución judicial o administrativa que comporten tutela de derechos del hijo menor, encontrando así un fundamento típico a la invocación de la tutela del bien jurídico protegido...”

principio²³³. De nuevo la supresión de estas faltas arrastra el peligro de una restricción en la utilización de esta válvula de escape.

2.14 Concursos con otros delitos.

2.14.1 Amenazas

Las amenazas proferidas en relación a una futura sustracción del hijo dirigida por un cónyuge o miembro de la pareja frente a otro integrarían un delito autónomo, encuadrable bien en los tipos de violencia doméstica, bien en los de violencia de género.
234

2.14.2 Desobediencia

Por otro lado, su relación con el delito de desobediencia del art. 556 CP, cuando medie una resolución judicial y requerimientos personales, sería la de concurso de leyes. Existe sin embargo alguna interpretación –rechazable en nuestra opinión– que entiende compatible la aplicación del art. 225 bis con el delito de desobediencia²³⁵. Como se declara en la SAP Alicante secc. 1ª de 20 de septiembre de 2005 “el mero incumplimiento de una sentencia o de una resolución administrativa no es punible, ya que el remedio jurídico que el ordenamiento prevé en este caso no es la respuesta penal sino la ejecución administrativa”. El delito de desobediencia grave podrá aplicarse a supuestos de incumplimiento grave del régimen de visitas²³⁶.

2.14.3 Detención ilegal

La detención ilegal está prevista en el Código Penal en los artículos 163 y siguientes, dentro del Título VI dedicado a los delitos contra la libertad, y castiga al que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad.

²³³ AAP Santander se. 3ª 121/2005, de 27 de junio. Pte Agustín Alonso Roca. “Tampoco concurren indicios en el presente caso de comisión de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis.1 y 2-2º del Código Penal, entendiéndose por "sustracción" la definición legal contenida en el apartado 2-2º citado ("la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa"), pues tal conducta exige un acto de vis física -retención- extendido en el tiempo que en el presente caso, al menos ab initio, no aparece acreditado.

²³⁴ En palabras de PARDO FERNÁNDEZ, op. cit. pag. 7 “la amenaza es una forma de violencia psicológica en su máximo esplendor, paraliza a la víctima, puede llegar a considerarse como terrorismo psicológico, ya que el efecto de la amenaza se prolonga en el tiempo. En este sentido las amenazas de secuestro de un menor deben tener una valoración propia y específica, ya que a menudo resultan obviadas, tendiendo a minusvalorar estas amenazas por la incredulidad de que se conviertan en realidad”.

²³⁵ SAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 116/2007, de 31 de mayo Pte: Alemán Almeida, Secundino “la retención del menor por el progenitor que ejercía el régimen de visitas, más allá del periodo de tiempo en que se concretaba éste, puede ser delito del art. 225 bis o falta del 622 según el tiempo que dure la retención, pero podrá ser asimismo desobediencia, en cuanto el bien jurídico protegido es distinto, si además de la retención se incumple los requerimientos de la autoridad judicial para la devolución.

²³⁶ SAP Sevilla, sec. 1ª, nº 200/2009, de 11 de marzo Pte: Sánchez Ugena, Joaquín “lo que la madre ha hecho ha sido incumplir la orden judicial en cuya virtud existe un régimen de visitas establecido para que el padre y la hija puedan estar juntos....Como esta orden ha sido incumplida de modo constante a lo largo del tiempo, el proceder de quien así actúa encaja en el delito de desobediencia que el Código Penal castiga en el art. 556...”

Siendo la sustracción un delito especial propio,²³⁷ si a un menor se lo lleva una persona ajena al círculo familiar se aplicará el tipo de detención ilegal. Si quien efectúa la sustracción es el progenitor o asimilados, entrará preferentemente en juego el tipo del art. 225 bis²³⁸.

La idea básica para la delimitación con las detenciones ilegales es la de que en la sustracción de menores no es la libertad ni la seguridad del menor el bien jurídico protegido²³⁹. No se priva al menor de libertad sino de su derecho a mantenerse en su ubicación y a relacionarse con el progenitor custodio.

Esto no obstante, concurriendo el uso de violencia o intimidación para consumir la sustracción y privación de libertad entendemos que aún al progenitor y asimilados puede aplicárseles el tipo común de detenciones ilegales²⁴⁰.

La Circular 2/2012, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos* hace un análisis interesante en relación con la calificación de la sustracción de menores por personas ajenas al círculo del art. 225 bis CP: “lo decisivo para la realización del tipo de detención ilegal no es que exista una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento expreso o

²³⁷ Para TORRES “respecto de la posible concurrencia de un delito de sustracción de menores del art. 225 bis de nueva creación y los delitos de detenciones ilegales de los arts. 163 a 168 del Código Penal, la especificidad del sujeto activo, que ha de ser el padre o la madre del menor de edad, junto con la privación de derechos del menor, que se define por limitar su derecho de residencia en compañía del otro titular de la patria potestad en un determinado entorno familiar y cultural, hacen de este delito ley especial, que singulariza mejor los rasgos del fenómeno del llamado «secuestro parental». En tales casos el menor no es privado totalmente de su libertad ambulatoria, lo que es característico de las detenciones ilegales, sino sólo de su derecho a residir en el entorno que ya constituía su residencia habitual, si se le separa del titular de la patria potestad que ejercía la custodia de manera permanente, o del derecho a mantener contacto personal con el titular de la patria potestad con un derecho de visita, si se le separa de éste”.

²³⁸ En este sentido se ha considerado que al mantener el padre la patria potestad de su hijo, aunque no tenga la guarda y custodia “no puede realizar el tipo de detención ilegal ya que no puede privar de libertad ambulatoria a su propio hijo” ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS op. cit. pag. 446

²³⁹ En la misma línea QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 354
Para TORRES FERNANDEZ “Comentarios al...”, op. cit. pag. 881 “respecto de la posible concurrencia de un delito de sustracción de menores del art. 225 bis de nueva creación y los delitos de detenciones ilegales de los arts. 163 a 168 del Código Penal, la especificidad del sujeto activo, que ha de ser el padre o la madre del menor de edad, junto con la privación de derechos del menor, que se define por limitar su derecho de residencia en compañía del otro titular de la patria potestad en un determinado entorno familiar y cultural, hacen de este delito ley especial, que singulariza mejor los rasgos del fenómeno del llamado «secuestro parental». En tales casos el menor no es privado totalmente de su libertad ambulatoria, lo que es característico de las detenciones ilegales, sino sólo de su derecho a residir en el entorno que ya constituía su residencia habitual, si se le separa del titular de la patria potestad que ejercía la custodia de manera permanente, o del derecho a mantener contacto personal con el titular de la patria potestad con un derecho de visita, si se le separa de éste

²⁴⁰ Como se ha sostenido “el art. 163.1 CP exige, para la consumación del delito de detención ilegal, que la acción típica persiga privar de libertad al sujeto pasivo, por lo que esta exigencia se extiende, claro, para el supuesto agravado en el que el encerrado o detenido es menor” CORTÉS BECHIARELLI, Emilio “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores” Edersa, 1996 pag. 120

tácito, por lo que no es exigible un elemento positivo del tipo, la contrariedad de la voluntad, sino un elemento negativo, la ausencia de voluntad. Por ello, aunque el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria en su modalidad de autonomía para desplazarse espacialmente de un punto a otro, pueden ser igualmente víctimas del delito aquellas personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad, bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas. En estos casos, el núcleo típico abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de los legítimos representantes legales”.

2.14.4 Quebrantamiento de medida cautelar

Puede también plantearse el concurso con el delito de quebrantamiento de medida cautelar. La SAP Madrid, secc. 16ª nº 194/2016, de 15 de abril²⁴¹ confirma una condena por un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis apartados 1, 2 y 3 en concurso medial del artículo 77 con un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 apartado 2, en un supuesto en el que se había dictado un auto y una sentencia prohibiendo la salida de la menor del territorio nacional, salvo consentimiento expreso de ambos progenitores o en su defecto de autorización judicial y requerimiento judicial de la prohibición.

2.14.5 Inducción a incumplir el régimen de guarda

El art. 224 párrafo segundo CP castiga la conducta de *inducir a un hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa*. Esta modalidad, sancionada con la misma pena que la inducción llevada a cabo por un *extraneus*, fue introducida en la reforma 9/2002

Para MUÑOZ CONDE este tipo, introducido por la LO 9/2002 era innecesario, dado que el apartado primero del mismo precepto abarcaba ya esta conducta²⁴².

El sujeto activo ha de ser un progenitor, por lo que nos encontramos con un delito especial, en nuestra opinión impropio, pues tiene su correlato para el *extraneus* en el párrafo primero del mismo precepto. La conducta inductiva debe referirse a abandonar al progenitor custodio conforme a lo resuelto en vía judicial o administrativa²⁴³, no incluyendo la inducción a incumplir el régimen de visitas. En este punto existen, no

²⁴¹ Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano

²⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco Derecho Penal Parte especial 16ª edición Tirant Lo Blanch pag. 326

²⁴³ Para MONTÓN GARCÍA, op. cit. “en el primer párrafo de ese art. 224 la condición de sujeto activo de la inducción se atribuye a cualquiera -"el que indujere"- sin referencia alguna a parentesco o no con el menor; y el hecho castigado es el inducir al abandono del "domicilio familiar" o "lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores". El nuevo párrafo segundo, sin embargo, parece circunscribirse el sujeto activo al "progenitor" y el hecho sancionado a "inducir a infringir el régimen de custodia". La pena en ambos casos es la misma: prisión de seis meses a dos años, y en los dos el autor de este delito puede beneficiarse de una pena inferior de concurrir las circunstancias que se consideraran en el artículo 225 .Esto nos hace pensar que lo que realmente ha querido el legislador con la introducción de este párrafo segundo en el mencionado precepto no es ampliar el sujeto activo de esta figura delictiva, pues la construcción sintáctica de su párrafo primero permite incluir a cualquiera, sin distingos... sino dejar perfectamente claro que también los padres del menor pueden incurrir en ella, saliendo al paso de posibles interpretaciones restrictivas”.

obstante, discrepancias doctrinales²⁴⁴.

El bien jurídico queda desdibujado. En nuestra opinión sería una mezcla del interés del menor por no ver alteradas *de facto* sus relaciones familiares y la necesidad de respetar las resoluciones judiciales y administrativas, por lo que la desobediencia está también latente.²⁴⁵

En cuanto a la expresión “régimen de custodia” debe entenderse como el establecido por una autoridad judicial o administrativa por medio de la cual se somete al menor a la patria potestad, tutela o guarda de otra persona física o jurídica²⁴⁶.

En cualquier caso –como sostiene TORRES- el incumplimiento de los deberes al que se induce ha de ser un incumplimiento grave, que lo haga merecedor de la pena de prisión prevista en el tipo, fijada entre seis meses y dos años, pena que es la misma de la inducción de un menor al abandono del domicilio familiar del art. 224.1, por lo que parece que no toda inducción a la infracción del régimen de custodia integrará el tipo, sino sólo aquellas que merezcan una desvaloración equivalente,²⁴⁷.

Esta exigencia de gravedad engarza con el principio de intervención mínima²⁴⁸.

No cabrá aplicar el tipo cuando no preexiste una resolución judicial sobre cuál de los dos domicilios, el del padre o de la madre, es el domicilio del menor²⁴⁹.

²⁴⁴ Para PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 592 el tipo “pretende abarcar las dos modalidades, el abandono del domicilio familiar stricto sensu y el incumplimiento del régimen de visitas” También para TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit. quedaría abarcado “cuando se induce al hijo a infringir sistemáticamente el régimen de visitas y comunicación con el otro titular de la patria potestad, limitando al menor en tales casos la libertad para ejercer su derecho a relacionarse con ambos padres y privando al otro titular de la patria potestad del derecho a la compañía del hijo menor en los términos en los que haya quedado fijado en la resolución judicial al efecto”

²⁴⁵ En esta línea QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 351 ha considerado que el tipo “no implica...ni siquiera un peligro remoto para el bienestar del menor...estaríamos mas ante un delito contra la sociedad mas que contra las relaciones familiares en sí mismas pues éstas podrían verse potenciadas por el nuevo status, aunque ilícito, que se pretende por parte del sujeto activo”

²⁴⁶ Para QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 352 “pese a la poca técnica legislativa, ha de considerarse que la custodia es la custodia fijada legítimamente por un juez o autoridad administrativa en cualquier clase de proceso, reciba ésta o aquella el nombre que reciba”

²⁴⁷ TORRES FERNANDEZ, “Los nuevos delitos...” , op. cit.

²⁴⁸ Para QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 352 “la conducta del sujeto activo deberá suponer un ataque en toda regla al régimen íntegro de custodia legalmente acordado y no un mero incumplimiento; así no cabe incluir en este precepto inducir a un hijo a no acudir al encuentro del progenitor con el que ha de pasar una parte de las vacaciones, de acuerdo con lo establecido judicialmente”

²⁴⁹ PRATS CANUT, “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 538. Para este mismo autor, en “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 592 “dos son las situaciones jurídicamente imaginables: una en la cual no concurre resolución judicial sobre cuál de los dos domicilios, el del padre o el de la madre, es el domicilio del menor, en cuyo caso al ser la patria potestad compartida, salvo en casos de privación de la misma a uno de los cónyuges, ninguna de los dos puede ser autor del presente delito, pues si bien puede inducirle a abandonar el domicilio o residencia habitual, no le induce a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores”

Se discute por la doctrina quien sea el sujeto pasivo del delito. En nuestra opinión debiera entenderse incluido tanto el progenitor que tiene al menor bajo su custodia como el propio menor, que ve perturbado su estatus familiar.²⁵⁰

Los principales problemas que planteará la aplicación del tipo vendrán determinados por la necesidad de deslindar las inducciones típicas (que deben ser construidas sobre la base de hacer nacer *ex novo* en el menor la idea de quebrantar el régimen de custodia, y que tiene que contener esa esencial gravedad) de otras desavenencias que deben tener su normal ubicación en la jurisdicción civil.

Desde otro punto de vista, habrán igualmente de quedar extramuros del tipo aquellas conductas en las que no existe propiamente inducción sino no oposición o incluso apoyo a la libre decisión adoptada por un menor maduro.

Parece claro –y es la concepción también del CH80- que los menores de 16 años pueden autodeterminarse en cuanto a con quién de sus progenitores quiere vivir, de manera que ni el Derecho civil, ni mucho menos el Derecho Penal, deben en estos casos intervenir. También es claro que tanto el CH80 como nuestro ordenamiento jurídico (en especial a través del principio general sentado en la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* de que las limitaciones a la capacidad de los menores deben interpretarse restrictivamente) otorgan gran importancia a la voluntad del menor que aún por debajo de los 16 años, tiene suficiente madurez para decidir en relación con los derechos de la personalidad.

La conducta debe reunir todas las exigencias que con carácter general se requieren de la inducción para que sea penalmente relevante²⁵¹.

Un sector doctrinal ha considerado admisible la tentativa,²⁵² mientras que para otro no cabe la punición de tal fase del *iter críminis*, por lo que si la inducción no es eficaz la conducta quedaría impune²⁵³.

También en ocasiones será difícil deslindarlo de la sustracción de menores, cuando la inducción es ejecutada por un progenitor y es seguida por un efectivo abandono por el

²⁵⁰ Para SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, op. cit. pag. 226 el sujeto pasivo “no será el propio menor o incapaz, que muy probablemente estará de acuerdo con su instigador, sino sus padres, tutores o guardadores cuyos derechos-deberes inherentes a la patria potestad tutela o guarda hayan sido quebrantados”

²⁵¹En el mismo sentido, PRATS CANUT “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. . 539 y el mismo autor en “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 598 “debe ser directa, orientada a una conducta concreta...determinante, la conducta del inductor no puede aparecer como un mero refuerzo de la voluntad del menor y eficaz, debiendo ser todo ello ejecutado por el inductor a título de dolo”

²⁵² En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, op.cit. pag 226

²⁵³ PRATS CANUT “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 590 considera en este sentido que cuando “la conducta del inductor carece de una de sus notas características, la eficacia y por tanto no tiene relevancia” no sería punible aunque “cuestión distinta lo consituye el hecho de que la inducción haya sido eficaz pero por causas ajenas a la voluntad del inducido, éste no consiga perfeccionarla...basta con que el menor intente abandonar el hogar para que se perfeccione el delito, eso sí, a través de actos relevantes que permitan ser considerados como inicio de ejecución”

menor de su residencia y de su traslado a la residencia del inductor.

Se ha defendido que el concurso entre el art. 224 y el 225 bis ha de resolverse conforme al principio de consunción, por lo que vendría en aplicación el art. 224²⁵⁴. Para MUÑOZ CONDE, sin embargo, el tipo de sustracción del art. 225 bis es de preferente aplicación²⁵⁵. En nuestra opinión, tanto conforme al principio de especialidad como conforme al principio de alternatividad es de aplicación preferente el tipo de sustracción, aunque ésta se cometa materialmente mediante la inducción²⁵⁶.

Además, cuando el sujeto pasivo es un niño de escasa edad, difícilmente puede considerarse que pueda ser determinado directamente a realizar por sí la conducta, por lo que no cabrá aplicar la inducción²⁵⁷, pues no hay propiamente una voluntad libre y sí una sustracción mediante una especie de autoría mediata. En este sentido, la SAP Gerona nº 18/2000, de 21 de enero considera que es preciso que el sujeto pasivo tenga una mínima capacidad de decisión que le permita el abandono de domicilio, la cual no tiene por ejemplo un niño de dos años.

Desde el punto de vista penológico, no se entiende que se sancione con la misma pena la conducta cometida por un extraño que la cometida por un progenitor²⁵⁸. En efecto, la penalidad que se prevé (pena de prisión de seis meses a dos años) es claramente desproporcionada con la gravedad de la conducta, sobre todo si se tiene en cuenta que se equipara la conducta del párrafo primero del art. 224 CP (el que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar) en el que el autor es un extraño con la del párrafo segundo, que solo puede cometerla el progenitor y que afecta al régimen de custodia²⁵⁹.

Debe tenerse presente que el art. 225 introduce una atenuación al establecer que *cuando*

²⁵⁴ En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, op. cit. pag. 71

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE op. cit. pag. 326

²⁵⁶ En esta línea QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 351 ha entendido que “si la inducción se verifica en la realidad puede hablarse de un delito de sustracción de menores (art. 225 bis) en autoría mediata”

²⁵⁷ En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS op. cit. pag. 446

²⁵⁸ En el mismo sentido, PRATS CANUT “Comentarios a la parte especial...” op. cit. pag. 539 y el mismo autor en “Comentarios al Código Penal” op. cit. pag. 597 “sorprende que se parifique la penalidad de la conducta del extraño y del progenitor. Es tradicional que el parentesco en el ámbito del derecho penal juegue un papel de atenuación o de exasperación de la pena, cosa que en el presente caso no se da y no deja de sorprender, toda vez que desde la óptica de los derechos del menor es principio se tendría que ver menos afectada toda vez que lo normal es que el progenitor induzca al menor a incumplir es para que el menor se quede con el progenitor inductor y de los lazos afectivos que le une cabe en principio esperar un trato mas deferente y por tanto no atentatorio contra sus derechos que el que pueda llevar a cabo un extraño”

²⁵⁹ Para QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 352 « no estando en juego la integridad física ni moral del menor parece una pena excesiva, máxima que se trata de un intento que no es necesario que llegue a realizarse, es un claro exponente de legislación propagandística con buenos tintes demagógicos. Además, se equiparan dos conductas que nada tienen que ver, la del párrafo primero con la del párrafo segundo del art. 224. Aquel tiende a sustraer al menor o incapaz al control total de quien lo debe tener; en cambio aquí la cuestión es mucho menos intensa, pues sólo se pretende alterar el régimen de custodia, excuido el de la asignación domiciliaria que ya estaba penado”

el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas.

2.15 Penalidad: la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad

Se ha criticado el exceso de pena privativa de libertad prevista para este tipo (dos a cuatro años, aplicable en su mitad superior cuando concurra un subtipo agravado), que puede llevar a atentar contra el principio de proporcionalidad²⁶⁰, sobre todo teniendo en cuenta que el tipo no exige ninguna situación de peligro para el menor²⁶¹. No obstante, en Derecho comparado existen sistemas aún más severos que el nuestro²⁶².

El tipo prevé además para el sustractor la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Conforme al art. 45 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Esta pena está orientada hacia la protección de menores de edad víctimas de delitos que por su esencia pongan de manifiesto que el progenitor, en el ejercicio de la función de patria potestad, puede perjudicar el desarrollo de los mismos.

Su imposición está justificada ante delitos que revelen un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad²⁶³.

²⁶⁰ En este sentido ha apuntado PÉREZ DE LOS COBOS Y ESPARZA, op. cit. pag. 11 que “es excesiva la pena impuesta, no sólo de prisión (no olvidemos que con las nuevas reformas el condenado puede entrar físicamente en prisión) sino la de inhabilitación. A poco mayor que sea el menor, será mayor de edad cuando transcurra el plazo de inhabilitación”.

²⁶¹ En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, op. cit. pag. 354

²⁶² En Canadá, la pena máxima imponible es de diez años, que para el Subcomité de Derechos Humanos y Desarrollo internacional del Parlamento de Canadá “refleja la gravedad que los legisladores le confieren a la conducta y el daño substancial que puede causarles a los individuos y a la sociedad” La sustracción internacional de menores: propuestas de cambio. Recomendaciones del Subcomité de Derechos Humanos y Desarrollo internacional del Parlamento de Canadá. Abril de 1998. Materiales de trabajo n° 46 Dirección General del Menor y la Familia. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, mayo, 1999 pag. 39

²⁶³ Vid. en este sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga “Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006” Indret 4/2007 pag. 4
También en esta línea se ha considerado que “Como es lógico, el legislador ha previsto la privación de estos derechos en aquellas infracciones penales que denotan de algún modo la realización de conductas inapropiadas o contrarias al ejercicio de los derechos familiares de que se priva, y las prevé no como una alternativa a la pena privativa de libertad, sino como sanciones adicionales a la misma”. REY

Debiera reflexionarse sobre la procedencia de la previsión de esta pena respecto del tipo de sustracción, teniendo en cuenta precisamente que estos delitos hunden sus raíces en el derecho de los menores reconocido en la CDN de relacionarse con ambos progenitores, derecho que quedará cercenado con la imposición de la pena prevista.

En todo caso, en nuestra opinión no deberá nunca equipararse esta pena con la sanción civil de la privación de patria potestad, pues sus efectos no son tan radicales.²⁶⁴

Tras la reforma 15/2003, con carácter general, la pena de inhabilitación puede extenderse a los hijos que no hayan sido víctimas del delito²⁶⁵. No parece que tal

HUIDOBRO, Luis Fernando. “La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento” La Ley, nº 6007

²⁶⁴ Así se ha entendido que “la inhabilitación prevista en el texto penal no es, en sentido estricto, una privación de la patria potestad sino un concreto supuesto de suspensión de la misma tanto por la necesaria y no excepcional temporalidad de su duración como por su incidencia sobre el ejercicio del derecho y no sobre la titularidad del mismo...El art. 170 CC se refiere a la privación de la patria potestad. Esta privación puede ser de la titularidad o del ejercicio. El CP únicamente se refiere al ejercicio, no a la titularidad. La razón puede ser que si se privara de la titularidad sería necesario un nuevo pronunciamiento judicial para su recuperación, como establece el art. 171, mientras que al privarse únicamente del ejercicio una vez transcurrido el tiempo de condena, la recuperación es automática si aun se tiene la titularidad no siendo necesario un nuevo pronunciamiento judicial. No obstante, respecto a esta cuestión crítica la doctrina la recuperación automática, diciendo que con ella se vulnera descaradamente la previsión establecida en el art. 170.2 CC en virtud del cual los tribunales podrán acordar la recuperación de la patria potestad cuando cese la causa que motivó la privación” MONTFORT FERRERO, María Jesús “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar” en LLORIA GARCÍA, Paz (Directora) “Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar” Justel, 2008 pag. 145

²⁶⁵ La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte) contiene importantes pronunciamientos sobre esta pena: La nueva redacción supera esta interpretación y permite extender sus efectos a los demás menores que estén a cargo del penado, a todos o solo a algunos, en atención a las circunstancias del caso...Lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente los facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor...La extensión de la inhabilitación especial será especialmente procedente cuando la índole del delito y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta delictiva respecto de los demás menores distintos de la víctima (ejemplo paradigmático puede ser el delito de mutilación genital, previsto en el art. 149 del Código Penal)...Los Sres. Fiscales habrán de motivar la petición de extensión de la inhabilitación y del mismo modo habrán de exigir que las decisiones que se adopten por el Juez o Tribunal estén también debidamente motivadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...La extensión facultativa de la pena podrá afectar no solo a varios hijos menores sino a otros menores sometidos a la tutela, curatela, guarda o acogimiento del penado, toda vez que el nuevo texto se refiere genéricamente a menores que estén a cargo del penado...No obstante, los mayores de edad con la patria potestad prorrogada que no sean las víctimas del delito no quedan abarcados por el nuevo texto introducido por la reforma, por lo que la proscripción de la analogía contra reo y el respeto al principio de legalidad obligarán a acudir a la legislación civil para obtener la privación de la patria potestad en estos supuestos...La decisión sobre la imposición de esta pena, tanto cuando afecte a menores víctimas directas de los delitos como cuando se extienda a menores que no lo sean, habrá de respetar el derecho de éstos a ser oídos, pues salvo supuestos excepcionales -vid. delitos previstos en los arts. 221 y 440 CP en los que la imposición de la pena tiene carácter preceptivo-, en los demás casos la pena tiene un carácter facultativo. Deben, por lo demás, darse aquí por reproducidas las consideraciones adicionales que se realizaron respecto de la audiencia de los menores en el apartado VI de la presente Circular...Si una vez transcurrido el cumplimiento de la pena persisten circunstancias que aconsejan mantener la suspensión o

habilitación deba ser aplicable en supuestos de sustracción de menores, pues llevaría a consecuencias aún más desproporcionadas²⁶⁶.

La SAP A Coruña, secc. 2ª nº 96/2012, de 7 de mayo²⁶⁷ deja sin efecto la pena impuesta de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, porque no fue pedida expresamente por la acusación²⁶⁸.

2.16 Circunstancias modificativas

Cabe apreciar la atenuante de reparación del daño en supuestos en los que el sujeto activo colabora activamente en el retorno del menor sustraído cuando ya han pasado los plazos previstos en el subtipo atenuado. En este sentido puede citarse la SAP Girona, secc. 3ª, nº 97/2011, de 22 de febrero²⁶⁹ que declara que “la sentencia recoge que la

privación de la patria potestad, o de los demás derechos mencionados en el art. 46 del Código Penal los Sres. Fiscales habrán de promover, en su caso, las actuaciones necesarias en vía civil para asegurar la prevalencia del interés superior del menor...Debe por último tenerse presente que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no afecta a los deberes del penado para con sus hijos.

²⁶⁶ “La reforma...ha introducido un nuevo inciso. Si con anterioridad podría entenderse, como hacía un sector importante de la doctrina, que la pena se refería exclusivamente a los menores víctimas del delito, en la actualidad, respecto de los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor, el Juez o Tribunal podrá extenderla a los demás menores que estén a cargo del penado, a todos o solo a algunos, en atención a las circunstancias del caso. Aunque el precepto no lo diga expresamente, tal decisión deberá aparecer debidamente motivada en la sentencia que la acuerde, pues no se trata de una posibilidad absolutamente discrecional del Juez o Tribunal, sino que deberá tener en cuenta las circunstancias del caso, lo cual debe constar y puede ser revisado” COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. Código Penal comentado. Ed. Bosch, segunda edición, febrero de 2004

También en esta línea se considera que “la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, siempre que la pena tenga carácter preceptivo, debe considerarse de obligada imposición respecto a los hijos con quienes haya tenido relación directa el delito cometido y facultativa en todos los demás supuestos en atención a las circunstancias del caso concreto. Lo anterior ex extensible a la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, pues la reforma se refiere genéricamente a menores que estén a cargo del penado. Esta expresión no es, sin embargo, afortunada porque tales cargos puedan recaer también sobre incapaces mayores de edad” BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel “Lecciones de consecuencias jurídicas del delito” Tirant Lo Blanch, 2004.

²⁶⁷ Pte: Sanz Crego, Salvador Pedro

²⁶⁸ Declara esta sentencia que “el recurso si que se admitirá en su último motivo, cuando critica la sentencia por imponer una penalidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, cuando esta pena, por no ser de obligada imposición en las conductas que, como la aquí enjuiciada, se hallan sancionadas en el artículo 225 bis 1 y 2. 2º, apartado 4, del Código Penal, no había sido pedida por el Ministerio Fiscal. Examinado su escrito de acusación, (...) efectivamente no se contiene petición al respecto, y este escrito de calificación fue mantenido en trámite de conclusiones en el acto del juicio oral (...), por lo que, partiendo del Acuerdo del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 2006, en el que se sanciona que: " El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa", y como se reitera posteriormente por reiterada doctrina (CFR, por ejemplo, STS del 4 de octubre de 2010, que este principio no ha de quedar restringido solamente a la relación de hechos acusada, sino a la misma calificación jurídica, y dentro de esta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones, la imposición de una pena que no ha sido solicitada por la acusación, condiciona y menoscaba las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan, de ahí que deba ser dejada sin efecto dicha pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho a la patria potestad que había sido impuesta en la sentencia de instancia, siendo en este punto, como decíamos, estimado el recurso de apelación”.

²⁶⁹ Pte: Carol Grau, Ildefonso Juan Ramón

condenada acudió a la policía el día 13 de marzo de 2003, e indicó a los agentes -manteniendo, eso sí, su versión de los hechos- que las niñas regresaban ese mismo día; lo cual, además, así sucedió. Es decir que, siendo como era la única persona que sabía dónde estaban (o, al menos, que además de saberlo tenía la capacidad jurídica para ordenar su desplazamiento de regreso), no hay duda de que tuvo que ser ella quien dispuso el regreso a Puigcerdà de las niñas en esa fecha; y ello con independencia de quién o quienes fueran las personas que acompañaron de regreso a las menores desde Marruecos. Una decisión que, de algún modo, supuso una reparación del daño, pues bien podía haber hecho lo contrario: seguir negando su sustracción, y haberlas dejado en Marruecos de modo indefinido. Y que, desde luego, disminuyó los efectos lesivos del delito, pues para las menores -igual que para su padre, quien fuera alejado ilícitamente de ellas- resulta de menor gravedad haber permanecido en Marruecos tres meses y medio que haberlo hecho, por ejemplo, hasta que alcanzaran su mayoría de edad. Entendemos que, en consecuencia, procede estimar la circunstancia atenuante del artículo 21.5º CP, si bien únicamente con carácter de simple, dado el carácter parcial de la reparación que se aprecia”.

2.17 Posibilidad de aplicar la continuidad delictiva

Admite esta posibilidad la SAP Madrid, sec. 16ª, nº 100/2005, de 11 de febrero²⁷⁰, que declara que “el delito de sustracción de menores fue apreciado correctamente por el juzgador de instancia de forma continuada por las razones que explicita y que este Tribunal hace propias, pues sin perjuicio del carácter permanente de tal delito, aflora la continuidad delictiva cuando se producen periodos temporales claramente delimitados en que tras cesar el primero, se dejar pasar un tiempo, se comete la segunda sustracción y, finalizada ésta y vuelto a pasar tiempo, se reitera idéntica sustracción. Resultando de toda evidencia que la sustracción de un menor, no puede amparar y dejar impune sucesivas y posteriores sustracciones, que lo que revelan es el plus de antijuridicidad que justifica la mayor punición”.

2.18 Cuestiones relativas a la responsabilidad civil

El delito puede generar tanto daños morales como daños psíquicos indemnizables (al progenitor *left-behind* y al propio menor), reclamables tanto en vía civil como en vía penal. Igualmente cabría reclamar otro tipo de daños materiales como gastos de viajes, de intérpretes, de gestiones de localización a través de investigadores privados, y en definitiva, cualquier gasto en el que se hubiera incurrido racionalmente para localizar y recuperar al menor²⁷¹.

La jurisdicción contencioso administrativa ha condenado al Estado por inadecuado funcionamiento de la Administración en el control de fronteras (SAN sec. 8ª de 17 de enero de 2001 y SAN sec. 1ª de 28 de abril de 2004)²⁷².

²⁷⁰ Pte: Hidalgo Abia, Miguel

²⁷¹ OPPERTI BADÁN, op. cit. pag. 180 considera que “otro ángulo para observar este problema sería el de considerar la figura como una fuente de daños y perjuicios que incluiría el daño moral. Así, el padre que rapta a su propio hijo para sustraerlo a la guarda previamente asignada a su cónyuge o ex cónyuge respondería a ésta por el daño inferido que incluiría por ejemplo los gastos que le hubiere irrogado la localización y restitución del menor”

²⁷² ALONSO CARVAJAL “Los aspectos...” op. cit. pag. 130

La SAP Girona, secc. 3ª, nº 97/2011, de 22 de febrero²⁷³ declara que “el perjuicio moral que representa para un padre verse alejado ilícitamente de sus dos hijas, sin saber dónde están, cómo se encuentran o siquiera si volverá a verlas es, sin la menor duda, un daño indemnizable; un daño que, también con seguridad, el dinero no puede por sí solo reparar, pero para cuya mitigación la ley no ha hallado, de momento, mejor remedio. Así que, en tanto no se halle, procede en estos casos la indemnización pecuniaria, cuyo importe (12.000 euros) consideramos adecuado vistas tanto la duración de la sustracción como la pericial que acredita los trastornos psíquicos sufridos por el señor Luis María”.

3. Algunas cuestiones civiles con relevancia penal:

3.1 La decisión sobre la residencia como parte integrante de la patria potestad

La fijación de la custodia conlleva básicamente la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el menor las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio, a diferencia del de la patria potestad que se refiere a cuestiones de mayor trascendencia²⁷⁴, se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico que va a permitir al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el hijo²⁷⁵.

Es interesante la afirmación que realiza la SAP de Madrid secc. 22 nº 86/2013, de 5 de febrero²⁷⁶ en el sentido de que “en principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos”.

En definitiva, puede decirse que tras el cese de la convivencia, en circunstancias normales, a cada progenitor corresponde la custodia del menor en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo.

²⁷³ Pte: Carol Grau, Ildefonso Juan Ramón

²⁷⁴ Así se ha escrito que “las expresiones guarda y custodia no son equivalentes al concepto genérico de patria potestad y, por consiguiente, la atribución de estas a uno de los progenitores no supone que se esté privando de la titularidad de la patria potestad al otro progenitor. No estamos, en estos casos, tratando acerca de la titularidad de la patria potestad, que la seguirán conservando ambos progenitores, sino sobre el modo en que la misma será ejercida, atendiendo a la circunstancia de que uno de los padres se ve privado de la convivencia diaria y continuada con su hijo”. AGUILERA RODERO, Juan “El progenitor no custodia ante el ejercicio de la patria potestad” Diario La Ley Número 7826 • Martes, 27 de marzo de 2012

²⁷⁵ En el mismo sentido CAMPUZANO TOMÉ, Herminia Aranzadi Civil núm. 22/2004

²⁷⁶ Pte: Hernández Hernández, Rosario. Continúa esta interesante resolución declarando que “el reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio... Hay que tener en cuenta que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el art. 161 del CC, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno, o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación”.

La Jurisprudencia considera que la guarda y custodia es una parte de las facultades comprendidas en la patria potestad. Se integraría por las disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor. Las decisiones trascendentes (selección de centro educativo, educación religiosa del menor, gestión del patrimonio, cambios de residencia) excederían de la guarda y custodia y requerirían el concurso de los titulares de la patria potestad²⁷⁷.

Las conclusiones del IV encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009 disponen que no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual.

En el ámbito de los Derechos forales es mucho más clara la normativa catalana. El art. 236-11, 6 CC Cataluña (en adelante CCCat) requiere el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el artículo 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente.

Es especialmente esclarecedora en este punto la SAP Castellón, secc. 2ª nº 54/2010, de 10 de septiembre, que dispone que "...la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Nos parece evidente que el derecho fundamental...del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental....Este es también el planteamiento que se sigue en el auto del TC. 127/86...sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores "... En principio, por tanto, un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida conjuntamente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial...".

La SAP Castellón, secc. 2ª nº 101/2013, de 6 de septiembre²⁷⁸ declara en el mismo sentido que "la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del

²⁷⁷ En este sentido, AGUILERA RODERO, Juan "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad" Diario La Ley Número 7826 • Martes, 27 de marzo de 2012. Para este autor "también sería positivo, si con ello no se entorpece al menor y las circunstancias así lo permiten, que el progenitor no custodio pudiera cooperar en aquellas actuaciones o decisiones ordinarias, que sin llegar a la trascendencia anteriormente señalada, sí tuvieran un mayor calado".

²⁷⁸ Pte: Altares Medina, Pedro Javier

menor sometido a dicha guarda y custodia (...) Tampoco el art. 156 párrafo último del Código Civil puede interpretarse en forma distinta a la que aquí postulamos, ya que nos parece claro que la previsión contenida en el mismo (cuando dice que " si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel con quien el hijo conviva") se realiza en relación con los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, no en relación con actos de ejercicio extraordinario de la misma (en cuanto que concernientes a asuntos exorbitantes de lo que es ordinario, como puede ser un asunto tan trascendental para la vida del menor como puede ser un cambio de domicilio que afecte de forma relevante a la vida del menor y a sus intereses)... En principio, por tanto, un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida conjuntamente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial (arts. 156 y 103.1º c) del Código Civil”.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Castellón, secc. 2ª nº 158/2012, de 28 de noviembre²⁷⁹.

Por ello, desde la perspectiva de nuestro Derecho, al margen de la trascendencia penal que en su caso pueda tener, un traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos ejercen la patria potestad es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

3.2 Criterios para decidir sobre el cambio de residencia del menor

Lógicamente, que no pueda decidirse el cambio de residencia del menor unilateralmente no significa que no pueda ser autorizado judicialmente en caso de discrepancias.

Este escenario sería el anverso de las actuaciones de sustracción. Si un progenitor que comparte la patria potestad con el otro quiere modificar la residencia del menor y establecerla en un tercer país debe pedir al otro progenitor que preste su consentimiento. Si el otro progenitor no lo presta, deberá acudir al Juez para que en su caso autorice el cambio de residencia.

Analizan esta cuestión introduciendo criterios para adoptar la decisión dos resoluciones muy interesantes:

La SAP Girona, secc. 1ª nº 115/2011, de 21 de marzo²⁸⁰ considera que “debe partirse de la premisa de que la madre es libre de establecer su residencia donde estime oportuno y no procede privarla de su traslado a su país de origen... Y es que, para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar: a) vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor, b) visión de los menores (en su caso) en cuanto al cambio de residencia y c) razonabilidad de ese cambio, por oposición a decisión caprichosa...”²⁸¹

²⁷⁹ Pte: Altares Medina, Pedro Javier

²⁸⁰ Pte: Lacaba Sánchez, Fernando

²⁸¹ Es interesante cómo aplica la resolución esta doctrina general al caso concreto: “en el presente caso no se puede dudar de la necesaria vinculación materno-filial dada la corta edad del menor , que precisamente por ello se impide el poder obtener su parecer, y el cambio parece razonable, dada la actual situación económica de España, la nacionalidad de la madre, su edad plenamente laboral y la tenencia de otra hija en Inglaterra, donde se halla escolarizada y al cuidado de familiares directos; dicho de otra manera, no se antoja caprichosa la intención de la madre de trasladar su regencia a su país de origen, sin olvidar que sus

La SAP Barcelona secc. 18ª nº 101/2014, de 12 de febrero²⁸² analiza un supuesto en el que se recurre la denegación de la autorización de trasladar al menor a Brasil declarando que “en nuestro ordenamiento la atribución de la guarda de los hijos no comporta... la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los mismos y en consecuencia, en caso de desacuerdo y planteada la controversia, es la autoridad judicial la que resuelve a cuál de los progenitores le atribuye la facultad de decidir...Las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores son de difícil resolución, pues si bien y en el plano legal la decisión que se adopte se ha de ajustar al interés del menor...cuando el cambio implica, como en el caso de autos, el traslado del menor a otro país, conlleva necesariamente la restricción y a veces pérdida de la relación con el otro progenitor. El conflicto de intereses es claro, de una parte el derecho del progenitor que quiere realizar el traslado que se ve limitado si quiere llevarse al menor, el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo la relación con su hijo y participar en su formación y el derecho del menor a mantener la relación con ambos progenitores. Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades del hijo quede menos comprometida...No establece la ley criterios o parámetros que nos permitan una concreción del interés del menor al tratar este tipo de cuestiones. La STS de 26 de octubre de 2012...únicamente se refiere a la ponderación de la necesidad y proporcionalidad del cambio de residencia de una menor y que en función de ello se ha de determinar el régimen de guarda y de visitas...La Comisión Europea de Derecho de familia (dentro del ámbito de la Unión Europea) ha elaborado unos Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, en cuyo capítulo V bajo la rúbrica de Contenido de la responsabilidad parental, principio 3:21 Cambio de residencia indica (3)La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas. En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado como resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010 se publicó un número especial de la International Family Law que recogía las aportaciones realizadas y las conclusiones fueron recogidas en una Declaración sobre la reubicación familiar internacional estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos

padres quedan en L'Estartit por lo que es de suponer que se trasladara a dicha localidad con asiduidad, máxime cuando no hay acreditada una mala relación entre ambos. No se aventura, por todo ello, descabellado, en principio, su deseo de residir en Inglaterra, y si todo ello añadimos que no hay acreditación, al menos por ahora, de una actitud absolutamente reprobable de la madre de distanciar y apartar al hijo del otro progenitor de forma totalmente unilateral y subrepticia, pues la cuestión que aquí se plantea y nos ocupa es la de la guarda del menor y no su "sustracción", hemos de concluir, tal como antes se ha apuntado, que aquélla ha de adoptarse en base al principio del "favor filii" o "favor minoris", y el cambio de la custodia al padre no aparece en este momento como lo mas beneficioso para el menor, dada su corta edad y sin perjuicio asimismo de poder reclamar en dicho país, en caso necesario, que se tomen las medidas necesarias para que el padre pueda contactar con su hijo y quede garantizado el derecho de visita que tiene para con él, pues dicho progenitor viene amparado legalmente, toda vez que el Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores, suscrito en La Haya en 25 de octubre de 1980, del que forma parte como Estado miembro de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Privado Inglaterra”

²⁸² Pte: Viñas Maestre, María Dolores

progenitores; la opinión del menor ; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paternofiliales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras...En definitiva, se trata de examinar la incidencia o impacto que la autorización o la denegación puede tener en el menor por sí mismo y como reflejo de la incidencia o impacto que la autorización o denegación tiene en cada uno de los progenitores y que es lo que resulta menos perjudicial...²⁸³

²⁸³ Tiene interés la aplicación al caso concreto: “En el caso de autos ha quedado probado que el menor ha convivido la mayor parte de su vida bajo la guarda de la madre y que ha tenido poca relación con el padre desprendiéndose ello del restrictivo régimen de visitas que se fijó en la sentencia y sucesivas resoluciones judiciales condicionando su ampliación al informe del Equipo Técnico; en el informe del Equipo Técnico emitido en el procedimiento de ruptura de febrero de 2010 se destaca entre otras consideraciones las dificultades respecto a habilidades parentales y pautas educativas del padre, así como su actitud impermeable a recibir pautas o indicaciones; que el padre se ha marchado a vivir a Cuenca, alegando razones laborales que resultan creíbles reduciendo los contactos a una vez al mes con su hijo; que la relación entre ambos progenitores es muy conflictiva; obra en las actuaciones un Auto de 24-2-2012 que acuerda la continuación del Procedimiento Abreviado en cuya resolución se recoge la imputación de un delito de amenazas proferidas por el padre a la madre. De todo ello se colige que la resolución adoptada en la sentencia apelada en la cual se acuerda la guarda a favor del padre en el supuesto que la madre decida trasladarse a vivir a Brasil no se ajusta ni a las necesidades emocionales del menor ni a su interés, en primer lugar porque el menor nunca ha vivido con su padre y tiene limitadas incluso las pernoctas durante el régimen de visitas, en segundo lugar porque el cambio de guarda comportaría igualmente un cambio de residencia a otra ciudad lo que implicaría igualmente un cambio de entorno y de profesionales en el seguimiento de logopedia al que la sentencia también le ha dado importancia para denegar la autorización y por último quedaría limitada la relación madre hijo, cuya limitación sería mucho más perjudicial para el menor que está habituado a ser cuidado y atendido por su madre de forma continuada constituyendo su figura de referencia. En otras palabras, en circunstancias normales no se habría accedido a atribuir la guarda del menor al padre por considerarla perjudicial ya que la escasa relación padre e hijo y la carencia del padre en habilidades parentales, que recogió el informe técnico en el procedimiento de ruptura, condujeron incluso a limitar la relación en el régimen de visitas. Sentado lo anterior cabe valorar la motivación de la madre para proponer el traslado. Ciertamente aunque aporta un contrato de trabajo se desconoce la realidad de dicho contrato pero consta que la madre carece de apoyo familiar en España, que esta sola, que la familia la tiene en Brasil y que pese a que recibe ayuda económica de su país, en España no tiene trabajo. La motivación no puede tildarse de caprichosa, ni de arbitraria ni carente de seriedad. Desde la perspectiva del impacto que puede tener en el menor la negativa de traslado a la persona de su madre, consideramos que es mucho más perjudicial para el menor obligar a la madre a quedarse, pues el malestar emocional y los perjuicios que dicha decisión puede reportarle ha de tener necesaria incidencia en el niño, que autorizar el traslado pues la autorización producirá como consecuencia pernicioso en el menor una limitación todavía más restrictiva de la relación con el padre con el que no consta se hayan afianzado los vínculos afectivos. El perjuicio es inferior porque no nos encontramos ante una relación consolidada, ni frecuente. No cabe valorar la incidencia que en el menor puede tener la pérdida del entorno social porque a su edad prima más la relación familiar que las relaciones sociales y no se puede tener en cuenta su voluntad u opinión precisamente por su corta edad. En definitiva nos encontramos en un supuesto en el que es la madre la que por razones motivadas solicita el traslado de un menor que siempre ha vivido con ella, que tiene escasa relación con el padre que vive en otra localidad y que carece todavía de vinculaciones sociales relevantes para su desarrollo y formación por razón de su edad. Se estima que la incidencia del traslado o cambio de domicilio resulta mucho menos perjudicial para el menor que la denegación lo que obliga a la madre a permanecer en España en circunstancias menos óptimas para educar y cubrir las necesidades del menor . La distancia geográfica existente entre ambos países desde luego limita las posibilidades de la relación del menor con el padre que además ha manifestado carecer de medios económicos para trasladarse a aquel país a ver a su hijo y ello puede constituir un obstáculo a la posibilidad de garantizar la relación, pero no puede sostenerse que la madre va a impedir dicha relación pues pese a que el padre ha formulado sucesivas denuncias contra la madre por incumplimiento del régimen de visitas, consta que se han dictado varias sentencias absolutorias”.

6.3 Salidas del territorio nacional sin cambio de residencia

El artículo 103 del Código Civil dispone que cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas, los tribunales podrán adoptar las medidas necesarias para evitarlo y, entre ellas, la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, la prohibición de expedición de pasaporte al menor, o retirada del mismo si ya su hubiere expedido, y el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor . Ello es reiterado, con carácter general y, por ende, extensivo al pleito principal, por el artículo 158 del mismo texto legal.

Las resoluciones que analizan este punto suelen tener especialmente en cuenta si concurre algún factor de riesgo de sustracción, valorándose especialmente si el país al que se pretende viajar es signatario del CH80. Se tiene en cuenta la proximidad geográfica y cultural.

El ATSJ de Cataluña, secc. 1ª de 19 de junio de 2014²⁸⁴ se plantea el mantenimiento de la medida de prohibición de salida de un menor a Ecuador, donde se encuentra su padre tras haber sido expulsado de España con prohibición de regreso, no constando sus ingresos económicos: Para el TSJ “Ecuador ratificó el Convenio de La Haya, por lo que no existe riesgo de que el menor pueda ser retenido en dicho país, dado el sistema de protección que otorga el Convenio. Por lo tanto, debe dejarse sin efecto la prohibición de salida del menor..., no obstante se ha de remarcar la necesidad de que todo viaje al extranjero sea comunicado con el plazo mínimo de un mes a la madre, y se realice en los períodos que el padre tiene asignado el régimen de estancias con (el) menor... la prohibición de salida al extranjero no puede basarse en un "riesgo" -sin fundamento suficiente- que es rechazado por la sentencia recurrida, con base en la aplicación, en Ecuador, del Convenio Internacional sobre sustracción de Menores ... Ciertamente, las cautelas establecidas en la sentencia recurrida, en relación con la comunicación de los desplazamientos, quizás no sean bastantes, pero ello es una cuestión que deberá completarse, por el Juez ejecutor, cuando solicitada la autorización -pues ha de pedirse, con un mes de antelación, a la madre, como señala la sentencia recurrida-, no exista acuerdo en relación a quién debe sufragar los billetes de ida y vuelta o si debe o no ir acompañado o en qué forma. De igual modo, el incumplimiento de los deberes económicos, en su caso, deberá ser valorado para determinar o no la autorización”.

La SAP Barcelona, secc. 12ª nº 308/2014, de 9 de mayo²⁸⁵ en un supuesto de padre norteamericano, la madre en su recurso pide la prohibición absoluta de salida, sin matices. Para la resolución “no hay constancia de que el padre haya amenazado con llevarse a la niña a vivir a EE.UU., como teme la madre. En cualquier caso, debemos recordar que tanto España como EE.UU. son parte del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Se rechaza la petición manteniendo la resolución de instancia que preveía que el padre pueda llevar a la niña a Estados Unidos, para que la menor esté con su familia paterna, bajo autorización expresa por parte del juzgado a quo.

²⁸⁴ Pte: Valls Gombau, José Francisco

²⁸⁵ Pte: Bayo Delgado, Joaquín

La SAP La Coruña, secc. 3ª nº 536/2011, de 24 de octubre²⁸⁶ analiza un supuesto en el que el padre solicitó que se prohibiese la salida España de la hija menor Emma. Argumentaba que la madre, de origen mexicano, seguía teniendo un fuerte arraigo en México, donde residían sus padres y poseía propiedades; por lo que temía que pudiese llevarse a la niña y no regresase a España. Ya en el acto del juicio el Juzgador de instancia adelantó que, ante la oposición mostrada, y el riesgo latente, se iba a prohibir la salida del territorio estatal, salvo la conformidad de ambos padres o bien autorización judicial. Criterio que se recogió en la sentencia apelada. En el escrito de interposición se manifiesta por la madre su disconformidad con la medida dado que es voluntad de la menor acudir por lo menos una vez al año a visitar a su familia en México..., ello sin ánimo en ningún momento de ser vulnerado el régimen de visitas atribuido al padre. Para la Audiencia “conforme a lo establecido en el artículo 158 del Código Civil, es obligación del Juez, incluso de oficio, adoptar las medidas pertinentes para evitar la sustracción internacional de menores...la medida adoptada, con la salvaguardia de una posibilidad de autorización judicial previa, se acomoda plenamente al mandato del legislador”.

La SAP Málaga, secc. 6ª, nº 625/2011, de 29 de noviembre²⁸⁷ aborda un supuesto en el que en relación con una niña hija de británico y de española se solicita que se establezca la prohibición de que el padre viaje con la menor al extranjero (fuera de España o del Reino Unido) sin la autorización de la madre hasta que la niña cumpla 16 años. El padre de la menor, como apelado, se opone a esta prohibición al considerar que se trata de una limitación injustificada a las relaciones entre padre e hija, privando a la menor de la relación con el entorno familiar y afectivo del padre y de la opción de recibir una educación religiosa que incluya el conocimiento de la religión que profesa su padre. La Sala considera que “la situación de riesgo queda acreditada en el propio escrito de la demanda formulada por el padre en la que, como ejercicio de la patria potestad, reclama que se imponga que la menor se eduque en la fe musulmana y que en caso de que fallezca se entierre según el rito musulmán, pretensión ésta que, aparte de hacerse ante los Tribunales de un país laico...evidencia una obsesión religiosa que queda corroborada en las manifestaciones del padre en prueba de interrogatorio, en las que reitera que su finalidad es cuidar a su hija, no como un buen padre, sino como un buen musulmán y en la fe musulmana, quedando patente junto a este fanatismo religioso... que, además del profundo desprecio hacia la madre de su hija, se niega a aceptar la situación creada no siendo su finalidad la de encontrar las medidas idóneas para la menor dada la situación de separación de sus progenitores y de que ambos residan en distintos países europeos, sino en no perder la autoridad sobre su hija llegando en el acto del juicio a solicitar la guarda y custodia de la menor afirmando que la cuidaría él mismo o su madre, resultando que ésta reside en Marruecos (o en Estados Unidos). Esta situación de riesgo se ve agravada con el hecho de que en el posicionamiento del padre respecto a las medidas relativas a la menor se ignora que la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989... se establece como uno de los derechos fundamentales del niño la libertad de religión, teniendo sus padres (ambos) el derecho y el deber de guiar ese derecho (artículo 14), pero no de imponerlo...”.

La SAP Madrid, secc. 22ª, nº 185/2012, de 6 de marzo²⁸⁸ rechaza adoptar medidas de

²⁸⁶ Pte: Fernández-Porto García, Rafael Jesús

²⁸⁷ Pte: Jurado Rodríguez, Soledad

²⁸⁸ Pte: Hijas Fernández, Eduardo

prohibición de salida porque no se comunica ningún factor de riesgo y porque Colombia, país de uno de los progenitores ha ratificado el Convenio de La Haya²⁸⁹. La SAP Málaga, secc. 6ª, nº 351/2012, de 22 de junio²⁹⁰ considera que “el favorecer las relaciones de la menor Paula Adriana con su padre D. Lucio, progenitor no custodio, convergen en el interés de la menor, siendo así que el régimen de visitas establecido por la instancia cuida que las relaciones entre ambos se lleven de modo que no excluyan la posibilidad de viajar durante períodos vacacionales al extranjero, particularmente al país del que su progenitor es nacional, República Federal de Alemania, pues entiende la Sala que ello beneficiará a la menor propiciando el conocimiento de otras geografías humanas y culturales, lugares y costumbres, así como el contacto con la familia extensa del padre que reside en Alemania, a más de poder habituarse y dominar a otro idioma, siendo además aquella nación una de las que integran el territorio de la Unión Europea donde asimismo operan convenios de reciprocidad y otros mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sin que por la apelante se haya traído a esta alzada prueba o indicio alguno de que ello concurre en contra del interés de hija menor . No procede, pues, establecer la condición excluyente de un permiso escrito de la madre, aunque la Sala recomienda que estando la patria potestad compartida por ambos progenitores éstos mismos también se faciliten entre sí la oportuna información acerca de eventuales viajes al extranjero, y ello en beneficio de preservación del superior interés de la menor ante el modo y manera en que sus progenitores conducen las decisiones que le conciernen”.

La SAP Málaga, secc. 6ª, nº 412/2012, de 13 de julio²⁹¹ analiza la medida establecida en instancia de veto respecto de traslados del menor al extranjero y prohibición de expedir pasaporte a nombre del menor, vinculando al mismo por igual a ambos progenitores. La Audiencia considera que la prohibición a ambos progenitores no está justificada y sí lo está la medida impuesta al padre (norteamericano) de acordar con la madre cualquier salida de España y si no hay autorización acudir al Juez.”²⁹²

²⁸⁹ “...en el escrito de demanda se solicita el establecimiento de las prohibiciones que ahora se reiteran, ni en dicho momento inicial de la litis, ni en el curso ulterior del procedimiento, incluida la tramitación del presente recurso se expone motivo alguno que justifique la adopción de tales cautelas. En efecto, ni las mismas pueden ampararse en la nacionalidad de origen de la demandada, y así lo reconoce en su recurso el hoy apelante, ni la circunstancia procesal de haberse acordado las referidas cautelas en la fase de medidas provisionales puede condicionar, por sí solo y tal como se postula, su mantenimiento en la sentencia que pone fin a la litis principal, habida cuenta que aquella medida, según se argumenta en el Auto...se basó únicamente en el temor expresado por el padre sobre el traslado de la hija a Colombia, pero sin existir, pues nada se añade a dicho razonamiento, indicio alguno, con el debido respaldo acreditativo, que ofrezca un cierto sustento objetivo a dicho recelo de carácter meramente subjetivo...Por ello, y sin perjuicio de recordar que la patria potestad sobre la hija común sigue incumbiendo a ambos progenitores, por lo que cualquier cambio de localidad o país de residencia de dicha descendiente requiere el consentimiento de los mismos o, en su defecto, autorización judicial, no encontramos motivos hábiles en derecho que, en el estado actual de la contienda litigiosa hagan necesaria, o conveniente, la adopción de las medidas interesadas por el apelante, y ello sin perjuicio de lo que, en el futuro, pudiera acordarse al respecto, de producirse una situación de riesgo, al respecto, que, al menos por lo actuado hasta el momento, no ha quedado evidenciada con ciertos visos de verosimilitud...En último término, y como correctamente se argumenta en la Sentencia apelada, la suscripción por Colombia y España del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores , garantiza el retorno a nuestro país, ante una eventualidad de traslado ilícito de la menor , esto es incumpliendo las citadas obligaciones sobre ejercicio conjunto de la patria potestad”.

²⁹⁰ Pte: Calvo González, José

²⁹¹ Pte: Calvo González, José

²⁹² El el art. 158.3 CC “no dispensa de la expresión motivadora de la decisión respecto del progenitor que deba soportarla, y ella parece que se elude cuando la medida se impone indiscriminadamente a ambos, salvo que se impela a esta Sala a creer que el menor soporta el riesgo potencial de secuestro por

La SAP Murcia, secc. 4ª nº 848/2012, de 27 de diciembre²⁹³ introduce, para las salidas del menor con su padre a la India una curiosa cautela además de la autorización judicial: viajará con la madre a costa del padre²⁹⁴.

La SAP Barcelona, secc. 12ª, nº 554/2013, de 18 de julio²⁹⁵ al examinar la cuestión relativa a la prohibición de salida del menor del territorio nacional subraya que “...Ecuador ratificó el Convenio de la Haya, por lo que no existe riesgo de que el menor pueda ser retenido en dicho país, dado el sistema de protección que ofrece dicho Convenio. Por lo tanto, debe dejarse sin efecto la prohibición de salida del menor Serafin, no obstante se ha de remarcar la necesidad de que todo viaje al extranjero sea comunicado con el plazo mínimo de un mes a la madre, y se realice en los periodos que el padre tiene asignado el régimen de estancias con la menor”.

La SAP Murcia, secc. 4ª nº 556/2013, de 26 de septiembre²⁹⁶ analiza un supuesto en el que el padre marroquí quiere que se deje sin efecto la prohibición de salida en base a que ha obtenido la nacionalidad española. Para la Sala “ese dato por sí sólo no es suficiente para la modificación pretendida, pues no implica la pérdida de la marroquí, y lo relevante es la situación de riesgo de sustracción del menor, para lo que se han de

cualquiera de ellos, supuesto que abriría a una especial protección y que no conjuraría la mera prohibición de salidas al extranjero sin la autorización del Juzgado y que extralimita la cautela cuando también a ambos indistintamente se les prohíbe de expedir pasaporte a nombre del menor...este Tribunal se cuestiona que la aceptabilidad de un juicio de razonabilidad sobre imponer al progenitor no custodio la prohibición trasladar al menor al extranjero y de expedir pasaporte a nombre aquél, al amparo de una vía - que parece más precavida que juiciosa- basada en ciertos datos relativos a las características del modelo vida elegido por el padre, calificado por la instancia de "alternativo", realmente subjetivos, cuando en realidad existen otros elementos de juicio, más objetivos, que como la falta de arraigo familiar, profesional y/o social, o la pertenencia como nacional a un país -EEUU- de los que no integran el espacio comunitario europeo, hubieran servido para ponderar mejor lo tocante a él respecto de aquellas medidas, pues cabe creer que acaso abastecieran y adensaran mejor su motivación, pero aún tomando en consideración tales elementos de ponderación es claro que no cabe trasladarlos al progenitor custodio, quien goza de arraigo familiar, profesional y/o social y es nacional de un país comunitario, y que tampoco optó por la denominado proyecto vital "alternativo". Por tanto, la sola falta de justificación sería bastante para revisar puntualmente el dictum de la medida adoptada frente al padre, y de expresarse alguno o varios de los otros posibles parámetros más objetivables, sobradamente para revisar el dictum de la medida adoptada frente a la madre. En esta coyuntura discursiva la Sala estima como más adecuado...que el padre acuda a convenir con la madre cualquier posible traslado del menor al extranjero, y en defecto de acuerdo o pacto corresponda al Juzgado resolver lo que proceda en beneficio de preservación del superior interés de la menor”.

²⁹³ Pte: Moreno Millán, Carlos

²⁹⁴ “en relación con el pretendido viaje del menor a la India...El hecho fundamental que valora este Tribunal, en orden a la adopción de las medidas interesadas por la citada parte recurrente, se concreta en que la India no ha suscrito el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980...Entendemos que la citada no suscripción de tal Convenio por la India, en unión a la acreditada situación de conflictividad existente entre los progenitores, genera un grave riesgo para el superior interés del menor, que, como es conocido, constituye el fin esencial al que deben tender todas las medidas que adopten los Tribunales en los casos de crisis matrimonial o extramatrimonial, en relación con los citados menores...En función de lo expuesto, cabe afirmar, que las visitas del menor a la India, donde residen sus abuelos paternos, se efectuarán sin limitación de edad, con la previa autorización judicial, y viajando Robin en todo momento acompañado de su madre, siendo de cuenta del Sr. Carlos Jesús los gastos que ese viaje ocasione y además siempre que las circunstancias físicas y psíquicas del menor lo aconsejen, en atención a la enfermedad coronaria sufrida por el mismo”.

²⁹⁵ Pte: Vigo Morancho, Agustín

²⁹⁶ Pte: Carrillo Vinader, Francisco José

tener en cuenta otros datos, como es la relación entre los progenitores, que se evidencia muy conflictiva, con numerosas condenas penales contra el ahora apelante, y la existencia de hasta nueve juicios promovidos por éste contra la madre, aunque todos ellos con sentencias absolutorias para la denunciada... Para decidir sobre la cuestión, lo definitivo es el grado de cumplimiento de los deberes parentales entre padre e hijo, y en este sentido resulta relevante el impago de alimentos del padre, o los incumplimientos del régimen de visitas por el mismo, que han dado lugar a condenas penales. Queda así de manifiesto la desconfianza que genera el comportamiento del padre a la hora de defender los intereses preferentes de su hijo menor. Es cierto que Marruecos, desde el 9 de marzo de 2010 se ha adherido al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1981... y que incluso existe un convenio entre ambos reinos... lo que implica que el riesgo para el menor de verse privado de su actual situación pueda, en principio, verse cubierto por dicho marco legal, no obstante lo cual, deben examinarse las circunstancias concretas de cada caso, y en el presente, dada la gran conflictividad entre los progenitores, la falta de arraigo suficiente en el padre y el reiterado incumplimiento del mismo de sus obligaciones respecto al hijo, entiende la Sala que el superior interés del menor obliga a adoptar medidas específicas de protección, entre ellas la de no suprimir la cautela que ahora se trata de dejar sin efecto... Por ello, la medida cautelar adoptada debe mantenerse, mientras no haya constancia de la normalización de las relaciones actuales entre padre e hijo, con un correcto cumplimiento de sus obligaciones parentales y una mayor garantía de la devolución del menor a su progenitora custodia”.

La SAP Asturias, secc. 6ª, nº 284/2013, de 28 de octubre²⁹⁷ analiza un supuesto de padre, de nacionalidad argelina, que carece de arraigo en España salvo el derivado del vínculo paterno filial que mantiene con su hija, al no desarrollar trabajo por tener reconocida una IPA por la que percibe una prestación de la Seguridad Social, “unido al hecho de que se ha invocado por el mismo estar construyendo en Argelia una vivienda con dinero procedente de la indemnización de las lesiones sufridas en el año 2003”...”se estima necesario dado la corta edad de la menor y sobre manera la circunstancia de que no consta que el citado país de origen del padre, hubiera firmado el Convenio núm. XVIII de la Haya... con la problemática que ello puede generar de no efectuar el padre su reintegro voluntario a la finalización de las mismas, establecer la expresa prohibición de que las visitas durante el periodo de vacaciones se desarrollen fuera de España, supeditando así la salida de la menor al extranjero, al expreso consentimiento y autorización de la madre custodia”.

La SAP Murcia secc. 4ª nº 109/2014, de 20 de febrero²⁹⁸ confirma las medidas preventivas pues considera que a través de la prohibición de salida del territorio nacional del menor salvo autorización judicial previa y prohibición de expedición del pasaporte “se garantiza legal y judicialmente la estabilidad territorial del menor, y por tanto, la salvaguarda del superior interés del mismo. Téngase en cuenta, que cualquiera de los progenitores, en su condición de co-titulares de la patria potestad del hijo, se encontrarían facultados para ausentarse con el menor del territorio nacional y aún en mayor medida teniendo en cuenta las distintas nacionalidades que uno y otro ostentan. Por tanto, y aún cuando Brasil, país de origen de la madre del menor, se adhirió en el año 2001 al Convenio de la Haya de 1980... es lo cierto, sin embargo, que la medida de autorización judicial, sin perjuicio de la aplicación de la normativa derivada de dicho

²⁹⁷ Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, Mª Elena

²⁹⁸ Pte: Moreno Millán, Carlos

Convenio, vendría a garantizar de manera definitiva esa comentada estabilidad territorial del menor salvaguardando así ese superior interés del mismo...”.

La SAP Baleares secc. 4ª nº 58/2011, de 2 de marzo²⁹⁹ examina un supuesto en el que se impugna el régimen de visitas, que prevé la posibilidad de viajar la menor a Moldavia. Para la Sala “el derecho (también deber) del progenitor no custodio a tener a sus hijos... en su compañía sólo puede suspenderse si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Y en el supuesto de autos no concurren graves circunstancias ni tampoco incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por una resolución judicial que justifique que se suprima el régimen de visitas que interesa la representación procesal de la Sra. Adelaida en su recurso. El hecho de que el progenitor no custodio se traslade a residir a su país de origen no puede conllevar, en manera alguna, que dicho progenitor se vea privado del derecho-deber de visitas, comunicarse y tener en su compañía a su hija menor de edad...A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que la República de Moldavia (país de origen del progenitor no custodio) está adherida (al convenio)...Por todo ello, conforme hemos indicado antes procede desestimar en este extremo el recurso de apelación interpuesto por la progenitora custodia”.



Centro de
Estudios
Jurídicos

²⁹⁹ Pte: Gelabert Ferragut, Juana María