

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: julio

ASPECTOS NUCLEARES DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

NUCLEAR ASPECTS OF THE CRIME OF CHILD ABDUCTION

Realizado por el alumno/a D. Nayhara Arianna Pérez Guedes

Tutorizado por el Profesor/a D. José Ulises Hernández Plasencia

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas



Área de conocimiento: Derecho penal

ABSTRACT
<p>Due to the inefficient regulations included in the previous Criminal Codes concerning family rights and obligations, the need to adequately protect the child's best interest arose in those cases in which, in an environment of family crisis, the child is harmed by their own parents. With the passing of the Organic Law 9/2002 from the 10th December, modification of the Organic Law 10/1995, of the Criminal and Civil Codes, the current article 225 bis was introduced in the Criminal Code. With this article, the criminal offence of parental child abduction is included in the legal system in order to conciliate the child's rights with other rights in case of a conflict, or else, preserve the child's rights before any other right, if necessary.</p> <p>The aim of this project is to analyse, from the point of view of the Spanish Law, the most essential aspects of this special offense, such as the aspects concerning the legal concept of abduction and its regulation in the Criminal Code. The matters regarding individuals, legally protected good, patterns of behaviour and the most important problems in relation to this pattern will also be addressed.</p>
<p>Key Words: abduction-protection-parent-child's best interests-transfer-detention</p>



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Tras las ineficientes regulaciones en materia de derechos y deberes familiares recogidas en los Códigos penales anteriores al actual, surgió la necesidad de proteger correctamente el interés del menor en aquellos casos de crisis familiares en los que este se viera perjudicado por sus propios progenitores. Con la aprobación de la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, y del Código civil, se introduce en el Código penal el vigente artículo 225 bis, con el cual se incorpora al ordenamiento jurídico el delito de sustracción de menores por sus progenitores, con el fin de conciliar los derechos del menor con otros derechos en caso de conflicto, o bien, si es necesario, preservar los derechos del menor por encima de cualquier otro derecho.

El objeto del presente trabajo es analizar, desde el punto de vista de la normativa española, los aspectos más esenciales de este delito especial, como es lo relativo al concepto jurídico de sustracción, así como su regulación en el Código penal; también se tratarán las cuestiones relativas a los sujetos, al bien jurídico protegido, a la conducta típica y los problemas más notorios en torno a estas.

Palabras clave: sustracción-protección-progenitor-interés del menor-traslado-retención



ÍNDICE

- 1. Introducción**
- 2. La incorporación del vigente artículo 225 bis del Código Penal**
- 3. Sustracción de menores: concepto y regulación legales**
- 4. Bien jurídico protegido**
- 5. Sujetos del delito: activos y pasivos**
 - 5.1. Sujeto activo**
 - 5.2. Sujeto pasivo**
- 6. Algunos aspectos problemáticos de la conducta típica**
 - 6.1. Sustracción “sin causa justificada”**
 - 6.2. ¿Elemento subjetivo del tipo?**
 - 6.3. Especial atención a las modalidades de sustracción**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**



1. Introducción

La protección de los intereses del menor ha sido una cuestión de suma importancia a legislar desde el momento de la aparición de la Constitución española de 1978. Sin embargo, antes de la introducción de la norma fundamental y de la modificación del Código penal en el año 2002 realizada por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, y del Código civil, la sustracción de menores había sido regulada de diversas maneras, no resultando ninguna de ellas totalmente satisfactorias, por cuanto no insertaban dentro del sujeto activo, por tanto, en la regulación, al progenitor que ejecutaba este delito especial propio, no llegándose a proteger plenamente los intereses del menor¹.

En un primer momento, teniendo por origen de la punición de este delito el Código penal de 1822², lo que se penaba era el rapto de niños impúberes y el robo de menores sometidos a la patria potestad. Posteriormente, tanto el Código penal de 1848 como el de 1973, introducían un tipo que castigaba la sustracción de un menor de 7 años, sin tener en cuenta distinciones en relación al parentesco del sujeto activo. De ello se observa cómo estas disposiciones no eran susceptibles de sancionar la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos.

Finalmente, en el Código penal de 1995³ se procedió a sancionar la sustracción de menores en diversos tipos, en especial, en las figuras de

¹ ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 11 y Ss

² ROSA CORTINA. J.M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 323 y Ss

³ ROSA CORTINA. J.M.: *op.cit.*, pp. 37 y Ss



detenciones y tráfico de menores. En efecto, dentro del Título XII CP, “Delitos contra las relaciones familiares”, se recogía 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 artículos 223, 224, y 225. En concreto, en el artículo 223 se disponía 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”*. Sin embargo, y como ocurría con el sistema de los códigos penales anteriores, difícilmente podía subsumirse en esta figura la sustracción de un menor por su propio progenitor.

La Ley orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, señaló en su Exposición de Motivos lo siguiente: *“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 incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”*. Como resultado, esta ley añade una nueva sección dentro del capítulo III del Título XII del Libro II del Código penal con el siguiente rótulo: “De la sustracción de menores”, además de ello, se añade el nuevo artículo 225 bis sobre la sustracción de un menor por su progenitor, debiendo tenerse como principal



fin el cuidado del interés del menor⁴, y entendiendo, grosso modo, por interés del menor en esta materia el cuidado de su bienestar físico y, sobre todo, emocional. No obstante, la cuestión de qué debe entenderse por ese interés ha sido objeto de controversia doctrinal, aspecto que se desarrollará en el presente trabajo.

Por otro lado, el concepto legal⁵ de sustracción se encuentra en el propio artículo 225 bis, en el cual se lee lo siguiente: “2. *A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*

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

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

De la redacción del artículo se puede observar el hecho de que la definición de sustracción adopta dos modalidades: traslado y retención⁶. Lo primero que llama la atención es que, mientras en la alternativa del traslado se hace referencia a que este se haga sin el consentimiento del progenitor con el que convive habitualmente; en la retención se alude a la infracción grave de un deber fijado en una resolución judicial o administrativa. Es por ello que, el delito de sustracción de menores no se trata de un delito de detenciones ilegales, que atente contra la libertad deambulatoria del menor,

⁴ ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *op.cit.*, pp. 15 y Ss

⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, en AA.VV (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015.*; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 783 y Ss

⁶ GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2010, pp. 18 y Ss



sino que es considerado por algunos autores como un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores⁷.

Por regla general, con respecto a las modalidades de sustracción, la doctrina se limita a señalar que, mientras la primera modalidad, el traslado, requiere la falta de consentimiento del progenitor custodio o con el que conviva habitualmente el menor, la retención, por su parte, exige una resolución que vendría a sustituir la referencia a la ausencia del consentimiento.

Se observa de esta manera un primer problema que se ha planteado la jurisprudencia acerca de si la conducta típica siempre presupone una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia. En efecto, la jurisprudencia mayoritaria⁸ ha optado por entender que el tipo exige la existencia de una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia⁹, ello basándose en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, aplicando esta interpretación no solo a la retención, sino también al traslado. Esta interpretación ha sido objeto de numerosas críticas, en tanto existe una jurisprudencia que, aunque minoritaria, defiende la tipicidad de aquellos supuestos donde un progenitor desplace sin consentimiento al menor a pesar de no existir resolución.

En definitiva, el presente trabajo tiene por objetivo analizar este delito, lo que implica atender a los problemas existentes en torno al mismo y

⁷ MUÑOZ CONDE, F.: “*Derecho Penal. Parte especial*”, 22ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 304 y Ss

⁸ SAP de Cádiz, de 18 septiembre de 2006 (JUR 2007\196498)

⁹ En la doctrina TORRES FERNÁNDEZ, “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *Diario La Ley*, nº 5857, de 25 de septiembre de 2003, pp. 17 y Ss., ya se había pronunciado en este sentido



desarrollar su contenido a fin de aportar un mayor entendimiento, procediendo al desglose de los aspectos más controvertidos de este delito, es decir, lo relativo a su concepción legal, el bien jurídico protegido, los sujetos, tanto activos como pasivos, al margen de otra cuestiones.

2. La incorporación del vigente artículo 225 bis del Código penal

De la forma señalada en el epígrafe primero, es comúnmente conocido como origen de la punibilidad del delito de sustracción de menores el Código Penal de 1822¹⁰. Ello se debe a que en este código fue donde comenzó a pensarse como delito la retención de niños impúberes, así como el secuestro de menores que se encontraran sometidos a la patria potestad o tutela de sus progenitores o tutores.

Posteriormente, el Código Penal de 1848 incorporó un tipo que sancionaba la sustracción de un menor de 7 años, no realizándose distinción alguna en lo relativo al parentesco del menor con el sujeto activo. Por su parte, el Código Penal de 1973 contenía la regulación del delito de sustracción de menores en sus artículos 484 y 485. Asimismo, el artículo 484 establecía lo siguiente: *“la sustracción de un menor de siete años será castigado con la pena de presidio mayor”*¹¹. De otro lado, su artículo 485 castigaba al que *“hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria*

¹⁰ ROSA CORTINA. J.M.: *op.cit.*, pp. 323 y Ss

¹¹ Es conveniente entender correctamente el significado de presidio, así como la diferencia existente con la pena de prisión. Se entiende como presidio aquella pena ligada a la presencia de trabajos forzados, mientras que, y como diferencia principal y básica, la prisión era una pena que no contenía la realización de trabajos forzosos, llegando a establecerse en el Código Penal de 1932, que la pena de presidio no podría ser impuesta a las mujeres, debido al contenido de la misma; sin embargo, en los Códigos posteriores al mencionado, e incluso en el propio Código penal de 1932, la distinción entre presidio y prisión era meramente formal, por cuanto el contenido de ambas era idéntico

*acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión mayor*¹².

Ambos delitos se insertaban dentro del Título XII “Delitos contra la libertad y seguridad de las personas”, no obstante, del análisis resultante de ambos preceptos se aprecia cómo estos no eran susceptibles de sancionar la conducta de aquel progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos, ello debido a que este se encontraba fuera del tipo.

Finalmente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal procedió a sancionar la sustracción de menores en diversos tipos, especialmente en las figuras de detenciones y tráfico de menores. Estas figuras se ubicaban dentro del Título XII CP, sobre *“Delitos contra las relaciones familiares”*, donde se recogía el capítulo III acerca de *“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 donde se hallaban insertos los artículos 223, 224, y 225. En concreto, en el artículo 223 se castigaba a aquel 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”*, con la pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, en el supuesto de que los hechos constituyeran otro delito más grave, sería sancionado con este último.

De todo ello, puede concluirse, de facto, como sucedía en el antiguo sistema del Código Penal de 1973, que difícilmente podía contenerse en esta figura la sustracción de un menor por su propio progenitor.

¹²DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.7, 2006, p. 2



Tras la aprobación de la Constitución española de 1978 y la incorporación al ordenamiento jurídico del Código penal de 1995, se observó la necesidad de llevar a cabo una reforma del código actual para proceder a la protección íntegra de los intereses del menor, sobre todo en lo relativo a la custodia, apreciándose como justificación de la tipificación aquellas conductas realizadas por parte del progenitor que supongan un riesgo para los intereses del menor en una pluralidad de causas, como pueden ser *“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”*¹³.

En razón de lo expuesto, el Defensor del Pueblo, en su Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre “sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores”, propuso al Ministerio de Justicia la siguiente iniciativa: *“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”*.

¹³ ROSA CORTINA. J.M.: *op.cit.*, p. 327

A consecuencia de tales recomendaciones, la actual tipificación penal de la sustracción internacional de menores¹⁴ (supuesto agravado de la sustracción de menores del art. 225 bis, 2.3º), tiene como antecedente inmediato la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista con fecha 24 de abril de 2000 y la del Grupo Popular de 9 de junio de 2000, unificadas en la Proposición de 11 de junio de 2001, alcanzándose, finalmente, un consenso entre todos los grupos políticos con representación parlamentaria.

Se destaca el hecho de que con anterioridad a la reforma realizada en el año 2002 por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre se intentó en España acceder, mediante la vía penal, a la recuperación de menores sustraídos por aquel progenitor no custodio. No obstante, este intento tuvo lugar en escasas ocasiones debido a la falta de regulación del mismo.

De esta forma, mediante la introducción de la LO 9/2002, se han creado de manera específica los nuevos tipos penales de secuestro parental, tratándose estos de una forma específica de desobediencia, insertados bajo la denominación “De la sustracción de menores”, dando 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”.

La Exposición de Motivos de 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 dispone 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*

¹⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: *Comentarios al Código penal...*, p. 785



agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o 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”. Así, puede observarse como la LO 9/2002, además de introducir el artículo 225 bis, agrega un nuevo párrafo al artículo 224 CP sancionando la conducta del “progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”. A su vez, también modificó la falta que se contenía en el artículo 622 del Código penal para castigar levemente 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”.

En conclusión, de todo ello puede apreciarse como la LO 9/2002 llevó a cabo el intento de sembrar orden dentro del complejo universo de aquellas relaciones familiares en situación de crisis, en las cuales los menores se encuentran desprotegidos e incluso despojados de sus propios intereses. De esta manera y atendiendo a lo expuesto, como punto de partida a la hora de legislar, debe tenerse presente el interés del menor¹⁵, lo que implica que debe seleccionarse con sumo cuidado la aplicación de los distintos tipos penales y, a su vez, debe poder detectarse tal interés subyacente en toda la regulación.

¹⁵LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Jurisprudencia. Formularios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p.727



3. Sustracción de menores: concepto y regulación legales

La sustracción de menores, como se ha observado, ha pasado por diversos procesos hasta llegar a poseer la regulación actual¹⁶, donde el interés del menor es el bien jurídico protegido, siendo primordial la atención al mismo en este delito.

El delito de sustracción de menores, en el ordenamiento jurídico español, se encuentra recogido en la Sección Segunda del Capítulo III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en concreto, en el artículo 225 bis, configurándose como un tipo especial, en tanto que únicamente los progenitores pueden ser sujetos activos del mismo. No obstante, debe destacarse un hecho importante, como es que la jurisprudencia considera que no puede ser sujeto activo de este delito el progenitor custodio¹⁷.

Por su parte, el artículo 225 bis se divide en cinco apartados, haciendo referencia el apartado primero y segundo al tipo básico de este delito. Con interés en realizar un análisis sucinto de los apartados contenidos en este precepto, cabe apreciar en un primer plano, el contenido del apartado primero de este artículo, en el cual se dispone lo siguiente: *“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”*. De ello se observa, como se exponía, la regulación del tipo básico de este delito, así como el castigo previsto para el mismo, que, como se manifiesta en el artículo, es la pena de prisión de dos a cuatro años

¹⁶ ROSA CORTINA. J.M.: *op. cit.*, p. 727

¹⁷ SAP de Almería, de 6 julio (JUR 2008/24907)



e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

En cuanto al concepto legal de sustracción, el cual se encuentra inserto en el apartado 2 de este artículo 225 bis, este se encuentra definido como: *«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».*

Lo primero que llama la atención es como el concepto normativo¹⁸ de sustracción puede adoptar dos modalidades diferentes; de un lado, el traslado, donde se podría apreciar que no se exige, necesariamente, la existencia de una decisión judicial previa acerca de quién ostenta la custodia del hijo menor, entendiendo aquí que el delito se produce cuando se traslada al menor sin el consentimiento del progenitor custodio. En cuanto a la segunda modalidad, la retención, hace referencia a aquellos supuestos en los que el progenitor no custodio posee el derecho a tener a su cargo durante un cierto tiempo a su hijo pero este lo retiene más allá del tiempo estipulado, es decir, se trata de un incumplimiento grave de lo dispuesto en la resolución pertinente, por ende, se entiende que, en este caso, resultarían decisivos los términos en los que se encuentre redactada la correspondiente decisión judicial o administrativa.

¹⁸FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Delitos contra las relaciones familiares”, en AA.VV, (CORCOY BIDASOLO, M., dir.): *Manual de derecho penal parte especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados TOMO 1*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 397 y Ss



Como regla general, la doctrina había establecido, en relación a estas modalidades de sustracción que, en primer lugar, en lo relativo al traslado, este requería de la falta de consentimiento del progenitor que posee la custodia o con el cual convive habitualmente el hijo menor, pudiendo entenderse que no sería necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que otorgara la custodia a uno de los progenitores. En segundo lugar, en cuanto a la retención, sí se exigiría de forma imperativa la existencia de una resolución judicial o administrativa, la cual cumpliría la función de sustitución de la referenciada la ausencia del consentimiento¹⁹. Sin embargo, tras el análisis realizado de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, donde recordemos que se afirma que *“resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quien 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”*²⁰, alguna resolución judicial ha optado por interpretar que el tipo exige la existencia de una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia, tanto si se trata de un supuesto de traslado, como de un supuesto de retención, disponiéndose en Auto lo siguiente *“La aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º, debe realizarse, entendiéndose que se requiere una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no sólo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del núm. 1, que se refiere al traslado. El legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y sólo*

¹⁹ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p.14

²⁰ AAP de Girona, de 17 diciembre de 2004 (JUR 2005/66705)



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”²¹.

En cuanto al resto de apartados contenidos en este precepto, un breve análisis de los mismos muestra las particularidades en torno a este tipo especial.

Así pues, además de lo expuesto, encontramos el tipo agravado de este delito, contenido en el apartado tercero del artículo 225 bis²². Este precepto recoge aquellos supuestos en los que el menor haya sido trasladado fuera de España o bien se exigiese alguna condición para su restitución. En este punto, resulta relevante llevar a cabo una diferenciación en relación a lo manifestado; así pues, de un lado, en atención al traslado del menor a un país extranjero, este supuesto se encuentra penado en mayor medida debido a la apreciación hecha de la ratio de la agravación, la cual se encuentra fundamentada en el aumento de la dificultad a la hora de restituir al menor, en tanto que este se hallaría fuera del territorio español.

Por otra parte, con respecto al supuesto de la condición para la restitución del menor, se observa el mayor desvalor que supone el hecho de exigir una condición para devolver al menor al progenitor custodio, lo que conlleva equiparar esta conducta con la recogida en el artículo 164 Código

²¹ SAP de Barcelona, de 15 marzo de 2007 (JUR 2007/125686)

²² FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: *Comentarios al Código penal*...p.785



penal para el delito de secuestro y, consecuentemente, la pena señalada en el apartado primero será impuesta en su mitad superior²³.

En cuanto al apartado cuarto del presente artículo, se contienen las causas de exención de la pena, disponiéndose lo siguiente: *“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.”*. Por tanto, de lo manifestado se aprecia como dichas circunstancias constituyen causas de exención, basándose en la menor gravedad del hecho, puesto que en ellas se atiende a la corta duración de la situación de sustracción.

A su vez, en el último párrafo dentro de este apartado, se regula el tipo privilegiado de este delito, en tanto que se atenúa la pena prevista en aquella situación en la que *“la restitución la hiciera, 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.”* En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que, por disposición legal expresa, los plazos temporales a los que se refiere el artículo 225 bis 4 I y II se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción²⁴.

Finalmente, en el apartado quinto se prevé la ampliación de los posibles sujetos activos de este delito, abarcando ahora también a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de afinidad o de consanguinidad, castigándolos con la misma pena

²³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: *Comentarios al Código penal...* p.785

²⁴ *Ibidem*



que al progenitor (prisión de dos a cuatro años). No obstante, en el caso de que estos parientes exclusivamente se limiten a participar del hecho cometido por el progenitor, a estos les será de aplicación la pena prevista para los supuestos de participación (artículo 63 del Código penal).

En conclusión, del contenido del artículo 225 bis se observa la complejidad de este delito, así como de la intención en su regulación de abarcar todos aquellos supuestos en los que, dentro del contenido de la materia que nos ocupa, pueda el menor quedar desprotegido en sus intereses.

4. Bien jurídico protegido

En el delito de sustracción de un menor por su progenitor del artículo 225 bis del Código penal lo que se trata de proteger es el interés del menor, entendiendo que este es el bien jurídico objeto del tipo.

A su vez, se ha podido observar una evolución positiva en la interpretación del interés del menor, pues se despoja de una concepción clásica basada en entender el interés del menor como símil de estabilidad emocional e integración social a enfocarse, en la actualidad, en la defensa de los derechos del menor, tratando de conciliarlos con otros derechos en caso de conflicto y, si se diera la imposibilidad de esta conciliación, hacer que sus derechos prevalezcan sobre cualquier otro, así como sobre cualquier otro interés con el que estuviera en colisión²⁵.

Es común en la doctrina afirmar que el principio del interés del menor impregna todo el ordenamiento jurídico en lo relativo al Derecho de

²⁵GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15 y Ss



los menores, así como el hecho de que la protección debe guiar las decisiones del juzgador en todas las controversias que, de forma directa, les afecten²⁶. Esta afirmación se consagra no sólo en todos nuestros textos nacionales sino también en aquéllos de carácter internacional incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico²⁷.

Por su parte, se entiende que este principio, atendiendo a su naturaleza, responde a la de los conceptos jurídicos indeterminados, implicando que, para cada caso concreto, deberá realizarse una valoración y una ponderación de las circunstancias concretas por parte del juez, debiendo utilizar en esa tarea aquellos criterios de integración de ese principio general, con el fin de adoptar la decisión de mayor protección para los intereses del menor correspondiente.

Así pues, el interés del menor como principio rector en todas las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito familiar, administrativo y judicial trae causa del reconocimiento del menor como titular de derechos, con su consiguiente capacidad para ejercerlos, de forma gradual, según su nivel de madurez y de desarrollo. Además, este fundamento también es consecuencia del especial protagonismo que se le atribuye al menor en el ámbito de las decisiones que le afectan, sumado al incremento de las situaciones en las que puede generarse un conflicto, a consecuencia de la intervención de lo público en la esfera familiar.

Con la introducción del delito de sustracción del menor por su progenitor al Código Penal de 1995, se originó un debate en torno al bien

²⁶ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, pp. 17 y Ss

²⁷ Véase Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ratificado por España



jurídico defendido en esta nueva figura delictiva , dándose con ella diversas teorías sobre cuál es realmente el interés que se pretende proteger.

Así, en primer lugar, la doctrina mayoritaria defiende que este nuevo delito protege los intereses del menor, no obstante, entre los defensores de esta tesis no hay unanimidad, en tanto que se formula la existencia de tres bienes jurídicos diferentes: la seguridad del menor²⁸, la vulneración de los derechos inherentes a la patria potestad del menor²⁹ y la libertad ambulatoria del menor³⁰.

Del artículo 225 bis del Código penal puede entenderse, en un primer momento, que el bien jurídico protegido es la seguridad del menor, puesto que esta se ve afectada en la medida en que el menor se encuentra situado fuera de su lugar de residencia, contraviniendo lo que se haya establecido en la correspondiente resolución. Sin embargo, realizando una matización de este bien jurídico, cabe otorgar una mayor dimensión al mismo, puesto que la seguridad se protege tanto en el sentido de la falta de peligros, como en el sentido de libre desarrollo de su personalidad, lo que incluye el poder relacionarse de forma regular con ambos progenitores³¹.

De ello se determina que no parece que el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del Código penal sea la seguridad del menor cuando es trasladado o retenido por su progenitor, ya que, en estos supuestos, el progenitor lleva a cabo la conducta tipificada con el objetivo de tener a su hijo bajo su guarda de forma permanente, llevando a cabo junto a ello, las

²⁸ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, pp.17 y Ss

²⁹ ROSA CORTINA, J.M.: *op.cit.*, pp. 336 y Ss

³⁰ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p. 6

³¹ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, p. 19



funciones ligadas a la patria potestad.³² Por ende, el deseo de cuidar al menor, en principio, no debería suponer un ataque contra su seguridad, sino que, en la mayoría de los casos, sucederá lo opuesto, puesto que el progenitor únicamente pretenderá custodiarlo³³. Además, la jurisprudencia ha afirmado que cuando un progenitor sustrae al menor *“es cuestionable que resulte comprometido el único bien jurídico objeto de posible tutela jurídico-penal: la seguridad del menor”*³⁴.

En segundo lugar, se analiza la tesis de la vulneración de los derechos inherentes a la patria potestad, donde es considerado por parte de un sector doctrinal que en este delito se protegen no solo los intereses del menor, sino, además, los de sus progenitores, lo que llevaría a entender que el bien jurídico se encontraría ligado a la pertenencia del menor a un concreto ámbito familiar, plasmándose esto, en lo referente al bien jurídico protegido, en el correcto desarrollo y evolución del menor, así como el derechos de los padres, y en su caso, de los abuelos, a estar en compañía del mismo³⁵.

Por otro lado, dentro de esta cuestión, también se aprecia una postura que hace referencia a la integridad moral del menor³⁶ y la de sus progenitores, en la cual se formula la posibilidad de aplicar a los casos de traslados y de retenciones ilícitas de un menor el mismo tratamiento que se establece para los supuestos de violencia doméstica o de violencia de género

³²Las funciones del ejercicio de la patria potestad se encuentran reguladas en el Código Civil, en su artículo 154, en el cual se dispone que los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental son los siguientes: *“1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes.”*

³³ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, pp.3 y Ss.

³⁴ SAP de Madrid, de 15 de junio (JUR 1999/2913)

³⁵ ROSA CORTINA, J.M.: *op.cit.*, pp. 336 y Ss

³⁶ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, pp.26 y Ss



por parte del ordenamiento jurídico español. No obstante, esta tesis es difícilmente defendible, por cuanto esta posición sólo podría mantenerse si consideramos que el progenitor que lleva a cabo la acción de retener o trasladar a su hijo infringe al otro progenitor y al menor un trato degradante (con base en el artículo 173CP). Esto no es impedimento para que si las conductas de trato degradante se producen durante el traslado o la retención del menor, estas sean valoradas mediante un concurso ideal de delitos³⁷.

En tercer lugar, dentro de esta tesis de protección de los intereses del menor, se observa una interpretación del artículo 225 bis del Código penal poco aceptada, puesto que supone entender que lo que se califica es un tipo atenuado de las detenciones ilegales, observándose una vulneración de la libertad ambulatoria del menor. Esta tesis no es aceptada en la práctica judicial³⁸ en tanto que las particularidades que presentan los autores y las víctimas, los vínculos de parentesco regulados por el Derecho Civil y el fin perseguido por el progenitor que sustrae al menor, que es excederse en el ejercicio de los derechos que tiene sobre él, no supone un atentado a su libertad ambulatoria.

Finalmente, se encuentra una tercera posición doctrinal que entiende que el delito del artículo 225 bis del Código Penal defiende un bien jurídico plural, el cual se concreta en la protección de los intereses del menor y en el buen funcionamiento de la Administración; lo que conlleva concebir la sustracción del menor como un delito específico de desobediencia a la autoridad³⁹. En este sentido se propone que, se estaría preservando, de un

³⁷ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, p. 28

³⁸ SAP de Madrid, de 15 de junio (JUR 1999/2913)

³⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *op.cit.*, este autor defiende que este delito se trata de “*un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guarda de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores*”, pp. 304 y Ss



lado, el correcto funcionamiento de la Administración y, de otro, la seguridad del menor, el bienestar del menor o el derecho a relacionarse con sus progenitores. Con respecto a esto, los autores que defienden esta postura interpretan que el bienestar personal del menor se encuentra afectado al buen funcionamiento de los poderes públicos⁴⁰.

En último lugar, se recoge la propuesta de algún tribunal en esta materia, en la que se determina que el bien jurídico es de carácter pluriofensivo, lo que quiere decir que se defienden los intereses del menor junto con el correcto y pleno funcionamiento de la Administración. Así, en palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona: *“el tipo en todo caso, protege además del principio de autoridad, 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”*⁴¹.

5. Sujetos del delito: activos y pasivos

El artículo 225 bis del Código penal dispone en su apartado primero: *“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.”*

A su vez, el apartado quinto del mismo contiene que: *“Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de*

⁴⁰ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p. 9

⁴¹ SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2011 (JUR 2011/1146)



consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

De la lectura de ambos apartados del precepto se extraen los sujetos de este delito, tanto en la vertiente activa como en la pasiva procediendo, a continuación, al análisis de cada uno de ellos.

5.1. Sujetos activos

Se ha destacado en la práctica judicial, así como en la doctrina mayoritaria⁴², que únicamente puede ser sujeto activo de este delito el progenitor no custodio que lleva a cabo la sustracción del menor. Ello se deduce, en primer lugar, de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, al establecer que *“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...”* En este sentido se han dictado resoluciones⁴³ en las que se expresa que, tanto el apartado tercero como cuarto del artículo 225 bis del Código penal, referidos a la agravación de la pena, atenuación de la pena y a la excusa absolutoria, contienen expresiones que únicamente pueden entenderse referidas al cónyuge apartado de la convivencia, puesto que al tratar la cuestión de restituir o devolver al menor solo cabe referirse al progenitor custodio, pudiendo ampliarse a la persona o institución que posea la tutela.

⁴² GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p. 9

⁴³ SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2008 (JUR 2009/11003); AAP de Madrid, de 15 de noviembre de 2007 (JUR 2008/39461); AAP de Granada, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2007/195308)



No obstante, en cuanto al progenitor custodio, existe un sector de la doctrina que, aunque minoritario⁴⁴, aprecia el hecho de que también ha de entenderse que este progenitor puede ser sujeto activo de este tipo, en tanto que, en los casos en los que se incumpla por parte del mismo el régimen de visitas al que tiene derecho el otro progenitor, violando las condiciones estipuladas en la resolución judicial o administrativa pertinente, se estaría dando un impedimento del disfrute del otro de tener al menor en su compañía, así como un obstáculo en el adecuado desarrollo del menor y un incumplimiento de la resolución⁴⁵.

En último lugar, ateniendo a lo redactado en el apartado quinto del precepto 225 bis, se observa que el ámbito de los posibles sujetos activos se extiende, en tanto que también podrán serlo *“los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”*

5.2. Sujetos pasivos

También del contenido del artículo 225 bis se deduce quiénes son los sujetos pasivos en este delito especial, así pues, estos sujetos serían los menores de edad que se encuentren unidos a los sujetos activos por ciertos vínculos de parentesco.

A su vez, en una proyección del apartado quinto del precepto, en un enfoque pasivo, en tanto que en este se dispone que los sujetos activos de este delito son tanto los progenitores como los ascendientes y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se

⁴⁴ ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *op.cit.*, pp.38 y Ss

⁴⁵ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, pp.10 y Ss

deduce que sujeto pasivo podrá serlo tanto el hijo, como el nieto, el bisnieto o el sobrino, en atención a quién sea el sujeto activo del delito⁴⁶.

No obstante, hay que reseñar el hecho de que no todo menor de edad podría ser sujeto pasivo de este delito, como es el caso de los menores de edad que estén emancipados⁴⁷, o bien, los hijos mayores de edad incapaces, así como aquellos menores con capacidad suficiente que decidan irse de forma voluntaria con el progenitor que no ostenta la custodia, entendiendo que, en este último supuesto, el menor cuenta con capacidad para decidir sobre su bienestar personal⁴⁸, ya que en este caso, donde el menor cuenta con raciocinio, si se diera un traslado o retención estaríamos ante un delito de detenciones ilegales regulado en el Título IV, Capítulo I, de las detenciones ilegales y secuestros, del Código penal.

Por último, en función del bien jurídico que se adopte, también podría ser considerado como sujeto pasivo el progenitor custodio, observando aquí una perspectiva diferente a la analizada en relación a los sujetos activos, puesto que si lo que se defiende es el amparo de los intereses de este progenitor, se apreciaría que es también sujeto dañado. Por otro lado, en el caso de que lo que se proteja sea la obediencia a la autoridad, el incumplimiento de lo resuelto administrativa o judicialmente supondría un perjuicio colectivo a la ciudadanía, pudiendo, por ende, tener a esta como sujeto pasivo⁴⁹.

⁴⁶ ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *op.cit.*, pp.31 y Ss

⁴⁷ Véase el artículo 169 del Código Civil sobre las causas de extinción de la patria potestad

⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, O.: *op. cit.*, p.12

⁴⁹ ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *op.cit.*, p. 35 y Ss

6. Algunos aspectos problemáticos de la conducta típica

La conducta típica no es una acción humana general positiva o pasiva que funcione como base de cualquier delito, sino que, precisamente, consiste en la conducta activa u omisiva legalmente tipificada para cada delito.

En el delito de sustracción de menores, la conducta típica consiste en sustraer al menor de edad de manera injustificada (artículo 225 bis, Ap.1 Código penal).

A continuación se procede a analizar la conducta típica en este tipo especial, la cual suscita interrogantes y debates acerca de aspectos como qué se debe entender por “de manera injustificada”, así como lo relativo al tipo subjetivo y a las modalidades de sustracción.

6.1. Sustracción “sin causa justificada”

El artículo 225 bis, en su apartado primero, dispone lo siguiente: *“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.”* De ello se observa que una peculiaridad de la tipificación de este delito reside en que se hace referencia a la necesidad de que en la conducta no concurra una causa justificada. Ello implica tener en cuenta que no debe tratarse de una mera remisión a las causas de justificación genéricas, pues supondría vaciar de contenido una previsión legal expresa⁵⁰, lo que supone que surjan efectos prácticos⁵¹, tales como

⁵⁰ ROSA CORTINA. J.M.: *op.cit.*, pp. 354 y Ss

describe MUÑOZ CONDE cuando señala 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 las que dicha sustracción puede estar justificada porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviese confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimentos, educación, etc”*.

Todo ello supone, por ende, que la decisión unilateral de uno de los progenitores de trasladar al menor a un lugar desconocido o de ocultarlo incumpliendo de forma la decisión judicial de custodia o guardia del menor no se encuentran, en ningún caso, justificada⁵².

Asimismo, esta referencia a la falta de causa justificada es interpretada por muchos autores como una mención vana acerca de la posibilidad de que tengan lugar causas de justificación⁵³. En este sentido, la exigencia de “sin causa justificada” implica, por ende, la necesidad de realizar un análisis de cada caso concreto, con el fin de determinar la concurrencia de este requisito⁵⁴, máxime si tenemos en cuenta que de aplicar literalmente el precepto 225 bis 1º, podría ir en contra del interés del menor, el cual constituye su bien jurídico protegido.

No obstante, por otra parte, se observan autores que estiman que con esta referencia se alude a una causa de atipicidad⁵⁵. Nos encontramos ante una figura que supone un peligro concreto para el bienestar personal del

⁵¹ MUÑOZ CONDE F.: *op.cit.*, pp. 303 y Ss

⁵² SAP de Granada, núm. 98/2019, de 7 de marzo

⁵³ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, pp 20 y Ss

⁵⁴ SAP Sevilla, núm. 308/2007, de 25 de junio

⁵⁵ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p. 20



menor, pues, en atención a las modalidades de sustracción, se posee una resolución judicial o administrativa que, tras un análisis de todas las circunstancias que rodean al menor, concluye que el bienestar personal de este se encuentra mejor garantizado por uno u otro progenitor, o bien, excluyendo a ambos, estimando que es mejor que el menor conviva con terceras personas o esté tutelado por una entidad de protección. En este contexto, el progenitor no custodio o cualquiera de los otros posibles sujetos activos que sustraiga al menor está generando un riesgo cierto para el bienestar del mismo. Sin embargo, este peligro puede estar de antemano excluido, en tanto que la situación que dio pie a la resolución judicial o administrativa haya sufrido cambios, por lo que a raíz de la actuación del no custodio o de sus parientes no sólo no se genere un riesgo para el bien jurídico sino que justamente lo que hace es evitarlo; por ejemplo, en aquellas situaciones en las que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y al cabo de un tiempo este incumple gravemente sus deberes para con su hijo.

Así, al margen de si estamos ante una referencia a las causas de justificación o a las de atipicidad, esta referencia ha sido utilizada por los tribunales para dejar impunes a progenitores no custodios que han trasladado o retenido al menor⁵⁶.

Por último con respecto a esta cuestión, cabe apreciar que estas contradicciones al interpretar “sin causa justificada” tienen su origen en el hecho de que esa expresión constituye un elemento de valoración global del hecho, perteneciente tanto al tipo como a la antijuricidad, lo que supone problemas de si estas constituyen elementos normativos que adscriben a la

⁵⁶ SAP de Jaén, de 20 de enero de 2005 (JUR 2005/146449)



tipicidad o bien, si el contenido pertenece al juicio de antijuricidad, constituyendo un elemento diferente, es decir, se trata de la cuestión de los llamados “*elementos del deber jurídico*”, “*elementos especiales de la antijuricidad*” o “*elementos de valoración global del hecho*”⁵⁷.

6.2. ¿Elemento subjetivo del tipo?

En segundo lugar, encontramos la problemática relativa al elemento subjetivo del tipo, pues el legislador solo prevé la modalidad dolosa de este delito. Así, en primer lugar, ha de atenderse al hecho de que el delito no incorpora de manera expresa ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que, en principio, sería suficiente para su comisión la concurrencia de un dolo general donde se abarque tanto la conciencia como la voluntad de sustraer al menor dándose una lesión del derecho de este a relacionarse con ambos progenitores.

No obstante, en relación con el principio de intervención mínima, se ha entendido judicialmente que el tipo exige que la intención del autor, al trasladar o retener al menor, sea con voluntad de permanencia en esa situación, con el fin de alterar el régimen de custodia legalmente determinado⁵⁸. Por tanto, se exige que el dolo del autor englobe el conocimiento por parte de este de la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuye la guardia al otro progenitor.

De todo ello, se observa que, a pesar de que en el tipo no se recoge expresamente, se da un elemento subjetivo del injusto.

⁵⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *op.cit.*, p. 47

⁵⁸ En este sentido, SAP Barcelona, núm. 220/2007, de 15 de marzo

Por último, cabe reseñar dos cuestiones, así, de un lado, el hecho de que no existe una conducta imprudente en este delito, por ende, la realización de conductas imprudentes son atípicas, ya que el legislador no prevé su punición, por lo que la realización del resultado típico en este sentido, resultará impune⁵⁹.

6.3. Especial atención a las modalidades de sustracción

Como ya se ha expuesto, la conducta típica consiste en sustraer al menor de manera injustificada⁶⁰. En otros apartados de este trabajo se ha explicado de manera breve qué es lo que se entiende en relación a la sustracción y las modalidades que de la misma se dan. No obstante, a continuación se procede a exponer de manera más detallada cada modalidad, así como la problemática existente alrededor de las mismas, sin perjuicio de llevar a cabo una serie de aclaraciones.

El apartado segundo del artículo 225 bis del Código penal aclara el alcance del término sustraer, señalando que: *“A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*

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

⁵⁹ De otro lado, deberá analizarse con atención, en cada caso concreto, la posibilidad de concurrencia de trastornos mentales, alteraciones psíquicas y estados pasionales, ello a razón del fuerte componente afectivo y emocional que suelen presentar estas conductas

⁶⁰MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, en AA.VV (ESQUINAS VALVERDE, P. coord): *Lecciones de derecho penal parte especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 190 y Ss



Así, en un primer plano, se observa que la doctrina se ha planteado si la conducta típica implica siempre la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuya la custodia, todo ello derivado del apartado dos del artículo mencionado, en tanto que del concepto legal de sustracción se aprecia que, mientras en la alternativa del traslado se hace referencia a que este se haga sin el consentimiento del progenitor con el que convive habitualmente, en la de la retención se alude a la infracción grave de un deber fijado en una resolución judicial o administrativa⁶¹.

Para poder responder a esta cuestión, la doctrina ha utilizado como guía lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, donde se afirma que *"resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quien 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"*. Así, finalmente, se ha optado por interpretar que el tipo exige la existencia de una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia⁶².

Por su parte, son diversas las resoluciones que manifiestan que *"La aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º, debe realizarse, entendiéndose que se requiere una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no sólo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del núm. 1, que se refiere al traslado. El legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y sólo exige expresamente en este segundo*

⁶¹ ROSA CORTINA, J.M.: *op cit.*, pp. 360 y Ss

⁶² TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *op.cit.*, pp. 17 y Ss



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”⁶³.

Por tanto, en aplicación de la doctrina expuesta, hay ciertos casos en los que se entiende que no tiene lugar el tipo, a pesar de que las circunstancias pudieran llevar a entender que sí. Así, no se comete el delito allí donde, a pesar de haberse dictado unas medidas provisionales otorgando la custodia a uno de los progenitores, estas no se encuentren vigentes en el momento de la sustracción por haber transcurrido los plazos legales, ello debido a que no cabe fundamentar la realización del tipo allí donde lo que existe es una mera guarda de hecho⁶⁴.

En definitiva, todo ello supone dejar fuera del tipo aquellos casos donde el traslado del menor se produzca sin existir acuerdo entre los progenitores acerca de la custodia y uno de ellos se lleve al menor sin consentimiento del otro. No obstante, en contra posición, se encuentran autores que defienden la tipicidad de estos comportamientos⁶⁵.

Se destaca el hecho de que el bienestar personal del menor es establecido por los progenitores mientras exista convivencia familiar. Sin embargo, cuando se dan crisis y se pone fin a la vida familiar, este bienestar deben fijarlo los jueces, lo que implica que en aquellos casos donde hay

⁶³SAP de Burgos, de 9 de julio de 2009 (JUR 2009/911); SAP de Barcelona, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/125686)

⁶⁴ SAP de Cádiz, de 18 septiembre de 2006 (JUR 2007/196498)

⁶⁵ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, p.16



ruptura de la convivencia y surgen discrepancias acerca de quién debe tener la custodia del menor, deberá ser el juez quien fije qué progenitor se encuentra en mejores condiciones y capacidad para velar por el bienestar del menor, debiendo atender para ello a las circunstancias personales de cada caso concreto, con análisis exhaustivo de todos los elementos que puedan influir en el adecuado desarrollo del menor, y siendo al progenitor que otorgue la mayor estabilidad al que se le atribuya la custodia⁶⁶. Por tanto, para este delito especial, hasta que no tenga lugar esa resolución, es irrelevante con qué progenitor permanece el menor⁶⁷.

Por su parte, se entiende que las conductas tanto de traslado como de retención, requieren que la intención del progenitor sea la de privar de manera definitiva, no temporalmente, del menor al progenitor custodio⁶⁸.

Una vez efectuadas estas aclaraciones, se procede al análisis de cada una de las modalidades de sustracción.

En primer lugar, encontramos el traslado, el cual consiste en llevar al menor fuera de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con el que este conviva habitualmente, o bien de las personas o entidades que la tengan atribuida. Por tanto, el traslado requiere que el menor sea desplazado

⁶⁶ Con respecto a la custodia, el Tribunal Supremo se ha manifestado, al igual que otros tribunales, en un primer momento, en que la tendencia era conceder la guarda y custodia a uno de los dos progenitores, generalmente a la madre, pues se entendía que era la decisión más adecuada para el interés del menor, no obstante, en los últimos años esa tendencia ha cedido en favor de la custodia compartida, puesto que se entiende que es la medida más favorable para los menores. Sin embargo, tanto en la consideración pasada como en la actual, existe un criterio común que se mantiene a lo largo del tiempo y es que la medida de la guarda y custodia debe acordarse siempre en interés del menor. Véase SSTs, Civil, de 11 de Febrero de 2011, recurso 500/2008

⁶⁷ DOMINGUEZ OLIVEROS, I.: *¿Custodia compartida preferente o interés del menor. marco normativo y praxis judicial? Marco normativo y praxis judicial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 315 y Ss

⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, O.: *op.cit.*, pp.17 y Ss



a un lugar de residencia distinto, con consecuencia de que el progenitor custodio no pueda ejercer ya la patria potestad. Este desplazamiento no tiene que hacerse necesariamente desde el lugar de residencia, en tanto que puede efectuarse desde cualquier otro sitio en el que se encuentre el menor temporalmente con autorización del titular de la guarda, como pudiese ser el colegio, la casa de un familiar o de un amigo.

Por su parte, no se realizará el tipo en aquellos casos en los que sea el menor el que por iniciativa propia abandone su lugar de residencia, ni cuando lo que se hace es inducirlo a dejarlo (delito de inducción al abandono de hogar del artículo 224 del Código penal) o se le facilitan medios para que lo haga. Sin perjuicio de ello, cuando se induce al menor al abandono del lugar de residencia para que conviva con el inductor, aun cuando no podamos afirmar la conducta de traslado si el menor se desplaza solo, cabrá ubicarlo dentro de la modalidad de retención. Cabe reseñar el hecho de que el consentimiento válido generaría, lógicamente, la atipicidad de la conducta⁶⁹.

En segundo lugar, encontramos la retención, la cual consiste en “*la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*”. Esta modalidad presupone que el menor ya se encontraba bajo la guarda directa del sujeto activo y no del progenitor custodio.

Como norma general, esta tiene lugar cuando aquel progenitor que tiene consigo al menor estaba disfrutando del régimen de visitas estipulado y procede a la no devolución del hijo a su tutor. No obstante, el precepto alude a que se ha de hacer con infracción grave de lo estipulado en la

⁶⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *op.cit.*, pp. 40 y Ss



resolución; de esta forma, se observan autores que entienden que con esto se pretende aclarar que no basta con un simple incumplimiento del régimen de visitas, sino que, esa retención, debe suponer una voluntad de sustituir el domicilio del menor, manifestando que a partir de ese momento será el sujeto activo el que se va a hacer cargo de la custodia⁷⁰. Sin embargo, otros autores interpretan que, además de en este caso, se dará también el tipo cuando se retenga al menor en mayor tiempo que el estipulado en la resolución judicial o administrativa que establezca el régimen de visitas, siendo esta una posición más radical⁷¹.

En conclusión, de todo ello puede observarse la complejidad en el análisis de este delito, debiendo buscar la mejor interpretación a lo legislado y procurar con ello la mayor protección del menor y de su interés, debiendo el juez adoptar todas las medidas necesarias cuando se trata de crisis familiares para evitar peligros al sujeto pasivo de este tipo⁷².

7. Conclusiones

- I. La regulación del delito de sustracción de menores surge como consecuencia de la necesidad de proteger a los menores ante aquellas situaciones derivadas de crisis familiares en las que estos se puedan encontrar desprotegidos o vulnerados en sus intereses. Este delito presenta naturaleza especial, por cuanto se exige que la conducta típica se ejecute por el progenitor no custodio, siendo este el sujeto activo de este delito. Sin embargo,

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, O.: *op. cit.*, pp. 19 y Ss

⁷¹ ROSA CORTINA, J.M: *op.cit.*, pp. 360 y Ss

⁷² MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 184 y Ss



de los códigos anteriores al actual Código penal y a la vigente Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, del Código penal, y del Código civil, se puede observar la deficiente regulación que este delito poseía, en tanto que se dejaba fuera del tipo al progenitor que realizaba la conducta típica de sustracción. Así pues, es a razón de la Ley Orgánica 9/2002, en la que se introduce el delito de sustracción de menores propiamente dicho, cuando comienza a atenderse realmente a la protección de los intereses del menor en esta materia, derivando en la regulación actual. Por todo ello, considero un acierto la aprobación de la Ley Orgánica 9/2002, en tanto que la regulación anterior dejaba totalmente fuera de este delito a los progenitores, por lo que no se protegía al menor de aquella agresión a sus intereses que pudiera venir de parte de estos.

- II. Con la inserción en el ordenamiento jurídico del artículo 225 bis del Código penal se pretende regular todos aquellos supuestos en los que, dentro de la sustracción, pudiera darse una vulneración de los intereses del menor. Es por ello que, de la redacción de este precepto, puede observarse la amplitud y complejidad del delito, con el cual se trata de garantizar la seguridad del menor. A mi parecer, el artículo 225 bis del Código penal, si bien es extenso, es completo y detallado, recogiendo los extremos necesarios para la seguridad del menor, en tanto que, al tratarse de daños derivados de crisis familiares, es totalmente necesario disponer de una regulación amplia que pueda observarse en cada caso concreto.



- III. Por su parte, el interés del menor ha sido una cuestión extensamente discutida por la doctrina, encontrándose tesis que alegan que el interés es la seguridad del menor; la vulneración de los derechos inherentes a la patria potestad, o bien, la libertad deambulatoria del menor. No obstante, la posición doctrinal mayoritaria defiende que el delito de sustracción de menores es un delito pluriofensivo, en tanto que se concreta en la protección de los intereses del menor y en el buen funcionamiento de la Administración, por lo que cabe concebir la sustracción del menor como un delito específico de desobediencia a la autoridad. Resultado lógico si se atiende a la exigencia de que haya recaído una resolución judicial o administrativa que regule la cuestión de la custodia del menor para que se pueda consumir el tipo.
- IV. En lo que respecta a la conducta típica, las contradicciones en torno a la misma tienen su causa en la interpretación de la expresión “sin causa justificada”, puesto que esa expresión constituye un elemento de valoración global del hecho, perteneciente tanto al tipo como a la antijuricidad. De ello, la doctrina ha concluido, entiendo que razonada y coherentemente, la necesidad de exigir que el dolo del autor englobe el conocimiento por parte de este de la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuya la guardia y custodia al otro progenitor, puesto que, para este delito especial, hasta que no tenga lugar esa resolución, es irrelevante con qué progenitor permanece el menor.



8. Bibliografía

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.7, 2006, pp. 1-25.
- DOMINGUEZ OLIVEROS, I.: *¿Custodia compartida preferente o interés del menor. marco normativo y praxis judicial? Marco normativo y praxis judicial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Delitos contra las relaciones familiares”, en AA.VV, (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.): *Manual de derecho penal parte especial. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados TOMO 1*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, en AA.VV (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*.; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA ÁLVAREZ. P.: *La víctima en el Derecho Penal español*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm.4, 2010, pp. 1-34.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.



- LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Jurisprudencia. Formularios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, en AA.VV (ESQUINAS VALVERDE, P. coord): *Lecciones de derecho penal parte especial*; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 22ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Protección de la infancia y Marco Jurídico de la Coparentalidad tras la Crisis Familiar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROSA CORTINA. J.M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003, pp.1810-1830.