

El delito de sustracción de menores y su configuración

Octavio García Pérez

Universidad de Málaga

Abstract

En 2002 se introdujo en el Código penal el art. 225bis para castigar la sustracción de menores cometida por parientes más próximos. Desde entonces en la mayoría de las sentencias en las que se ha planteado la aplicación de esta figura los acusados han sido absueltos: son casos en los que alguno de los cónyuges pone fin a la convivencia, llevándose consigo a los hijos sin que todavía haya recaído resolución judicial alguna sobre la custodia de éstos. Tras llegar a la conclusión de que el delito tiene un carácter pluriofensivo, afectando tanto al bienestar personal de los menores como al funcionamiento de la administración, se abordan los diversos aspectos del tipo, especialmente el problema de los sujetos y las dos modalidades de conducta contempladas en el delito. Para el autor, pese a no exigirse en la modalidad activa la previa existencia de una decisión judicial sobre la custodia, es convincente el planteamiento de nuestros tribunales cuando requieren que haya recaído ya una resolución judicial sobre la custodia.

Art. 225 bis of the Spanish Criminal Code was created in 2002 in order to punish a child abduction committed by his/her closest relatives. Most of those accused under this legal provision have been acquitted. They were a husband or a wife who decided to leave his/her home definitively and take his/her children with him/her without a previous judicial resolution on their custody. The author comes to the conclusion that not only children's welfare but also a judicial system right working are offended by this crime, whose elements, mainly those relating to the two possible ways of committing it, as well as to their agents, are analyzed in the paper. Although the Spanish legal regulation does not require a previous judicial decision on the custody for punishing an active abduction, the author considers that Spanish courts are right when they require it.

2002 wurde § 225bis im Strafgesetzbuch eingeführt, um die von nahen Verwandten begangene Entziehung Minderjähriger zu bestrafen. Seither in den meisten Fällen sind die Angeklagten freigesprochen worden: es geht um Fälle, in denen ein Ehegatte den ehelichen Wohnsitz ließ und nahm die Kinder mit, ohne daß es noch eine gerichtliche Entscheidung über den Kinderschutz gab. Für den Verfasser, mit der Bestrafung der Entziehung Minderjähriger schützt man sowohl das Wohl der Minderjähriger als auch die Ordnungsmäßigkeit der Amtsführung. Unter diesem Gesichtspunkt werden danach die andere Fragen des Tatbestandes analysiert, vor allem die Auslegungsprobleme, die die beide Handlungsmodalitäten aufwerfen. Für den Verfasser die Strafgerichte machen eine überzeugende Auslegung, wenn Sie behaupten, daß beide Handlungsmodalitäten eine gerichtliche Entscheidung über den Kinderschutz als Voraussetzung haben, obwohl erwähnt man nur in einem der Tatbestandsverhandlungen.

Title: Spanish criminal regulation of child abduction

Titel: Die Entziehung Minderjähriger und der Aufbau des § 225bis StGB

Keywords: Child abduction

Sitichwörter: Entziehung Minderjähriger

Palabras clave: Sustracción de menores

Sumario

1. Introducción
2. El bien jurídico
3. Los sujetos
4. La conducta típica
5. Tipos agravados de sustracción internacional
6. Consumación y formas imperfectas de ejecución
7. La excusa absolutoria
8. Concursos y penalidad
9. Tabla de jurisprudencia citada
10. Bibliografía

1. *Introducción*

Desde la introducción de la figura de la sustracción de menores a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, en la base de datos de Aranzadi se recogen 66 autos y sentencias sobre esta figura delictiva¹. La mayor parte de los fallos son absolutorios y se refieren a situaciones en las que se desencadena una crisis matrimonial en el seno de una pareja y uno de los progenitores se marcha con los hijos habidos en la misma o se lo lleva, sin que hubiera hasta ese momento ninguna resolución judicial que atribuyera la guarda y custodia a alguno de ellos.

2. *El bien jurídico*

El primer problema que plantea el tipo es determinar cuál es el interés protegido por este precepto. Caben varias alternativas. Así, cabe interpretar que a través del castigo de las conductas contempladas en el art. 225bis del CP se busca tutelar únicamente los intereses del menor o bien que, además, se atiende también a los de los progenitores. En este último sentido se manifiesta el Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2007, señalando que “son fundamentalmente los derechos e intereses de los menores los protegidos, pero la ubicación del precepto permite contemplar los derechos igualmente del resto de personas afectadas por la conducta de que se trate”². E incluso todavía cabría mantener que, pese a su ubicación sistemática, el art. 225bis del CP no deja de constituir un supuesto específico de desobediencia y, en consecuencia, compartiría con ésta el objeto de tutela, respondiendo su inclusión entre los delitos contra las relaciones familiares únicamente al objeto de la resolución que se desobedece vinculada a la guardia y custodia de menores. En esta dirección señala MUÑOZ CONDE “que no se trata de unas «detenciones ilegales», que fuera de los casos previstos en el art. 225bis del CP, siguen

¹ Búsqueda cerrada a 19 de julio de 2010.

² Referencia Aranzadi JUR 2006\142762; En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 27 de enero de 2009 (JUR 2009/192927). En esta línea SAAVEDRA RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 2007, título XII, p. 1671, señala que estamos ante un delito “pluriofensivo, pues atiende no sólo a la protección de los menores, sino igualmente a la del progenitor custodio y al propio interés de la Administración de Justicia”.

siendo punibles en base a los arts. 163 y ss [...] sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores”³.

A mi juicio, con la referencia al bien jurídico de la desobediencia resulta difícil entender por qué aquí esta figura se castiga con una pena de prisión que puede multiplicar hasta por cuatro la prevista para la desobediencia genérica del art. 556 del CP y ello sin tener en cuenta la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Sin embargo, por regla general tanto en la doctrina⁴ como en las resoluciones⁵ en las que se toca la cuestión del bien jurídico protegido en la sustracción de menores se suele apuntar a que éste se configura en torno a los intereses del menor en línea, tal como en alguna ocasión ha subrayado la jurisprudencia, con lo que ya apuntaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre⁶. En efecto en ésta se dice que “la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores”. Cuestión diversa es que no queda claro en qué puedan consistir esos intereses del menor que se tratan de proteger mediante el castigo de la sustracción de menores, existiendo resoluciones que ni siquiera los concretan, pues se limitan a señalar que “el principal interés tutelado por este precepto es el del menor”⁷. En bastantes resoluciones judiciales se alude a que el objeto de tutela estaría integrado por “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»”⁸. Desde una perspectiva negativa, el auto de la

³ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial.*, 17ª ed., 2009, p. 304, si bien este autor admite que el tipo contempla casos en los que no se requiere una previa decisión judicial como es el caso del traslado del menor sin el consentimiento del progenitor con el que convive habitualmente.. Argumenta en esta dirección el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2007 (referencia Aranzadi JUR 2008\108336) cuando indica que el art. 225 bis constituye simplemente “un supuesto específico y reforzado de desobediencia”, lo cual exigiría “la existencia de una decisión judicial que no se obedece”.

⁴ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, pp. 1196 y s.; CUGAT MAURI, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. I., 2004, p. 575; PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, pp. 544 y s.; 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, pág. 10; LA MISMA, *Comentarios al Código penal*, t. VII., 2005, p. 854.

⁵ Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 (Referencia Aranzadi JUR 2004/28705); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2006 (Referencia Aranzadi 2007/118298); la Sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla de 25 de junio de 2007 (JUR 2008\17336).

⁶ Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla de 25 de junio de 2007 (JUR 2008\17336).

⁷ Así la Sentencia de 15 de marzo de 2007 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Referencia Aranzadi JUR 2007\125686)

⁸ Así el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 (Referencia Aranzadi JUR 2004/28705); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2006 (Referencia Aranzadi 2007/118298). Asimismo en estas dos resoluciones se hace referencia a que “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,

Sección 2ª de la Audiencia Provincial de 13 octubre de 2006⁹ aclara que el bien jurídico protegido no podría venir “representado por la vida, la integridad física y restantes intereses individuales personalísimos del menor, susceptibles de amparo jurídico-penal. Es obvio que, como no podría ser de otro modo, tales intereses del menor encuentran amplios ámbitos de protección en el Código Penal. Pero que, sin embargo, esta tutela no se realiza a través del art. 225bis”. También se considera equivocada la idea de “que quien pone término a la convivencia marital, no está legitimado para modificar la vivienda o domicilio de los hijos si no concurre una causa justificante o se presta autorización judicial o del otro esposo, considerando que el respeto de la estabilidad doméstica de los menores está amparado por la norma penal”¹⁰.

No me parece convincente, al menos de lege lata, la idea de que se tutela el derecho de relacionarse regularmente con sus progenitores. Si así fuera, lo relevante no sería simplemente la sustracción o retención, sino el hecho de impedir que los menores se relacionen con el otro progenitor, siendo indiferente si hay o no resolución judicial y el consentimiento del que no va a relacionarse con sus hijos. En efecto, realiza el tipo el que, aprovechando una visita de su hijo, lo retiene y, a continuación, se pone en contacto con el que hasta ese momento tenía la guarda y custodia para organizar un régimen de visitas. Con un objeto de tutela semejante la cuestión de la guarda y custodia deja de tener relevancia, pues lo único significativo es que, con independencia de quien tenga materialmente al menor, se adopten las medidas adecuadas para garantizar que también se pueda relacionar con el otro cónyuge. Ese bien jurídico se vería afectado igualmente cuando el no custodio no cumple el régimen de visitas. Sin embargo, el Código penal lo regula por separado, atribuyéndole mucha menor lesividad a los supuestos en los que un progenitor no acude al régimen de visitas cuando, no obstante, desde la perspectiva del derecho a relacionarse regularmente con los progenitores no se alcanza a ver esa distinta gravedad en los comportamientos. Por ello, la asunción de semejante objeto de tutela

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”. En idéntico sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. (Sección 2), de 14 octubre (Referencia Aranzadi ARP 2009\146). La Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de diciembre de 2005 alude a la “salvaguarda de los derechos y deberes derivados de la necesaria relación personal contra padres e hijos”. El Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2006 (Referencia Aranzadi JUR 2007\65022) se refiere al “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 desfases 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”. Cfr. también la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 27 de enero de 2009 (JUR 2009/192927). En la doctrina comparten este criterio, LLORIA GARCÍA, «La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar», en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, pp. 41 y s.; 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, p. 10, añadiendo ésta última también la referencia a “la paz en las relaciones familiares”; EL MISMO, *Comentarios al Código penal*, t. VII., 2005, p. 854 y s. Se expresa en los mismos términos que Torres Fernández; ROMERO SIEIRA, «Artículo 225 bis», en AMADEO GADEA (dir.), *Código penal. Doctrina Jurisprudencial*, 2009, p. 562.

⁹ Referencia Aranzadi JUR 2007\65022.

¹⁰ Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 junio 2006 (JUR 2007\65022)).

exigiría que el precepto se redactase de forma diversa, girando en torno a la idea de la ausencia de contacto de uno de los progenitores con el hijo. Esto podría ser porque uno de ellos se ha llevado al hijo sin posibilitar la comunicación con el otro o porque uno impide que el otro pueda ejercer el régimen de visitas o finalmente porque uno no ejerce su derecho de visitas. No obstante, antes de asumir que estamos ante un precepto cuya redacción no se ajusta su objeto de tutela, es preciso comprobar si esa configuración, en verdad, no responde a otro bien digno de tutela.

En la doctrina aún es posible encontrar otros dos planteamientos. Por una parte, GUARDIOLA vincula el bien jurídico de esta figura al de las detenciones ilegales. A su entender, “el ámbito legalmente establecido para su custodia” “responde a la garantía de condiciones de seguridad, enmarca hasta que el menor alcance autonomía su libertad ambulatoria –que irá desarrollándose dentro del ámbito fijado en tanto alcance capacidad suficiente para desbordarlo-, y es a la vez presupuesto de su relación familiar en los términos en que en beneficio del menor y respetando los derechos de sus parientes más cercanos se han establecido”¹¹. De este modo, el art. 225bis del CP vendría a ser una suerte de tipo privilegiado de detenciones ilegales¹².

A mi entender, la vinculación del art. 225bis del CP a la libertad ambulatoria choca con obstáculos difícilmente salvables. Dejando al margen la cuestión de la ubicación sistemática que no tiene por qué ser un buen argumento aunque tampoco hay que desdeñarlo¹³, lo cierto es que la privación de la libertad ambulatoria de menores está abarcada expresamente por el delito de detenciones ilegales como lo acredita el hecho de que el art. 165 del CP agrava la pena cuando la víctima es un menor de edad. No obstante, cabría argumentar, como ha destacado un sector de la doctrina, que en las detenciones ilegales sólo puede ser sujeto pasivo “quien tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio”¹⁴. De este modo,

¹¹ GUARDIOLA GARCÍA, “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 86.

¹² GUARDIOLA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 87.

¹³ Pues en este caso esa configuración parece ser la respuesta del legislador a un sector doctrinal que venía reclamando la introducción de un precepto de estas características entre los delitos contra las relaciones familiares para resolver ciertos comportamientos que, a su entender, debían castigarse, pero no encajaban en las detenciones ilegales por no afectar a la libertad ambulatoria. Se estaba pensando esencialmente en la sustracción de menores recién nacidos o de incapacitados de voluntad crónicos. En este sentido se manifestaba, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995”, en AAVV, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 367 y s., cuando afirmaba “que sería conveniente crear un tipo específico que abarcara estas conductas dentro del Título XII, que alude a los delitos contra las relaciones familiares, porque en estos casos se lesiona, junto a la integridad moral del incapacitado de voluntad, una potestad que el familiar o el representante legal tiene sobre esa persona. Asimismo debería contener una remisión a la pena prevista en el art. 164 si tales hechos se hicieran exigiendo una condición para permitir el acceso al recién nacido o incapacitado de voluntad, para equiparar a efectos de pena este delito complejo con el delito de secuestro”. Y esta demanda la efectuaba por considerar que en los casos del recién nacido no se vulnera la libertad ambulatoria “sino otro bien jurídico con entidad propia. Se lesiona el derecho que tienen los representantes legales del recién nacido o del incapacitado de voluntad a tenerlo en su compañía o donde ellos estimen conveniente, es decir, una potestad inherente a la patria potestad, tutela o guarda” (Ibidem. p. 366).

¹⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, en AAVV, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 362.

quedarían fuera del ámbito del sujeto pasivo de las detenciones el recién nacido y los incapacitados de voluntad crónicos¹⁵. Con ello cabría decir que el art. 225bis del CP iría destinado esencialmente a recién nacidos a lo que habría que añadir “los incapacitados de voluntad crónicos” menores de edad. Desde esta perspectiva, el art. 225bis del CP no estaría bien formulado, puesto que sólo ciertos menores de edad podrían ser sus sujetos pasivos (recién nacidos e incapacitados de voluntad crónicos). Además, deja fuera a los incapacitados de voluntad crónicos adultos. A lo anterior habría que añadir que la configuración del art. 225bis del CP respondería a un planteamiento que tiene como base la idea de que estas personas no pueden ser titulares de la libertad de movimiento¹⁶ y, por ello, no pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal, dándose en los apoderamientos de tales sujetos atentados a otros bienes jurídicos, puesto que si en tales hipótesis estuviera en juego la libertad ambulatoria, entonces no habría problemas para resolverlos a través de los arts. 163 y ss. En definitiva, aquello que nos sirve para dar contenido al sujeto pasivo del art. 225bis del CP (idea de que recién nacidos e incapacitados de voluntad crónicos carecen de libertad ambulatoria) terminaría poniendo en duda que el objeto de tutela en torno al cual gira este precepto tenga que ver con la libertad ambulatoria.

De otra parte, hay quienes vinculan el bien jurídico a la seguridad del menor. Así DÍEZ RIPOLLÉS estima que el objeto de tutela estaría integrado por la seguridad personal de los menores¹⁷, entendiendo por ésta “el aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias que producen una especial vulnerabilidad”¹⁸. En este supuesto, señala que la seguridad personal protegida es “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”¹⁹. En opinión de este autor, la seguridad personal de los menores “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 la guarda material o custodia”²⁰.

Es frecuente tanto en la doctrina como a veces en la legislación vincular ciertos delitos al término seguridad seguido de algún adjetivo. Sin embargo, a mi entender, ello no resulta satisfactorio. Si, como nos recuerda MUÑOZ CONDE, “el término «seguridad» indica lo contrario de «peligro» o, mejor, significa ausencia de todo peligro”, ello implica que la seguridad está en juego cada vez que la legislación penal conmina con una pena la realización de un comportamiento, pues, en virtud del principio de ofensividad, el Derecho

¹⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, en AAVV, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 362 y ss.

¹⁶ Véase la nota 12.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, pp. 1197 y s.

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1142.

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1198.

²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1197. En términos similares se manifiesta GONZÁLEZ RUS, “Delitos contra las relaciones familiares”, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed., 2005, p. 432, cuando señala que el objeto de tutela está constituido por “la seguridad del menor, que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar en donde se encuentra, bajo la guarda o custodia de las personas o instituciones con las que convive habitualmente”.

penal sólo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. O dicho con otras palabras, la punición de todos los comportamientos prohibidos por el Derecho penal u ordenados por éste tiene lugar por mor de la seguridad de los bienes jurídicos. Siendo esto así, con la referencia a la seguridad estamos en el terreno de la parte general, pues estamos aludiendo a la función del Derecho penal: la protección de bienes jurídicos, es decir, la seguridad de estos, conminando con pena aquellos comportamientos que los lesionen o pongan en peligro. Por ello la utilización del término seguridad no nos permite identificar aquello que de específico hay detrás de la amenaza de pena para el que realice determinado comportamiento. Ello es lo que explica que el término seguridad siempre aparezca con un adjetivo o con alguna otra referencia que le dé cierta especificidad, pues también cabe hablar de la seguridad de la vida, la salud, la libertad, etc. Pero si en otros ámbitos no lo usamos, no alcanzo a ver por qué se insiste tanto en este término para configurar el bien jurídico. En efecto, lo relevante en el delito de sustracción de menores como en otros en los que se utiliza esta terminología no es la seguridad sino qué se pretende mantener seguro y la respuesta sería: la persona del menor. Y ello es lo que permite hablar de la seguridad personal de los menores. Aunque si se es consciente de estas ideas, quizás no haya nada que objetar al recurso al término seguridad, lo cierto es que existe el riesgo de que, habiendo identificado este sustantivo, se ponga menos atención en lo más relevante, es decir, en aquello que sirve para especificarlo. Por estas razones estimo preferible no utilizar este término en la identificación de los bienes tutelados a través del castigo de los comportamientos contemplados en la Parte Especial.

Llegados a este punto tampoco parece que la referencia a la persona del menor sea suficiente para identificar el bien protegido, puesto que son numerosos los preceptos del Código penal que también se ocupan de la persona del menor. Para conseguir algo más de concreción quizás sea buena idea tomar cómo punto de partida la cuestión de qué es lo que está en juego cuando hay que tomar una decisión acerca de la guarda o custodia de un menor, lo cual suele suceder en situaciones de crisis matrimonial. Y en este sentido buena parte de la doctrina civil se inclina por identificar el interés del menor en materia de guarda y custodia con su bienestar físico y, sobre todo emocional²¹. De modo que cabría hablar del

²¹ Así, GOIRIENA LEKUE, «La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género», *Aequalitas*, nº 16, p. 54; LATHROP GÓMEZ, *Custodia compartida de los hijos*, 2008, p. 127. SAP Islas Baleares núm. 156/2008 (Sección 4), de 6 mayo JUR 2008\339531; SAP Cuenca núm. 50/2008 (Sección 1), de 17 marzo JUR 2008\172656, SAP Guadalajara núm. 40/2008 (Sección 1), de 13 febrero AC 2008\1804; SAP Madrid núm. 267/2007 (Sección 24), de 21 febrero JUR 2007\152035; SAP Sevilla núm. 26/2008 (Sección 2), de 31 enero JUR 2008\370938. En esta sentencia se dice que De cara a la atribución de la guarda y custodia, dice esta sentencia que “han de ser minuciosamente examinadas las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto para alcanzar una solución estable, justa y equitativa, singularmente para el menor, cuyos intereses y bienestar deben primar sobre los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, y prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores”. La Convención de los Derechos del niño señala en su art. 3.2 que “Los Estados Partes se comprometen asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. SAP Murcia núm. 43/2007 (Sección 1), de 5 febrero JUR 2007\254864 “el beneficio de la menor, único fin que ha de presidir todas sus actuaciones y por el que los Tribunales deben velar, estableciendo un sistema de seguimiento por los profesionales del propio Juzgado, con la finalidad de poder adoptar las medidas oportunas, que pueden ir desde el cambio de custodia de la menor a otro

bienestar personal de los menores. Se trata de un término que pretende abarcar los aspectos relativos al desarrollo psico-afectivo, y socio escolar de los menores²².

De todas maneras, tampoco creo que con la referencia al bienestar personal podamos fundamentar adecuadamente la figura del art. 225bis del CP, pues resulta complicado poder entender por qué en términos generales el abandono de menores que no sólo pone en peligro el bienestar de los menores sino que incluso puede conllevar graves riesgos para bienes personales tan esenciales como la vida o la salud se castiga menos gravemente que la sustracción, siendo así que en ésta normalmente estos no se suelen dar. El abandono de menores, a lo sumo, se castiga con la misma pena que la prevista en el 225bis del CP cuando ya ha habido un peligro concreto para la vida, la salud o la libertad sexual.

A mi entender, estamos en presencia de un delito pluriofensivo en el que, además del bienestar personal del menor, se afecta al buen funcionamiento de los poderes públicos²³. La mayor pena respecto del abandono de menores vendría determinada por la afcción al bien jurídico tutelado con el castigo del delito de desobediencia.

En definitiva, se tutela el bienestar personal de los menores acreditado, siquiera sea provisionalmente, por una resolución judicial.

3. Los sujetos

Como ha destacado tanto la jurisprudencia como un sector de la doctrina²⁴, sujeto activo de este delito únicamente puede serlo el progenitor²⁵ que no ostente la titularidad de la custodia del menor. Así se desprende, en primer lugar, de la Exposición de Motivos cuando señala que la introducción del art. 225bis del CP constituye “una respuesta penal clara” a “aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa

progenitor o a privar a ambos de la custodia y recurrir a terceras personas ajenas a la familia para garantizar su bienestar”.

²² En esta dirección parece apuntar la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1), de 28 julio (Referencia Aranzadi JUR 2010\160457) cuando señala que a través del art. 225 bis “se trata de proteger el interés del menor en permanecer en su entorno familiar y educativo estable y conocido que le otorgan las personas con las que convive ordinariamente, todo ello mientras no se decida legalmente el cambio de circunstancias, protegiendo al menor de las consecuencias negativas que para él se derivarían de un cambio injustificado y contrario a derecho de lo que es su medio natural”.

²³ Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 17 diciembre de 2008 (Referencia Aranzadi RJ 2009\791); 4 mayo de 2006 (Referencia Aranzadi RJ 2006\3567); de 4 marzo de 2002 (Referencia Aranzadi RJ 2002\3589). En la doctrina, cfr. por todos, CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado y resistencia*, 2003.

²⁴ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1200; CUGAT MAURI, en AAVV, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. I., 2004, p. 575; ROMERO SIEIRA, en AMADEO GADEA (dir.), *Código penal. Doctrina Jurisprudencial*, 2009, p. 564.

²⁵ Para 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. 12 y ss., el uso del término progenitor no resulta muy afortunado, pues, en su opinión, ello “puede inducir a dudar sobre el alcance del precepto, si se interpreta conforme a su sentido más genuino, como padre o madre, en sentido biológico, lo que obligaría a dejar fuera de su campo de aplicación posible los casos en los que el hijo sustraído no lo es por naturaleza”. Para abarcar tanto al padre como la madre hubiera sido preferible utilizar la expresión padres. Véase también LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 43. A mi entender, en la medida en que una de las dos acepciones del término progenitor significa “padre y madre” (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. 21ª ed., 1992, Madrid, t. II, p. 1674) y que no hay razón alguna para excluir a los hijos no biológicos, no me parece que el tema plantee ningún problema relevante.

a restituir al menor es uno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro". Según la jurisprudencia, esta conclusión se desprende también de "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". A esta conclusión no se opone lo dispuesto en el número segundo del apartado 2 del artículo 225bis del CP, pues éste "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"²⁶.

Un sector de la doctrina estima, sin embargo, que también puede ser sujeto activo de este delito el progenitor custodio, lo que le permitiría incluir en el tipo también los supuestos en los que aquél que tiene la custodia impide al otro acceder al régimen de visitas que se hay acordado²⁷ o también cabe pensar en los supuestos de guarda compartida donde uno retiene al menor cuando ha de pasar a vivir con el otro²⁸. A juicio de LLORIA son tres las razones que abogan por su inclusión en el círculo de sujetos activos. "En primer lugar, desde un punto de vista gramatical estricto «retener» significa «impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca» e «interrumpir o dificultar el curso normal de algo» definiciones que se acomodan perfectamente a la idea de desobedecer gravemente una resolución judicial o administrativa impidiendo el ejercicio del derecho de visita. En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurre en el párrafo anterior del artículo 225 bis del

²⁶ Estos son los argumentos que suele citar la jurisprudencia para justificar la idea de que sólo únicamente pueden ser autor los progenitores que no ostenten la custodia. Así, Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2005 (Referencia Aranzadi JUR 2005/140166). En el mismo sentido, Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2008 (Referencia Aranzadi 2009\11003); Auto de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 2007 (Referencia Aranzadi JUR 2008\39461); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Gerona de 21 de noviembre de 2007 (JUR 2008\184731); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de noviembre de 2007 (Referencia Aranzadi JUR 2007\195308); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2005 (Referencia Aranzadi JUR 2006\214634).

²⁷ LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 55; 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, p. 19. Esta última matiza que "pese a quedar comprendidas dentro del tipo las retenciones llevadas a cabo por quienes tienen habitualmente al hijo en su compañía, frente a quien reclama su derecho de visita, la transitoriedad de este derecho, junto con la demora inherente a la sustanciación de un procedimiento penal, hacen que la exigencia de responsabilidad penal sea un medio tardío e inoperante para hacer efectivo el ejercicio de su derecho, o que puedan darse situaciones en las que se lleve a cabo la interposición de la denuncia con el único objetivo de conseguir la entrega del menor, para el disfrute de su compañía en el periodo de visita determinado, sin que posteriormente se continúe con la tramitación del procedimiento hasta su finalización con una sentencia sobre el fondo del asunto".

²⁸ GUARDIOLA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 96.

CP, en el que se está analizando no se hace referencia al consentimiento del custodio, por lo que, a sensu contrario, hay que entender que también éste puede ser sujeto activo de la conducta". Además, se trata de un comportamiento que afecta al bien jurídico, pues "se perturba el derecho del menor a un correcto desarrollo para lo que es necesario el contacto tanto con el padre como con la madre, y con la conducta de privación de la visita se vulnera el derecho de uno de ellos a estar en compañía del menor en el periodo judicial o administrativamente determinado"²⁹.

A mi juicio, el razonamiento no resulta concluyente y no sólo por las razones que ha mencionado la jurisprudencia. En contra de la inclusión de los progenitores custodios estaría la idea de que frente a éstos que pueden ser autores de todas las conductas recogidas en el art. 225 bis del CP, los no custodios sólo podrían serlo de una de las modalidades. Ello supondría que un ataque idéntico al bien jurídico, el incumplimiento del régimen de visitas establecido, recibiría diverso tratamiento. En efecto, cuando el que impide su ejercicio es el custodio, éste responderá por el artículo 225 bis del CP. En cambio, cuando el no custodio no acude para cumplir con el régimen de visitas estipulado, su actuación no encaja en el art. 225bis del CP, pues ni sustrae, ni traslada y ni retiene. Y ello pese a ser conductas que poseen el mismo grado de lesividad. Finalmente, desde la óptica del bien jurídico del que se parte, el incumplimiento del régimen de visitas no tiene la misma gravedad que las conductas de privar a otro de la guarda y custodia. La relación con los progenitores, aun siendo importante, es sólo uno de los aspectos que integrarían el bienestar del menor. En cambio, la privación de la custodia pondría en riesgo todo el complejo de aspectos que integran el bienestar. Ciertamente la situación se plantea de forma distinta si estamos hablando de custodia compartida. Sin embargo, tampoco parecen que tengan la misma gravedad las conductas de sustracción o retención cuando se efectúan por alguien que ostenta la guarda, pues en este caso estamos ante una situación en la que el bienestar del menor no corre los mismos riesgos que cuando es sustraído por alguien que no es una persona adecuada para tener en su compañía el menor. En estas hipótesis serían suficientes las faltas de los arts. 618.2 y 622³⁰ del CP, al margen de que ello pueda, además, dar pie para replantear en el ámbito civil la asignación de la custodia del menor.

En cambio, en un voto particular de D. Francisco Viera Morante al auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2008 se estima que también puede ser sujeto activo el progenitor que en una crisis familiar y sin que haya todavía resolución judicial se lleva a los hijos³¹.

Según lo dispuesto en el apartado quinto del art. 225bis del CP, también pueden ser sujetos activos de este delito los ascendientes del menor (abuelos y bisabuelos) y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (hermanos propios, cónyuges de éstos, así como los del otro progenitor).

²⁹ Ibidem. En este sentido también, SJP Sevilla de 28 diciembre de 2007(ARP 2009\922).

³⁰ En este sentido, Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 24 de noviembre de 2008 (JUR 2009\118058).

³¹ Referencia Aranzadi 2009\11003.

En definitiva, estamos en presencia de un delito especial propio, puesto que sólo las personas en quienes concurran las características personales que se acaban de mencionar pueden ser sujetos activos³².

Los sujetos pasivos serían los menores de edad que se encuentren unidos a los sujetos pasivos por determinados vínculos de parentesco. En efecto, dado que los sujetos activos de este delito no sólo lo son los progenitores sino también los ascendientes y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, el sujeto pasivo podrá serlo el hijo, el nieto, el bisnieto o el sobrino, según quién sea el sujeto activo del delito.

Además, en la doctrina es habitual destacar que no todo menor de edad podría ser sujeto pasivo. Así, no plantea problemas el reconocimiento de que no pueden ser sujetos pasivos de este delito los menores de edad que estén emancipados³³. En la medida en que, en virtud de lo dispuesto en el art. 169 del CC, la patria potestad se extingue, entre otras razones, por emancipación del menor, y que cuando se da ésta, el menor ya no tiene que vivir con los progenitores, siendo así que ésta convivencia constituye el presupuesto de aplicación del art. 225bis del CP, el menor emancipado queda fuera del tipo. Y ello aunque en algunos casos pueda convivir con su progenitor, el menor emancipado puede regir su persona y sus bienes como si fuera mayor y, en consecuencia, si se le extrae del área de convivencia con un progenitor no se estaría dando esta figura dada su capacidad para decidir sobre su bienestar personal.

Algunos autores estiman que la anterior restricción del círculo de sujetos pasivos es insuficiente, señalando que sería conveniente dar un paso más. Para Lloria es “evidente que el artículo 225bis del CP se está refiriendo a un niño de corta edad que no es capaz de decidir por sí mismo el lugar que quiere ocupar en el espacio, pues en otro caso, estaríamos, bien en presencia del segundo párrafo del artículo 224 del CP que precisa de alguna manera el consentimiento del menor, bien en presencia de un delito de detenciones ilegales”³⁴. Para concretar qué se entiende por hijo menor señala que es preciso “atender a

³² Así, Díez Ripollés, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1200; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed., 2005, p. 433; LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 47. En cambio, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, p. 545, entiende que estamos ante un delito especial impropio si bien no hace referencia a cuáles podrían ser los preceptos que infringiría quién no reúna las características exigidas en el tipo para ser autor. Sin pronunciarse sobre la índole del delito especial, 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, p. 14.

³³ En este sentido, Díez Ripollés, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1199; GUARDIOLA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, pp. 90 y s.; LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 50; 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., p. 15.

³⁴ LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 47. Ya con anterioridad 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., p. 14, había destacado 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

la capacidad del menor para decidir sobre un asunto tan delicado como es elegir con quien quiere convivir: con su padre o con su madre". Pero, reconociendo que esta idea deja muy indeterminado el concepto de hijo menor, se inclina por concretarlo atendiendo "a la madurez del menor a partir de los 12 años y tener siempre en cuenta su juicio desde los dieciséis"³⁵.

A mi entender, la delimitación de los sujetos pasivos con la referencia a que se trate de un menor de 18 años que, como hemos visto, no debe estar emancipado, resulta adecuada. Y ello porque, por una parte, permite abarcar a cualquier menor que, aun cuando se encuentre en la franja de arriba (14-18), no tenga capacidad de decidir por ser incapaz o por sus características tenga especiales problemas para abordar la cuestión de con quién quiere vivir, de tal modo que sus decisiones reflejan una actitud poco racional. Ciertamente cabría pensar que ello se logra al precio de incluir en el tipo a los demás menores que sí que pueden contar con el raciocinio suficiente como para tomar una decisión sobre este tema³⁶. Sin embargo, si se tiene presente que la atribución de la custodia se ha de hacer en interés del menor que en esta materia se identifica con el bienestar de éste y que de cara a su determinación es preciso tomar en consideración la opinión del menor que cobra más relevancia a medida en que va teniendo mayor capacidad de juicio, no se dará el tipo por falta de peligrosidad de la acción allí donde el progenitor traslada a su hijo que ya no quiere vivir con el otro y que ya presenta una capacidad de juicio para tomar esta decisión.

En cambio, existe acuerdo en que el tipo no permite que puedan ser sujetos pasivos los hijos mayores incapaces³⁷, lo que, no obstante, ha sido objeto de crítica por algunos autores³⁸.

de las relaciones familiares con sus padres". Aun cuando en su opinión el art. 225 bis se va a dar esencialmente en casos de menores de corta edad, no obstante aclara -ibidem. p. 15- que "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 sus padres o por las autoridades encargadas de decidir sobre su situación, sin embargo no cabe excluir en modo absoluto tal posibilidad", citando el ejemplo de un adolescente retraído y con poca capacidad de iniciativa que es trasladado a vivir a otro lugar por el progenitor no custodio.

³⁵ 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. 48 y s.

³⁶ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1199, estima que la fijación del límite en los 18 años suscita "serias dudas" y ello porque, a su juicio, no parece acorde con el principio de intervención mínima el castigo de aquellas situaciones en las que "el menor no emancipado se encuentre en los tramos más altos de la minoría de edad, por ejemplo, entre los 15 y los 18 años, y consienta el traslado o retención fuera de su área de guarda material". Aquí estima el autor que a lo sumo cabría apreciar una atenuante por analogía con la eximente incompleta de cumplimiento de un deber.

³⁷ Así, por ejemplo, LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 50; GUARDIOLA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 90; CASTIÑEIRA PALOU, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2006, p. 169; CUGAT MAURI, en AAVV, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. I., 2004, p. 576.

³⁸ LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 50, señalando que "parece como si los padres que no tienen la custodia del incapaz nunca fueran a apartarlo de su lugar habitual de residencia o nunca fueran a reclamarlo en caso de traslado ilícito lo que, evidentemente, no tiene que ser así y pone de manifiesto un olvido del legislador altamente criticable".

4. La conducta típica

La conducta típica consiste en sustraer al menor de edad de manera injustificada. El apartado segundo del art. 225bis del CP 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”.

Lo primero que llama la atención es que, al ofrecer un concepto legal de sustracción, mientras en la alternativa del traslado se hace referencia a que éste 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 administrativa.

Por regla general, la doctrina se limita a notar que mientras la primera modalidad requiere la falta de consentimiento del progenitor con el que el menor vive habitualmente, la segunda exige una resolución que, a juicio de DÍEZ RIPOLLÉS, vendría a sustituir la referencia a la ausencia del consentimiento³⁹.

El primer problema que se ha planteado la jurisprudencia es si la conducta típica siempre presupone una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia. Para dar respuesta a esta cuestión la jurisprudencia ha tomado como punto de partida 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"⁴⁰.

A partir de aquí, la jurisprudencia ha optado por interpretar que el tipo exige la existencia de una resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia⁴¹. “La aplicación e

³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1205.

⁴⁰ Así, Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Girona de 17 diciembre de 2004 (JUR 2005\66705); Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 marzo de 2007 (JUR 2007\125686); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 junio de 2007 (JUR 2007\259429); Auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 octubre de 2007 (ARP 2007\698).

⁴¹ 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, p. 17, ya se había pronunciado en este sentido. En efecto, tras señalar que en principio la modalidad del traslado no requiere una resolución judicial, señala que esta circunstancia “supone dejar en manos de los miembros de una pareja con conflictos por la custodia de los niños una poderosa arma, como es el recurso al Derecho penal, que puede usarse para amenazar al otro miembro de la pareja que no se aviene a complacer los intereses en relación con la custodia de los hijos menores”. De ahí que añada que “para dotar de una mínima seguridad jurídica a los sujetos involucrados en esta clase de situaciones, y evitar que los Juzgados de lo Penal se conviertan en el foro para las discusiones de pareja en cuya base está el

interpretación del precepto del apartado 2.1º, debe realizarse, entendiéndose que se requiere una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no sólo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del núm. 1, que se refiere al traslado. El legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y sólo exige expresamente en este segundo apartado la existencia de una resolución judicial o administrativa, lo que parece excluir en el primero. Pero esta interpretación resulta excesivamente amplia, y no casa con las exigencias del derecho penal, y sobre, todo se contradice por la propia Exposición de Motivos de cuyo tenor se deduce la necesidad de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia del menor”⁴².

En aplicación de esta doctrina, la jurisprudencia entiende que no se realiza el tipo allí donde, pese a haberse dictado unas medidas provisionales en las que se asigna la custodia a uno de los progenitores, éstas no se encuentran vigentes al tiempo de la sustracción por haber transcurrido los plazos legales, ya sea por no haberse presentado demanda de divorcio en el plazo de un mes desde que se acordaron o bien porque no se han ratificado en el plazo máximo de dos meses⁴³. A la misma conclusión se llegó en un caso en el que la atribución provisional de la custodia tuvo lugar en un procedimiento de faltas. En este caso se trataba de un menor que, tras separación de sus padres, vivía con la madre primero y luego se quedó con sus abuelos maternos, muriendo poco después su madre. El menor seguía con sus abuelos maternos, a quien provisionalmente se les había otorgado la custodia. En una de las visitas del padre, éste se lo lleva a Londres. La sentencia razona lo siguiente: “es cierto que en el juicio de faltas [...] se dictó un auto el 31 de marzo de 2000 en el que [...] se ratificó la atribución provisional de la guarda y custodia del menor a su abuelo materno "en tanto se resuelve definitivamente sobre el citado particular en la sentencia correspondiente". Ese procedimiento acabó por sentencia dictada el 20 de septiembre de 2000 en la que se acordó el mantenimiento de las medidas cautelares en tanto proseguía la ejecución de la causa o eran sustituidas por los procedimientos civiles en curso. Pero esos procedimientos civiles en abril de 2003 no habían supuesto que se atribuyese al abuelo materno la custodia del menor, sin que sea posible que una medida

desacuerdo por la custodia de los hijos, convendría exigir, en la práctica aplicativa de este precepto, que se haya instado previamente una decisión en la vía civil en la que se decida sobre la custodia de los niños, y que sólo cuando esa resolución resulte incumplida por alguno de los miembros de la pareja, entre en juego el recurso al Derecho penal”.

⁴² En estos términos se expresa el Auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 octubre de 2007 (ARP 2007\698). En el mismo sentido, Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 (JUR 2004\28705); Auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 junio de 2004 (JUR 2004\244717); Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Girona de 17 diciembre de 2004 (JUR 2005\66705); Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 marzo de 2007 (JUR 2007\125686); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 junio de 2007 (JUR 2007\259429); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 junio de 2007 (JUR 2007\89850); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 14 marzo de 2006 (JUR 2006\197106); Auto de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 septiembre de 2006 (JUR 2007\167535); Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, de 9 de julio de 2009 (ARP 2009/911); AAP Barcelona (Sección 5), de 12 noviembre (ARP 2010\182); Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. (Sección 2), de 14 octubre (Referencia Aranzadi ARP 2009\146).

⁴³ Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 marzo de 2008 (JUR 2008\134908).

cautelar adoptada en un procedimiento de juicio de faltas se extienda como tal medida cautelar más allá de la duración del propio procedimiento. Por ello [...] cuando ocurrieron los hechos la estancia del menor con sus abuelos maternos era una simple situación de hecho, no reconocida judicial ni administrativamente y que por tanto el traslado del menor por su padre no supone la realización de la conducta tipificada. [...] Nos parece que una interpretación lógica, sistemática y no extensiva del artículo, como se impone en derecho penal, no permite considerar cometida la conducta tipificada cuando, como ocurrió en el presente caso, el padre traslada al menor sin tener el consentimiento de los abuelos, con los que convivía el menor por una simple delegación de la madre del menor, que había fallecido tras encomendar a sus padres el cuidado de su hijo”⁴⁴.

La interpretación jurisprudencial supone que no cabe fundamentar la realización del tipo del art. 225bis del CP allí donde lo que existe es una mera guarda de hecho⁴⁵.

En definitiva, ello supone excluir del tipo los supuestos en los que el traslado del menor se produce allí donde no hay acuerdo de los progenitores sobre la custodia y uno de ellos se lo lleva consigo sin el consentimiento del otro. Sin embargo, algunos defienden la tipicidad de estos comportamientos⁴⁶. Así, en un voto particular Francisco Viera Morante fundamenta esta tesis con los siguientes argumentos:

- 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

⁴⁴ Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 septiembre de 2006 (JUR 2007\196498).

⁴⁵ En un caso de una adolescente de Tinduf (Argelia) que se encontraba en régimen de acogimiento temporal por familia española para que estudiara en España, al cabo de varios años durante las vacaciones de Navidad la chica se fue a visitar a su familia sin que regresara. La familia de acogida denunció al padre de la chica por sustracción de menores. El Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cuenca de 26 de mayo de 2004 (Referencia Aranzadi JUR 2004\174518) establece que la conducta del padre “no puede ser considerada como constitutiva de un delito de sustracción de menores ... pues ... ha quedado acreditado que los denunciados Julián y María Inmaculada 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”.

⁴⁶ CAMARERO GONZÁLEZ, «Contribución de Derecho comparado a la interpretación del delito de sustracción parental de menores», *Revista del Poder Judicial*, nº 83, 2006, p. 44; Voto particular al auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2008 (Referencia Aranzadi 2009\11003).

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 referencia a la resolución judicial o administrativa del nº 2º del artículo 225.2 del CP está justificada, pues es imprescindible para la definición de la sustracción en este caso, ya que sin un mandato de una autoridad no podría hablarse de una "retención" ilegítima. Sin embargo el nº 1º no menciona esa resolución, pues no es necesaria, bastando la ausencia de consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, situación que se produce cuando fuera uno de los que, hasta el momento del traslado a otro lugar del menor, mantenía esa convivencia con el menor"⁴⁷.

En mi opinión, este planteamiento no resulta convincente y conduce a situaciones indeseables. El bienestar personal del menor lo fijan los progenitores y cuando se producen desavenencias y se rompe la convivencia familiar, ese interés deben fijarlo los jueces. En caso de ruptura de la convivencia familiar y de discrepancia sobre quien debe tener la custodia de los menores, deben ser los jueces los que, tras estudiar la situación, deben fijar con qué progenitor está mejor atendido el bienestar personal del menor, atribuyendo en consecuencia la custodia. Hasta que esto no suceda, es irrelevante si el menor permanece con el progenitor que conserva el domicilio en el que hasta ese momento se ha desarrollado la convivencia familiar o acompaña al que lo abandona. Afirmar que el bienestar personal del menor está mejor garantizado con el progenitor que conserva el domicilio familiar es tan arbitrario como considerar que lo está con el que lo abandona. De hecho en ocasiones el bienestar del menor será mayor con el que permanece en el domicilio y en otras con el que lo abandona. Criminalizar al que abandona el hogar llevándose al hijo supone considerar que el bienestar personal del menor está mejor garantizado con el que no abandona el hogar familiar, lo cual carece de toda base lógica. En estas situaciones sólo cabe decir que no está claro con quién está mejor garantizado el bienestar del menor y, en consecuencia hay que esperar a que lo decida un tercero.

En segundo lugar, la jurisprudencia viene exigiendo que las conductas tanto de traslado como de retención supongan privar definitivamente del menor al custodio. "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

⁴⁷ Voto particular al auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2008 (Referencia Aranzadi 2009\11003).

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. Por ello no deben confundirse las conductas que castiga el delito del art. 225 bis del 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"⁴⁸.

El Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 noviembre de 2004 señala que el tipo exige "sustraer, no basta con prolongar una custodia temporal, y es preciso que la sustracción sea ignorada por el otro progenitor o que dure más de 24 horas. Ello es lógico, pues no es lo mismo arrancar al menor de su centro principal de vida que prorrogar su presencia en un centro secundario donde también tiene lugar su vida, y no es equiparable el ánimo de privar definitivamente de la presencia del menor que el de ampliar temporalmente su presencia en otro lugar donde también puede estar aunque se quiebren los plazos legales, ni es lo mismo la angustia de quien no sabe qué ha sido de su hijo que la ira, aunque sea justa ira, de quien ve burladas unas medidas acordadas judicialmente"⁴⁹.

Efectuadas estas consideraciones generales, vamos a pasar al análisis de cada una de las modalidades de sustracción. La primera consiste en el traslado del fuera de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con el que conviva habitualmente.

El traslado requiere que el menor sea llevado a un lugar de residencia distinto al que había fijado el progenitor custodio, lo que traerá como consecuencia que éste ya no pueda ejercer la patria potestad. El desplazamiento no tiene por qué hacerse desde el lugar de residencia, pudiendo hacerse desde el sitio donde se encuentre temporalmente el menor con

⁴⁸ Así la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007\125686). En este sentido también la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 noviembre de 2005 (JUR 2006\222393); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 marzo de 2008 (JUR 2008\134908); Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 diciembre de 2007 (JUR 2008\126888), Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 noviembre de 2006 (JUR 2007\165456); Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 noviembre de 2006 (JUR 2007\165456); Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 24 de noviembre de 2008 (JUR 2009\118058); Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, de 9 de julio de 2009 (ARP 2009/911); la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 27 de enero de 2009 (JUR 2009/192927); Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 enero de 2009 (JUR 2009\142996).

⁴⁹ Referencia Aranzadi JUR 2005\268254.

autorización del titular de la guarda (colegio, casa de amigos o familiares, parque infantil, etc.)⁵⁰. No se dará el tipo cuando lo que se hace es cambiar el lugar donde temporalmente se encuentra el menor con el consentimiento del titular de la guarda por otro sin que éste lo haya autorizado. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que los titulares del campamento de verano deciden el traslado de un menor a otro campamento sin contar con la autorización de los padres debido a que por error han admitido más alumnos de los que pueden atender. En la medida en que no se pretende sustituir su domicilio por otro no se dará el tipo sin perjuicio de castigar el hecho por otros preceptos⁵¹.

No se dará el tipo ni cuando es el menor el que por iniciativa propia abandona su lugar de residencia, ni cuando lo que se hace es inducirlo a dejarlo (art. 224 del CP) o se le facilitan medios para que lo haga. Ahora bien, cuando se induce al abandono para que se vaya a vivir con el inductor, aun cuando no podamos afirmar la conducta de traslado si el menor se desplaza solo, no obstante, cabrá acudir a la modalidad de retención.

El traslado se ha de hacer sin el consentimiento del progenitor que ostenta la guarda y custodia o de las personas o entidades que la tengan atribuida (padres, tutores, acogedores residenciales o familiares, etc.)⁵².

La segunda modalidad 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 custodio⁵³. Normalmente se dará cuando aquél que tiene consigo al menor en virtud del régimen de visitas estipulado no lo devuelve⁵⁴.

No obstante, el precepto alude a que se ha de hacer con infracción grave de lo estipulado en la resolución. A mi juicio, con ello se pretende aclarar que no basta con un mero incumplimiento del régimen de visitas (por ejemplo, se devuelve al menor un día después sin justificación) sino que esa retención debe suponer una voluntad de sustituir el domicilio del menor, poniendo de manifiesto que a partir de ese momento será el sujeto activo el que se va a ocupar de la custodia.

⁵⁰ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, pp. 1201 y s.

⁵¹ Cabría acudir en este caso a la figura contemplada en el art. 231: “el que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses”.

⁵² Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1202 y s. Para PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, p. 547, señala que en la medida en que la conducta típica exige la ausencia de consentimiento de quien tiene confiada la guarda, ello supone poner “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 del menor, toda vez que lo relevante de la conducta de traslado es que concurra o no consentimiento y ello hace que se desdibuje el referente al bien jurídico protegido en el presente precepto”.

⁵³ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1204.

⁵⁴ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1204.

En cambio, otros autores interpretan que también se dará el tipo cuando se retiene “al menor más allá de la conclusión del periodo de compañía al que están autorizados de acuerdo al régimen de visitas establecido judicial o administrativamente”⁵⁵.

La referencia a sin causa justificada la interpretan muchos autores como una mención superflua de la posibilidad de que concurran causas de justificación⁵⁶. En cambio, otros estiman que con ella se está aludiendo a una causa de atipicidad⁵⁷. En mi opinión, es preferible este último entendimiento. Estamos ante una figura de peligro concreto para el bienestar personal del menor. En estas hipótesis tenemos una resolución judicial o administrativa que, tras un análisis de todas las circunstancias que rodean al menor, ha llegado a la conclusión de que el bienestar personal de un menor está mejor garantizado por uno u otro progenitor o incluso ha descartado a los dos, estimando mejor que esté con terceras personas o en manos de 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 y serio para el bienestar del menor. Sin embargo, este peligro puede estar de antemano excluido porque la situación que dio pie a la resolución judicial o administrativa haya cambiado, de tal manera que la actuación del no custodio o de sus parientes no sólo no genere un riesgo para el bien jurídico sino que justamente lo que hace es evitarlo. Piénsese en aquellas situaciones en las que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y al cabo de un tiempo éste incumple gravemente sus deberes para con su hijo. Son numerosos los casos que cabe imaginar: graves adicciones a drogas del progenitor custodio, abandono del menor, grave enfermedad psíquica o física, ingreso en prisión, malos tratos, abusos sexuales, etc. En hipótesis como éstas el Derecho penal no es que justifique al que se haga cargo del menor sino que no prohíben conducta que lejos de suponer un riesgo para el bien jurídico, suponen una mejora del mismo.

La jurisprudencia ha destacado que “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

⁵⁵ Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1205; 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, p. 19; LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, pp. 54 y s.

⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1209; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed., 2005, p. 33.

⁵⁷ Así, para MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial.*, 17ª ed., 2009, pp. 304 y s., con esta referencia queda claro 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 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. El consentimiento excluye naturalmente también la tipicidad de la conducta”. Para GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed., 2005, p. 433, “se ha querido ampliar aquí, más allá del ámbito estricto de las causas de justificación, las razones que pueden excluir el carácter injusto del comportamiento, de tal manera que, por ejemplo, podrán cumplir este efecto circunstancias que no serían capaces de integrar plenamente” las causas de justificación existentes.

podría producirse un efecto negativo incompatible con el espíritu y finalidad del dicho precepto penal”⁵⁸.

Al margen de si estamos ante una referencia a las causas de justificación o a las de atipicidad⁵⁹, lo cierto es que en ocasiones los tribunales utilizan esta referencia para dejar impunes a progenitores no custodios que han trasladado o retenido al menor. Así, en el caso de una pareja divorciada de bolivianos en el la madre tenía la custodia del hijo y el padre, al saber por su cuñada que el hijo lo solían cuidar sus abuelos maternos y que éstos tenían intención de llevárselo a Bolivia, y estimando que por su edad los abuelos no estaban en condiciones de cuidarlo adecuadamente, lo trasladó hasta su domicilio. A continuación denunció la situación a la Guardia Civil que a su vez la puso en conocimiento de la Fiscalía. Tanto la Guardia Civil como la Fiscalía acordaron que temporalmente el niño se mantuviera con el padre hasta que se esclareciera judicialmente el caso. El Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de diciembre de 2006 estima que “no hay motivo para seguir la investigación del delito previsto en el art. 225 bis del CP pues se observa que los actos supuestamente ejecutados por el denunciado son equívocos: no hay evidencias de que pretendiera apoderarse definitivamente de su hijo ya que su interés fue evitar que aquél fuera sacado de España por su abuelo materno teniendo conocimiento de dicho hecho por la propia tía materna del menor que le llamó a tal fin; pero es que, además, el denunciado compareció con el niño ante la guardia civil de su domicilio para poner en conocimiento que estaba en su compañía e informada la Fiscalía del TSJ de tal circunstancia aconsejó que continuara provisionalmente bajo su guarda y custodia hasta que resolviera la autoridad judicial competente. Es por ello que no concurre la exigencia del tipo del art. 225 bis cuando habla [...] del progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”⁶⁰.

Asimismo se ha considerado justificado que la madre se lleve a sus dos hijos a Marruecos para vivir con los abuelos maternos debido a la situación de angustia económica en la que vivían, pues el padre casi nunca abonaba ni las pensiones de alimentos ni la compensatoria⁶¹. De todos modos en este caso, faltaría además el requisito de que el sujeto activo no sea el progenitor custodio.

En otro caso se consideró justificado que la madre retuviera en Sevilla a su hijo quien estaba con ella en las vacaciones de verano en cumplimiento del régimen de visitas estipulado por los tribunales franceses quienes habían atribuido la custodia al padre, que residía junto a su hijo en Francia. La retención se produjo porque el hijo deseaba vivir con la madre y se negaba a volver con el padre, alegando que el padre lo maltrataba

⁵⁸ Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de junio de 2007 (Referencia Aranzadi JUR 2008\17336).

⁵⁹ De “exigencia típica” habla la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de junio de 2007 (Referencia Aranzadi JUR 2008\17336). El Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2005 (referencia Aranzadi JUR 2006\214475) señala que “el Art. 225. bis establece que la sustracción del menor no obedezca a una causa justificada, para que la conducta resulte típica”.

⁶⁰Referencia Aranzadi JUR 2007\89850.

⁶¹Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 20 de enero de 2005 (Referencia Aranzadi JUR 2005\146449).

verbalmente y que su hermano mayor de edad ya no vivía en el domicilio paterno. Asimismo en sendos informes periciales se acreditaba que el niño tenía capacidad para entender lo que hacía y que presentaba síntomas de pequeños trastornos como angustia ante la situación y el futuro que le esperaba⁶². Finalmente, se consideró que había causa justificada en una situación en la que la madre tenía la custodia de dos menores que por un problema de salud envió los niños a vivir con sus abuelos paternos. Durante una visita de éstos al padre, éste decide retenerlos y solicitar que se modifique el régimen de custodia con el objeto de que se le atribuya a él, lo que finalmente sucedió⁶³.

5. Tipos agravados de sustracción internacional

El art. 225bis.3 del CP contempla dos circunstancias de agravación. En efecto, la pena prevista para la sustracción de menores se impondrá en su mitad superior en los casos en que el menor haya sido trasladado fuera de España, así como en las hipótesis en las que se haya impuesto una condición para su restitución.

El fundamento de la agravación por traslado fuera de España radica, según el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre de 2003, en “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”⁶⁴. Esto, según Díez RIPOLLÉS, incrementará el contenido de injusto porque “va a incrementar notablemente la duración de la conducta antijurídica propia de un delito permanente y, en todo caso, la lesión del bien jurídico”⁶⁵.

En la medida en que en esta variante se alude al traslado del menor fuera de España, Díez RIPOLLÉS estima que el tipo de agravado no es aplicable a la modalidad de conducta de la retención⁶⁶. En mi opinión, esta idea es cuestionable, pues en los tipos agravados las circunstancias de agravación puede formar parte de la acción base (piénsese en la alevosía en el asesinato) o ser posteriores a ésta (así sucede en los tipos compuestos). Pues bien, cabría argumentar que no es lo mismo retener en España que primero realizar esta conducta y pasado algún tiempo sacar al menor de nuestro país, incrementando con ello el riesgo para el bien jurídico. Es indiferente si la conducta base se colma con el traslado o con la retención. En el primer caso la conducta base coincide con la del tipo agravado. En el segundo primero se retiene y a continuación se incrementa el riesgo alejando al menor de España. En cambio, no se daría el tipo agravado allí donde la conducta de retención tiene lugar fuera de España y luego hay un traslado de país. Piénsese en el que ha recogido en nuestro país a su hijo para pasar las vacaciones con él por estar así regulado en el convenio regulador y lo traslada a Francia que es donde reside. Transcurridas las vacaciones decide

⁶²Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004\205002).

⁶³ Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida de 22 de junio de 2005 (JUR 2006\214620).

⁶⁴ Referencia Aranzadi JUR 2004\28705; Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. (Sección 2), de 14 octubre (Referencia Aranzadi ARP 2009\146). En este sentido, Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1212.

⁶⁵ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1212.

⁶⁶ Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1212.

no restituirlo y asumir su custodia. Si luego lo traslada a un tercer país, no cabría apreciar la agravación por que no saca “fuera de España”.

La jurisprudencia niega la existencia de este tipo en los casos en los que el progenitor custodio se traslada con los hijos a otro país⁶⁷.

Por lo que se refiere a la otra variante, la imposición de una condición para su restitución, aquí la razón de la agravación habría que situarla en la existencia de una especie de amenaza. Aunque técnicamente no hay delito de amenazas, puesto que se está anunciando un mal delictivo (la persistencia en la sustracción de menores) que no se contempla en el art. 169 y que está sujeto a una condición (por ejemplo, la reanudación de la relación matrimonial), lo cierto es que con esta conducta se trata de distorsionar el proceso de deliberación del progenitor custodio.

6. Consumación y formas imperfectas de ejecución

El tipo del art. 225 bis del CP quedará consumado allí donde el menor es trasladado hasta su nueva residencia y en el caso de la retención allí donde, llegado el momento de la restitución a quien tenga la custodia legalmente, no lo hace. Y ello con el fin de asumir la custodia del menor⁶⁸. En efecto, si la pretensión del sujeto es pasar un poco de tiempo con el menor y no atribuirse la guarda, en este caso no se habrá consumado este tipo sino alguna de las faltas de los arts. 618.2 y 622 del CP.

La admisión de las formas imperfectas no plantea problemas en este delito aun cuando en alguna resolución judicial se haya dicho que la exención de pena prevista en el apartado

⁶⁷ Así lo indica el Auto de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 febrero de 2008 (Referencia Aranzadi JUR 2008\135716) en el siguiente caso: “en las Navidades de 2007 la madre, con el conocimiento y consentimiento del padre, se traslada a México con las niñas para pasar tales fiestas en tal país, que es el de origen o nacimiento de la denunciada, la cual decidió fijar allí su residencia y de sus hijas, en el domicilio de los abuelos maternos. Decisión que participó al denunciante, mediante burofax que le remitió en diciembre de 2007, facilitando las señas de su nuevo domicilio y el colegio privado al que las niñas asistirían, así como el nombre, teléfono y domicilio de su abogada.

Hechos los expresados que no son constitutivos del delito de sustracción de menores denunciado, pues tal sustracción, en dicción legal del artículo 225 bis del Código Penal, 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 estuviere confiada su guarda y custodia”. Presupuesto integrante del tipo que no se dan en el caso objeto de este procedimiento, pues es el progenitor custodio el que decide un cambio de residencia y facilita esta al progenitor no custodio.

No siendo tampoco tales hechos constitutivos de ninguna otra infracción penal, pues si bien es cierto que el cambio de residencia y su establecimiento en otro país, representa una incidencia en el ejercicio de la patria potestad por parte del padre y en el régimen de visitas establecido a favor del mismo, tal incidencia, por si sola, carece de relevancia penal, pues, en principio, es expresión, reflejo y consecuencia de una relación jurídico privada de naturaleza paterno- filial, cuya protección compete a la jurisdicción civil, a quien han acudido tanto la denunciada, instando modificación de medidas definitivas que, con el número de autos 898/07, se sustancia ante el Juzgado de Primera Instancia 7 de Collado-Villalba, como el denunciante, promoviendo procedimiento de ejecución forzosa en procesos de familia que, bajo el número de auto 8/08, ha sustanciado tal órgano judicial, el cual ha estimado únicamente su pretensión en lo que concierne al régimen de visitas, pero no en cuanto a la atribución de la custodia de sus hijas que también solicitó”

⁶⁸ Para Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1211, la consumación exigiría “la asunción por el sustractor en un grado lo suficientemente relevante como para adquirir trascendencia típica”.

cuarto del art. 225 bis del CP tiene repercusiones sobre esta cuestión, pues, a su juicio, tal “exención impide la admisión de formas imperfectas de ejecución”⁶⁹.

El hecho de que se haya previsto una exención de pena para las sustracciones que no hayan excedido de las 24 horas no significa que toda sustracción que haya durado menos sea impune y, en consecuencia, como en la tentativa no se excede en modo alguno este plazo nunca cabría el castigo de las formas imperfectas. Y ello porque el delito consiste en sustraer a un menor sin causa justificada. Cabe pensar en las siguientes situaciones: Alguien no consigue trasladar al menor que estaba bajo la custodia del otro cónyuge porque es detenido en el aeropuerto; alguien coge un avión con su hijo y se instala en otra ciudad, pero devuelve a su hijo antes de que su ex-pareja lo denuncie; lo mismo que el anterior, pero lo devuelve dentro de las 24 horas siguientes a la denuncia; el mismo que el anterior pero lo devuelve. Pues bien, la exención no se vincula simplemente a que no hayan transcurrido 24 horas desde la denuncia de la sustracción sino a la realización de una serie de actividades que culminan en la entrega del menor al otro progenitor. Ello nada tiene que ver con la posibilidad de apreciar tentativa de delito. En efecto, el que es atrapado antes de poder iniciar el traslado del menor a otra ciudad está intentando cometer una sustracción de menores que finalmente no consigue por causas ajenas a su voluntad (en este caso por la acción de la policía) y no se puede beneficiar de la exención de pena porque ni ha devuelto al menor ni ha comunicado nada. La solución sería la misma que en el caso de quien sí ha conseguido trasladar al menor a otra ciudad y el mismo día que su ex-pareja ha interpuesto la denuncia es detenido por la policía, procediendo ésta a devolver al hijo a su ex-cónyuge. Aquí no cabría invocar la exención, puesto que, aun cuando no han transcurrido las 24 horas, ni ha habido comunicación ni devolución como exige el apartado 4 del art. 225 bis del CP.

En conclusión, no existe obstáculo alguno para apreciar la tentativa.

En cambio, no se ha previsto el castigo de los actos preparatorios en esta figura. En consecuencia, conductas del progenitor no custodio de compra de billetes de transporte o de acondicionamiento de la habitación para cuando traslade a su hijo, solicitud de preinscripción en el colegio, etc. no son punibles⁷⁰.

7. La excusa absoluta

El artículo 225bis.4 del CP establece una exención de pena para los supuestos en los que “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”.

⁶⁹ Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de junio de 2007 (Referencia Aranzadi JUR 2008\17336).

⁷⁰ En este sentido, haciendo referencia a los dos primeros ejemplos, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*. PE., t. II., 2004, p. 1211.

La doctrina se inclina por reconocer que estamos ante una excusa absolutoria⁷¹ si bien TORRES FERNÁNDEZ estima que se trata de una causa de atipicidad. A mi juicio, constituye una excusa absolutoria que viene a contemplar una especie de desistimiento de un delito de peligro. Mientras en un delito de lesión, si el autor evita ésta voluntariamente quedará impune por desistimiento, la configuración de un delito de peligro hace que, en principio, se reduzcan las posibilidades de desistir, dado que no hay que esperar hasta la lesión. Esto a veces el legislador lo compensa creando regulaciones que conceden la impunidad cuando el autor con su conducta ha evitado que el riesgo que ha creado llegue a plasmarse en la lesión del bien jurídico.

Asimismo en el párrafo segundo de este mismo apartado 4 se ha previsto una atenuación de la pena para las hipótesis en las que el sustractor efectúa la restitución “sin la comunicación a que se refiere el apartado anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción”. En este supuesto la pena es de prisión de seis meses a dos años.

Finalmente en el último inciso de este apartado 4 se fija una regla para el cómputo de los plazos, indicando que éstos “se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción”.

En cuanto al fundamento, el sujeto que renuncia a quedarse al menor y lo reintegra al titular de la custodia, evita con su comportamiento que el riesgo creado pueda llegar a causar la lesión del bien jurídico. Supuesto similar al desistimiento de una tentativa que hay que tipificar expresamente, puesto que al adelantar las barreras de protección, el hecho ya está consumado, aun cuando todavía no se ha lesionado el bien jurídico, de tal modo que con su conducta el sujeto lo evita⁷².

Para DÍEZ RIPOLLÉS, la denuncia constituye un requisito imprescindible para que se pueda apreciar la excusa absolutoria, puesto que únicamente entonces se pueden empezar a computar los plazos fijados en esta excusa absolutoria. En mi opinión, no hace falta que se haya puesto una denuncia para que se pueda aplicar la eximente. En realidad, ésta es perfectamente compatible con la no presentación de la denuncia, pues ésta sirve sólo para fijar el plazo máximo de devolución del menor para que ésta traiga consigo la exención de pena. Efectivamente, a partir de la denuncia no pueden haber transcurrido los plazos fijados en el art. 225bis del CP. Esto significa que mientras no se ha presentado la denuncia, no empezarán a contar los plazos que, una vez agotados, impiden ampararse en las exenciones y atenuación previstas en el apartado que comentamos⁷³. Al optar por el

⁷¹Así, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1211; LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 60; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed., 2005, p. 433; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial.*, 17ª ed., 2009, p. 305.

⁷²Para DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1215, se trataría de “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”.

⁷³Por ello está acertadamente apreciada la eximente de pena por el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de abril de 2005 (JUR 2005\129771 para un caso en el que se avisa al progenitor de la entrega, se le lleva el hijo y a continuación se interpone la denuncia, pues ha existido la

momento de la presentación de la denuncia y no de la realización de la conducta típica (traslado o retención) para iniciar el cómputo de los plazos mencionados en este precepto se consigue ampliar las posibilidades de conseguir la impunidad, pues esa denuncia puede haberse realizado bastantes días después (piénsese, por ejemplo, en los casos en que el progenitor custodio trata primero de ponerse en contacto con el otro y convencerlo para que acceda a devolverle al menor, donde esas gestiones se prolongan días e incluso semanas y sólo al ver lo infructuoso de ellas se decide por denunciar el hecho). Con ello se trata de incentivar al sujeto activo para que desista de su propósito, lo cual tiene indudables ventajas para todos los intervinientes, puesto que posibilita una solución negociada que, por un lado, permitirá al progenitor custodio recuperar al hijo menor evitando los riesgos que para éste puede suponer la actuación de las autoridades si el otro no cede, y para éste último también puesto que quedará exento de sanción o, en el peor de los casos, la pena quedará atenuada.

Como ha destacado DÍEZ RIPOLLÉS, es indiferente de quien provenga la denuncia. Ésta puede haberla interpuesto el titular de la custodia, fiscalía por medio de una querrela, cualquier persona o entidad que tenga conocimiento de la sustracción e incluso el propio menor⁷⁴. En efecto, la referencia a la denuncia en este apartado del art. 225 bis del CP no significa que estemos ante un delito de los que sólo son perseguibles a instancia de parte, lo que conllevaría simultáneamente una restricción del círculo de los denunciantes⁷⁵. En cambio, LLORIA estima que la denuncia constituye un requisito de perseguibilidad, de tal manera que este delito sólo se podrá perseguir si media denuncia. A mi entender, si en hechos relacionados con este tipo de delito como las faltas previstas en los arts. 618.2 del CP (infracción de obligaciones familiares que no constituya delito) y 622 del CP (infracción del régimen de custodia) no se establece ningún requisito de perseguibilidad, en un hecho mucho más grave (un delito que se castiga con pena de 2 a 4 años de prisión) no parece razonable configurar un obstáculo procesal. Que el propio precepto no está pensando en un requisito de procedibilidad lo acredita la circunstancia de que la denuncia sólo se menciona en una de las dos circunstancias que dan lugar a la apreciación de la excusa absoluta y no alude a las personas legitimadas para interponerla. En aquellos delitos⁷⁶ en los que se exige este requisito para su persecución se suele regular separadamente y, en todo caso, se enumeran las personas que pueden interponer la denuncia que, por regla

comunicación del lugar de estancia del hijo y notificación de entrega en el plazo de 24 horas desde la denuncia seguido de su efectiva puesta a disposición del otro progenitor. En el mismo sentido, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, p. 550, señala que la referencia a un plazo desde la presentación de la denuncia “puede dar lugar a situaciones en las cuales la comunicación del paradero del menor se produzca con anterioridad a la denuncia, en estos casos entendemos que a pesar del tenor legal que indica dicha comunicación debe hacerse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, es decir, a partir de que se haya producido la denuncia, entendemos que la comunicación previa convalida dicha exigencia, así como la voluntad de entrega inmediata del menor y su efectiva entrega, la cual no debe producirse dentro de dicho plazo legal”. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, pp. 1216 y s., parece terminar por rechazar el carácter “ineludible” de la denuncia para apreciar la eximente cuando más adelante señala que “el periodo en el que los sustractores podrán ampararse en la excusa absoluta se prolongará indefinidamente en el tiempo mientras no se tenga noticia de la sustracción ni exista la correspondiente denuncia”.

⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1215.

⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004.

⁷⁶ Piénsese, por ejemplo, en los arts. 201.1, 215.1 y 287.

general, son la víctima y su representante legal. Pero además, cuando hay víctimas menores de edad suele ser normal legitimar asimismo al Ministerio Fiscal.

A juicio de DÍEZ RIPOLLÉS, el precepto no debiera contentarse con la mera presentación de una denuncia, debiéndose iniciar el cómputo de los plazos a partir de la admisión de ésta. Y ello porque “la admisión permite una mínima actividad probatoria para descartar supuestos manifiestamente falsos”. A mi juicio, ésta cuestión no parece que deba tener incidencia en los requisitos de la excusa absolutoria. Lo dispuesto en el art. 225 bis del CP, como lo estipulado en cualquier otro precepto de la parte especial del Código penal, está pensado para los casos en los que alguien efectivamente haya realizado los comportamientos descritos en el apartado primero de este precepto. Y para esa situación se ha recogido una eximente de pena de la que se puede beneficiar el sujeto activo hasta los inicios del procedimiento para la persecución del hecho⁷⁷. Su finalidad, como antes vimos, es tratar por todos los medios de resolver el conflicto social derivado de la sustracción de un menor sin necesidad de recurrir al Derecho penal, permitiendo a las partes implicadas que puedan hacerlo hasta el inicio del procedimiento. No podría situarse ese momento mucho más allá porque si se conoce la identidad del sustractor, como acontecerá normalmente en estos casos, ya durante la instrucción se tendrá normalmente a disposición de la justicia al sujeto activo, lo cual implicará que ya ha sido devuelto el menor. Ciertamente el momento del inicio del cómputo podría haberse fijado en la consumación, como propone DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, desde el fundamento de la exención no puede tacharse de descabellado, puesto que la reducción de las posibilidades de eximirse de la pena puede conllevar un incremento del riesgo para el bien jurídico tutelado por parte de quien, transcurrido muy poco tiempo desde la sustracción, se ve irremisiblemente condenado no sólo a perder la custodia fáctica de su hijo sino también a acabar en prisión. En cambio, la ampliación del plazo permite poner fin a actuaciones poco reflexionadas sin que ello se vea impedido por la idea de que, de todas maneras, todo está perdido por tener que hacer frente a una pena de graves consecuencias para quien quiere tener consigo a su hijo (2 a 4 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad de 4 a 10 años). Y puesto que el precepto alude a que los plazos se computan “desde la fecha de la denuncia”, el legislador está dejando muy claro que ese momento es el de la presentación y no el de la admisión de ella.

De cara a la apreciación de la eximente son irrelevantes las motivaciones que hayan presidido la devolución del menor por parte del sujeto activo, no exigiéndose, a diferencia de lo que acontece con el desistimiento, que la restitución sea voluntaria, de tal manera que

⁷⁷ Desde la perspectiva del art. 225bis del CP, lo único relevante es la cuestión de si, dados los presupuestos del apartado 1, hasta cuando puede el sujeto activo devolver el menor y beneficiarse de la exención de pena. Y a partir de aquí se podrían dar diferentes respuestas: hasta transcurridos los plazos a contar desde la consumación como propone DÍEZ RIPOLLÉS, hasta el momento de la presentación de la denuncia o hasta la admisión de ésta. La opción por una u otra no tiene que ver, a mi juicio, con la falsedad o no de la denuncia sino con el fundamento de la exención.

cabrá apreciarla aun cuando el sujeto activo piense que es inminente su detención por la policía⁷⁸.

El apartado cuarto contempla dos modalidades de exención. La primera consiste en que la ausencia del menor de su lugar de residencia no haya superado las 24 horas. En este caso es necesario que el menor se haya puesto a disposición del progenitor custodio o de quien tenga legalmente atribuida la custodia. Esto se puede hacer directamente mediante su traslado físico hasta su lugar de residencia o bien indirectamente a través de su entrega a las autoridades para que éstas lo entreguen a los encargados de su custodia. Allí donde el sustractor acude a la policía y deja al menor en sus manos para que ésta lo ponga a disposición de los encargados de la custodia, si finalmente el menor llega a su lugar de residencia antes de que transcurran las 24 horas, se habrán cumplido todos los requisitos de la eximente que únicamente exige la ausencia de su domicilio no haya superado dicho plazo. La exigencia de la restitución directa⁷⁹ supone introducir en esta variante de la eximente un requisito que no está contemplado en la Ley y, además, se llega a resultados contrarios a los fines perseguidos con esta eximente que, como hemos visto, amplía los plazos enormemente para facilitar la entrega. A esta generosa configuración de la eximente se opone la introducción de requisitos que la restringen y que, además, no se recogen en ella.

La otra variante que, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, podemos denominar devolución anunciada, requiere que el sustractor comunique al progenitor o quien le corresponda legalmente su cuidado el lugar de estancia dentro de las primeras 24 horas a contar desde la denuncia siempre que este anuncio vaya seguido de la devolución inmediata.

El sustractor puede comunicar directamente al encargado de la custodia del menor el lugar donde éste se encuentra o bien puede hacerlo indirectamente a través de terceras personas⁸⁰. No obstante, en este caso el riesgo de que la noticia no llegue a su destinatario corre de su cargo. La eximente exige que, tras la comunicación, se efectúe la entrega, no fijando un plazo para ésta, pues se limita a decir que la restitución tiene que hacerse inmediatamente. A mi juicio, éste término habrá que interpretarlo de forma flexible en función de la mayor o menor distancia hasta el lugar de residencia del sujeto pasivo, la disponibilidad de medios de comunicación y circunstancias personales⁸¹. La inmediatez de la entrega se mantendrá en tanto no se hayan producido retrasos imputables al sustractor. Si no hay billetes de avión o sólo hay un vuelo semanal, la devolución seguirá siendo inmediata aunque el menor se haya entrega una semana después, ya sea por falta de pasajes, ya sea porque el único vuelo salía a la semana siguiente.

⁷⁸ En este sentido se manifiesta el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de abril de 2005 (JUR 2005\129771) cuando afirma que “el hecho de que el imputado manifieste que no sabía lo que iba a hacer con el menor si se le hubiese concedido asilo político en el país al que viajó con su hijo o las razones que haya tenido para regresar a España y entregar el hijo a su madre en nada influyen para que los hechos puedan considerarse no como delito”.

⁷⁹ Como, sin embargo, hace DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1218.

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1219.

⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1219. En el mismo sentido, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, p. 551.

Si se efectúa la comunicación, pero la entrega no es inmediata, el sustractor todavía tendría la posibilidad de acogerse a la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 4º.

En los supuestos de codeinlucencia esta eximente favorece únicamente a aquél o aquellos que hayan optado por la restitución. Si alguno se oponía y se ha hecho sin contar con él, en este caso la eximente se aplicará a aquellos que hayan decidido la restitución⁸².

Por último, el párrafo segundo del art. 225bis del CP contempla una atenuación de la pena para los supuestos en los que ni ha habido comunicación del lugar de la estancia del menor ni se ha devuelto en el plazo de 24 horas, pero se ha devuelto antes de que transcurran quince días desde la denuncia de la sustracción. La atenuación tiene un fundamento similar al desistimiento, pues aquí al tratarse de un delito de peligro se anticipan las barreras de protección y paralelamente se recortan las posibilidades de desistimiento, lo que se trata de contrarrestar con una atenuación para una conducta que evita que el riesgo generado pueda llegar a lesionar el bien jurídico.

En la doctrina se ha puesto de relieve que dado que en el art. 225bis del CP se contempla un tipo básico y otro agravado, se debería haber fijado una atenuación diversa en función del tipo de partida⁸³.

La restitución la puede efectuar el sustractor directa o indirectamente, sirviéndose de terceras personas. El plazo de los quince días hay que contarlos también aquí a partir de la fecha de la presentación de la denuncia⁸⁴.

8. Concursos y penalidad

Algunos autores, como DÍEZ RIPOLLÉS, estiman que los malos tratos, coacciones, detenciones y amenazas de escasa intensidad ejecutadas con el fin de que el menor acompañe al sustractor darían lugar a un concurso de leyes a resolver por consunción a favor de la figura contemplada en el artículo 225 bis del CP⁸⁵.

A mi juicio, el medio comisivo normal en esta figura es el prevalimiento de una situación de superioridad donde el sustractor aprovecha la circunstancia de la minoría de edad para conseguir que el menor no se oponga a la sustracción. Probablemente asista la razón a este autor cuando señala que pequeñas detenciones quedan consumidas en la figura. Piénsese en el padre que a la salida del colegio coge sorpresivamente al niño en brazos que trata de zafarse del padre porque no quiere irse e, instantes después, deja de oponerse. Más allá de estos supuestos, me suscita dudas la idea de que la violencia pueda quedar consumida en el art. 225bis del CP. Recientemente se reformó el código civil para suprimir la referencia a que los padres pueden corregir razonada y moderadamente a los hijos, indicando ahora en el art. 154.1 del CC que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de

⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1217. En general sobre los efectos de las excusas absolutorias en los supuestos de codeinlucencia, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 391-393.

⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, pp. 1226 y s.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1220.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., 2004, p. 1222 y ss.

acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica". Desde esta perspectiva, parece difícil asumir que es punible por el art. 153 el que ejerza malos tratos sobre el hijo para corregirlo y no, en cambio, el que lo hace para un fin ilícito como la sustracción. No resulta fácil entender por qué si para un fin lícito, la corrección, los padres se extralimitan con unos malos tratos, resultarán en todo caso castigados por este ataque y no, en cambio, cuando lo mismo se hace para un fin ilícito que normalmente no conlleva este tipo de conductas. Por ello me inclino por una interpretación restrictiva de las reglas del concurso de leyes.

En lo que no hay dudas es que detenciones prolongadas, lesiones, ataques a la libertad sexual e integridad moral darán lugar al correspondiente concurso de delitos.

En cuanto a la desobediencia, tal como he configurado esta figura, ésta está ya contemplada en el art. 225bis del CP y, en consecuencia, queda consumida en éste⁸⁶. En efecto, es difícil justificar una pena tan elevada como la prevista en el art. 225bis del CP, superior incluso a las del abandono de menores, si no fuera porque se incluye aquí ya el desvalor propio de la desobediencia. En el abandono de menores sólo allí donde ya se ha producido la puesta en peligro concreto de bienes tan importantes como la vida o la salud del menor la pena se iguala con la del art. 225bis del CP cuando en éste el menor corre un riesgo de bastante menor intensidad.

⁸⁶ LLORIA GARCÍA, en LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 73, admite este planteamiento en relación con la retención por considerar que en ella hay una desobediencia específica al exigirse el incumplimiento de una resolución judicial. En cambio, en los demás casos de sustracción no se contempla la desobediencia y, al tratarse de bienes diversos, se deberá apreciar un concurso de delitos.

9. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
STS de 4 marzo de 2002	RJ 2002\3589	Juan Saavedra Ruiz
STS de 17 diciembre de 2008	RJ 2009\791	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS de 4 mayo de 2006	RJ 2006\3567	Juan Saavedra Ruiz
SJ de lo Penal Sevilla de 28 diciembre de 2007	ARP 2009\922	Rafael Tirado Márquez
SAP Valencia (Sección 2ª) de 24 noviembre de 2005	JUR 2006\222393	Carlos Turiel Sandín
SAP de Sevilla de 25 de junio de 2007	JUR 2008\17336	Ángel Márquez Romero.
SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 31 enero de 2008	JUR 2008\370938	Manuel Damián Alvarez García
SAP de Murcia (Sección 1ª) de 5 febrero de 2007	JUR 2007\254864	Francisco José Carrillo Vinader
SAP de Madrid (Sección 7ª) de 7 noviembre de 2006	JUR 2007\165456	Luisa Aparicio Carril
SAP de Madrid (Sección 24ª), de 21 febrero de 2007	JUR 2007\152035	Rosario Hernández Hernández
SAP de León (Sección 1ª), de 28 julio de 2010	JUR 2010\160457	Manuel García Prada
SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 6 mayo de 2008	JUR 2008\339531	Miguel Álvaro Artola Fernández
SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 27 de enero de 2009	JUR 2009\192927	Isabel Serrano Frías
SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 13 febrero de 2008	AC 2008\1804	Isabel Serrano Frías
SAP de Cuenca (Sección 1ª) de 17 marzo de 2008	JUR 2008\172656	Marta Vicente de Gregorio
SAP de Cádiz (Sección 8ª) de 18 septiembre de 2006	JUR 2007\196498	Blas Rafael Lope Vega
SAP de Burgos (Sección 1ª) de 9 de julio de 2009	ARP 2009\911	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP de Barcelona (Sección 6ª) de 9 enero de 2009	JUR 2009\142996	Bibiana Segura Cros
SAP de Barcelona (Sección 6ª) de 15 marzo de 2007	JUR 2007\125686	Dolores Balibrea Pérez
SAP de Barcelona (Sección 6ª) de 15 de marzo de 2007	JUR 2007\125686	Mª Dolores Balibrea Pérez
AAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 14 diciembre de 2007	JUR 2008\126888	Nekane San Miguel Bergaretxe
AAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 14 de diciembre de 2007	JUR 2006\142762	Felipe Moreno Gómez
AAP de Tarragona núm. (Sección 2ª) de 14 octubre, de 2009	ARP 2009\1461	Sara Uceda Sales
AAP de Tarragona de 28 de	JUR 2004\28705	Pedro Antonio Casas Cobo

<i>noviembre de 2003</i>		
<i>AAP de Sevilla (Sección 1ª) de 26 de enero de 2005</i>	<i>JUR 2005/140166</i>	<i>Eloísa Gutiérrez Ortiz</i>
<i>AAP de Sevilla (Sección 3ª) de 28 de mayo de 2004</i>	<i>JUR 2004\205002</i>	<i>Angel Márquez Romero</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 5ª) de 2 de noviembre de 2004</i>	<i>JUR 2005\268254</i>	<i>Arturo Beltrán Núñez</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 4ª) de 7 junio de 2007</i>	<i>JUR 2007\259429</i>	<i>Rosa Brobia Varona</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 4ª) de 5 marzo de 2008</i>	<i>JUR 2008\134908</i>	<i>Josefina Molina Marín</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 27ª) de 1 septiembre de 2006</i>	<i>JUR 2007\167535</i>	<i>María Tardón Olmos</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 1ª) de 29 de mayo de 2008</i>	<i>JUR 2009\11003</i>	<i>Matilde Gurrera Roig</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 17ª) de 29 octubre de 2007</i>	<i>ARP 2007\698</i>	<i>Rosa Brobia Varona.</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 17ª) de 17 junio de 2004</i>	<i>JUR 2004\244717</i>	<i>Jesús Fernández Entralgo</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 16ª) de 21 febrero de 2008</i>	<i>JUR 2008\135716</i>	<i>Miguel Hidalgo Abía</i>
<i>AAP de Lleida (Sección 1ª) de 22 de junio de 2005</i>	<i>JUR 2006\214620</i>	<i>Francisco Segura Sancho</i>
<i>AAP de Las Palmas (Sección 2ª) de 24 de noviembre de 2008</i>	<i>JUR 2009\118058</i>	<i>Nicolás Acosta González</i>
<i>AAP de Las Palmas (Sección 2ª) de 14 de abril de 2005</i>	<i>JUR 2005\129771</i>	<i>Antonio Juan Castro Feliciano</i>
<i>AAP de Jaén (Sección 2ª) de 14 marzo de 2006</i>	<i>JUR 2006\197106</i>	<i>Elena Arias-Salgado Robsy</i>
<i>AAP de Granada (Sección 2ª) de 13 de noviembre de 2007</i>	<i>JUR 2007\195308</i>	<i>María Aurora González Niño</i>
<i>AAP de Girona (Sección 4ª) de 21 de noviembre de 2007</i>	<i>JUR 2008\184731</i>	<i>María Carmen Rodríguez Ocaña</i>
<i>AAP de Girona (Sección 3ª) de 17 diciembre de 2004</i>	<i>JUR 2005\66705</i>	<i>José Antonio Soria Casao</i>
<i>AAP de Cuenca (Sección 1ª) de 26 de mayo de 2004</i>	<i>JUR 2004\174518</i>	<i>Luis López-Calderón Barreda</i>
<i>AAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2007</i>	<i>JUR 2008\108336</i>	<i>Dolores Balibrea Pérez</i>
<i>AAP de Barcelona (Sección 6ª) de 22 de junio de 2006</i>	<i>JUR 2007\65022</i>	<i>Pablo Llarena Conde</i>
<i>AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 30 de junio de 2005</i>	<i>JUR 2006\214475</i>	<i>Ana Ingelmo Fernández</i>
<i>AAP de Barcelona (Sección 2ª) de 22 de junio de 2005</i>	<i>JUR 2006\214634</i>	<i>José Carlos Iglesias Martín</i>
<i>AAP de Barcelona (Sección 2ª) de 13 de octubre de 2006</i>	<i>JUR 2007/118298</i>	<i>Victor Gómez Martín</i>
<i>AAP Barcelona (Sección 5ª), de 12 noviembre de 2009</i>	<i>ARP 2010\182</i>	<i>Elena Guinduláin Oliveras</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 4ª) de 7 junio de 2007</i>	<i>JUR 2007\89850</i>	<i>Francisco José Carrillo Vinader</i>

10. Bibliografía

Gonzalo José CAMARERO GONZÁLEZ (2006), «Contribución de Derecho comparado a la interpretación del delito de sustracción parental de menores», *Revista del Poder Judicial*, nº 83.

María Teresa CASTIÑEIRA PALOU (2006), en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona.

María Luisa CUERDA ARNAU (2003), *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Miriam CUGAT MAURI (2004), en AAVV, *Comentarios al Código penal. PE.*, t. I., Marcial Pons, Barcelona.

José Luís Díez RIPOLLÉS (2004), *Comentarios al Código penal. PE.*, t. II., Tirant lo Blanch, Valencia.

Octavio GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi, Pamplona.

Agurtzane GOIRIENA LEKUE (2005), «La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género», *Aequalitas*, nº 16, p. 54.

Juan José GONZÁLEZ RUS (2005), «Delitos contra las relaciones familiares», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. PE*, 2ª ed, Dykinson, Madrid.

Javier GUARDIOLA GARCÍA (2008), «Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal», en Paz LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid.

Fabiola LATHROP GÓMEZ (2008), *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley. Wolters Kluwer. Madrid.

Paz LLORIA GARCÍA (2008), «La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar», en Paz LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid.

Francisco MUÑOZ CONDE (2009), *Derecho penal. Parte Especial.*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan MUÑOZ SÁNCHEZ (1996), «Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995», en AAVV, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Josep Miquel PRATS CANUT (2009), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Consuelo ROMERO SIEIRA (2009), «Artículo 225 bis», en Sergio AMADEO GADEA (dir.), *Código penal. Doctrina Jurisprudencial*, Factum Libri, Madrid.

Juan SAAVEDRA RUIZ (2007), *Comentarios al Código Penal.*, t. III, título XII, Bosch, Barcelona.

María Elena TORRES FERNÁNDEZ (2003), «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, pág. 10.

- (2005), en JORGE BARRERO (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. VII., 2005, Edersa, Madrid.