# EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES
# //
# IL REATO DI SOTTRAZIONE DI MINORI

Autora: Cristina Callejón Hernández

Directores de tesis:
- Ignacio F. Benítez Ortúzar
- Eva María Domínguez Izquierdo
- Roberto Bartoli

Junio de 2021

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI FIRENZE

**ABREVIATURAS** ..... **6**

**RESUMEN** ..... **7**

**SOMMARIO** ..... **7**

**A MODO DE JUSTIFICACIÓN** ..... **8**

**CAPÍTULO PRELIMINAR** ..... **14**

I. INTRODUCCIÓN ..... 14
II. ANTECEDENTES ..... 21
III. EL NACIMIENTO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES ..... 44
*1. El caldo de cultivo* ..... *44*
*2. La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre* ..... *50*
*3. Ubicación y estructura* ..... *60*

**CAPÍTULO PRIMERO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO** ..... **70**

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ..... 70
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES ..... 77
*1. Los intereses implicados en los delitos contra las relaciones familiares* ..... *77*
*2. Los intereses implicados en la concreta figura de sustracción de menores* ..... *80*
2.1 El interés superior del menor ..... 80
2.2 La relación familiar. La paz en las relaciones familiares. La familia ..... 94
2.3 El derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores ..... 97
2.4 La seguridad del menor ..... 100
2.5 Los derechos de custodia ..... 102
2.6 El bien jurídico adicional en la modalidad de retención ..... 104
2.7 Toma de postura ..... 105

**CAPÍTULO SEGUNDO. EL TIPO BÁSICO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES** ..... **109**

I. EL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD ..... 109
*1. Cuestiones previas* ..... *109*
*2. El delito entendido como binomio* ..... *110*
*3. La antesala de la sustracción* ..... *114*
*4. La naturaleza del delito* ..... *115*
4.1 El delito de sustracción de menores como delito especial propio ..... 115
4.2 El delito de sustracción de menores como delito de infracción del deber ..... 120
*5. Los sujetos del delito* ..... *125*
5.1 El sujeto activo del delito ..... 125
5.1.1 El progenitor ..... 125
5.1.2 Los progenitores suspendidos o privados de la patria potestad ..... 137
5.1.3 Los padres biológicos de un menor adoptado ..... 140
5.1.4 El tutor y el acogedor ..... 140
5.1.5 La pareja del padre o de la madre ..... 142
5.1.6 La cláusula extensiva: apartado quinto del artículo 225 bis del Código Penal ..... 143
5.2 El sujeto pasivo del delito ..... 156
5.2.1 El menor de edad ..... 156
5.2.2 La persona o institución a quien corresponde el cuidado del menor ..... 157
5.3 Toma de postura ..... 158
*6. El objeto material del delito* ..... *160*
*7. Los elementos de la conducta típica* ..... *160*
7.1 Hijo menor de edad ..... 161
7.1.1 Concepto de minoría de edad ..... 161
7.1.2 Otros supuestos ..... 165
7.2 El traslado o la retención ..... 168
7.2.1 El traslado ..... 169
7.2.1.1 Concepto y naturaleza del traslado ..... 169
7.2.1.2 Consentimiento del otro progenitor o de quien posea la custodia ..... 177
7.2.1.2.1 Instituciones civiles relevantes ..... 178
7.2.1.2.2 La naturaleza del consentimiento ..... 193
7.2.1.2.3 Los requisitos de validez del consentimiento ..... 195
7.2.1.2.4 Formas de emisión del consentimiento ..... 202

7.2.1.2.5 Revocación del consentimiento....205
7.2.1.2.6 El consentimiento como manifestación de una decisión irrazonable....206
7.2.1.2.7 El consentimiento otorgado por el propio menor....208
7.2.1.2.8 Consentimientos en direcciones opuestas....209
7.2.1.3 Exigencia de resolución judicial o administrativa....210
7.2.2 La retención....221
7.2.2.1 Concepto y naturaleza de la retención....222
7.2.2.2 Exigencia de resolución judicial o administrativa....224
7.2.2.3 Incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa....226
7.2.2.4 El consentimiento del progenitor o persona o institución a cargo del menor....228
7.2.2.5 Conexión con el delito de desobediencia....229
7.3 Sin causa justificada....230
7.3.1 Concepto y naturaleza de "causa justificada"....230
7.3.2 El consentimiento del menor como "causa justificada"....234
7.4 El elemento subjetivo del tipo....240
7.4.1 El dolo....240
7.4.2 La intención de apoderamiento definitivo....242
*8. Las causas de justificación....246*
II. EL JUICIO DE CULPABILIDAD....248
*1. Introducción....248*
*2. La culpabilidad en el delito de sustracción de menores....249*
2.1 La imputabilidad del sustractor....250
2.1.1. Sustractor imputable....250
2.1.2. Sustractor inimputable o semiimputable....251
2.1.3 Sustractor menor de edad....261
2.2 El dolo....262
2.3 Las causas de exculpación....265
*3. El error....267*
3.1 El error de tipo....269
3.2 El error de prohibición....270
III. PROBLEMAS RELATIVOS AL *ITER CRIMINIS*....274
*1. La consumación del delito....274*
*2. Las formas imperfectas de ejecución....277*
2.1 La tentativa....277
2.2 El desistimiento....283
*3. Autoría y participación....286*
IV. LA PENA....296
*1. La pena de prisión....298*
*2. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad....298*
2.1 Naturaleza y contenido....298
2.2 Diferencia entre la inhabilitación y la privación para el ejercicio del derecho de patria potestad....303
2.3 Concurrencia de varios menores....305
2.4 Extinción de la pena....310
2.5 Compatibilidad de la pena de inhabilitación con un régimen de comunicación....311
2.6 Extensión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad a los partícipes 317
2.7 Toma de postura....318
*3. La causa de exclusión de la pena: artículo 225 bis apartado cuarto (primer inciso)....319*
*4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal....329*

**CAPÍTULO TERCERO. EL TIPO AGRAVADO....332**

I. INTRODUCCIÓN....332
II. EL TRASLADO FUERA DEL TERRITORIO ESPAÑOL....333
*1. Ámbito de aplicación....336*
*2. Cuestiones internacionales....339*
*3. Estudio de la Sentencia número 98/2019, de 7 de marzo, de la Audiencia Provincial de Granada....351*
*4. Menores sustraídos desde su residencia habitual y trasladados a España....355*
III. EXIGENCIA DE CONDICIÓN....359

**CAPÍTULO CUARTO. EL TIPO ATENUADO....362**

I. EXÉGESIS DEL PRECEPTO ..... 362
II. LA PENA ..... 365

**CAPÍTULO QUINTO. CUESTIONES COMUNES ..... 367**

I. CUESTIONES CONCURSALES ..... 367
*1. Sustracción de varios menores ..... 367*
*2. Concursos de delitos ..... 373*
*3. Concurso aparente de normas penales ..... 376*
II. CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD ..... 381
*1. Cómputo de plazos ..... 381*
*2. Ausencia de denuncia ..... 383*
III. ASPECTOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS ..... 384
IV. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL ..... 386

**CAPÍTULO SEXTO. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN OTROS PAÍSES ..... 390**

I. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN ITALIA ..... 390
*1. Los delitos contra la familia. El origen del delito de sustracción de menores ..... 390*
*2. Elementos comunes a las tres figuras ..... 394*
*3. La sustracción consentida de menores ..... 405*
3.1 El bien jurídico protegido ..... 406
3.2 Juicio de antijuridicidad ..... 409
3.2.1 Los sujetos ..... 409
3.2.2 La conducta típica ..... 411
3.2.3 Las causas de justificación ..... 415
3.3 El juicio de culpabilidad ..... 416
3.4 Problemas relativos al iter criminis ..... 416
3.5 La pena y la condición de perseguibilidad ..... 417
3.6 El tipo agravado y el tipo atenuado ..... 419
*4. La sustracción no consentida de menores o personas discapacitadas ..... 420*
4.1 El bien jurídico protegido ..... 422
4.2 El juicio de antijuridicidad ..... 423
4.2.1 Los sujetos ..... 423
4.2.2 La conducta típica ..... 425
4.2.3 Las causas de justificación ..... 427
4.3 El juicio de culpabilidad ..... 428
4.4 Problemas relativos al iter criminis ..... 429
4.5 Cuestiones concursales ..... 429
*5. La sustracción de menores al extranjero ..... 430*
5.1 El bien jurídico protegido ..... 432
5.2 El juicio de antijuridicidad ..... 432
5.3 El juicio de culpabilidad ..... 433
5.4 La pena ..... 433
5.5 Problemas relativos al iter criminis ..... 436
5.6 Cuestiones concursales ..... 437
5.7 Cuestiones de perseguibilidad ..... 437
II. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL PANORAMA ANGLOSAJÓN ..... 438
*1. El delito de sustracción de menores en Reino Unido ..... 438*
*2. El delito de sustracción de menores en Irlanda ..... 452*
*3. El delito de sustracción de menores en Estados Unidos y Australia ..... 453*

**CAPITOLO SETTE. REGOLAMENTAZIONE GIURIDICO-PENALE DEL REATO DI SOTTRAZIONE DI MINORI IN ALTRI PAESI ..... 457**

I. IL REATO DI SOTTRAZIONE DI MINORI IN ITALIA ..... 457
*1. Reati contro la famiglia. L'origine del reato di sottrazione di minori ..... 457*
*2. Elementi comuni a tutte e tre le figure ..... 461*
*3. Sottrazione consensuale di minorenni ..... 472*
3.1 L'interesse giuridico protetto ..... 473
3.2 I soggetti ..... 475
3.3 L'elemento oggettivo. La condotta tipica ..... 477

3.4 L'elemento soggettivo....482
3.5 Consumazione....483
3.6 Aspetti sanzionatori. Perseguibilità a querela....483
3.7 La fattispecie aggravata e attenuata....485
*4. Sottrazione non consensuale di minori o incapaci....487*
4.1 L'oggetto giuridico....488
4.2 I soggetti....489
4.3 L'elemento oggettivo. La condotta....491
4.4 L'elemento soggettivo....494
4.5 La consumazione....495
4.6 Rapporti con altre fattispecie....495
*5. Sottrazione e trattenimento di minori all'estero....496*
5.1 L'oggetto giuridico....498
5.2 L'elemento oggettivo. La condotta....498
5.3 L'elemento soggettivo....499
5.4 La consumazione....500
5.5 Aspetti sanzionatori e perseguibilità....500
5.6 Rapporti con altre fattispecie....503
*6. Studio della Sentenza del Tribunale Provinciale di Granada 7 marzo 2019, n. 98....504*

**CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*....509**

**CONCLUSIONI E PROPOSTE DE LEGE FERENDA....520**

**BIBLIOGRAFÍA....531**

**RELACIÓN JURISPRUDENCIAL....553**

# ABREVIATURAS

AAP …… Auto de la Audiencia Provincial
AP …… Audiencia Provincial
art. / arts. ……. artículo / artículos
ATC ……. Auto del Tribunal Constitucional
ATS ……. Auto del Tribunal Supremo
ATS ……. Auto del Tribunal Supremo
B.O.E. …….. Boletín Oficial del Estado
CC …… Código Civil
CE …… Constitución Española
coord. / s …….Coordinador / coordinadores
CP …… Código Penal
dir. / dirs. ……. Director / directores
Ed. …… Edición
FGE …….. Fiscalía General del Estado
LEC ……. Ley de Enjuiciamiento Civil
LO …… Ley Orgánica
LORPM ……... Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores
Ob. cit. …… Obra citada
P. / pp. ……. Página / páginas
PEF …….. Punto de Encuentro Familiar
SAN ……. Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP …….. Sentencia de la Audiencia Provincial
SCA …….. Sentencia de la Corte de Apelación Italiana
SCAI ……. Sentencia de la Corte de Apelación Inglesa
SCAG …… Sentencia de la Corte de Apelación Galesa
SCC …….. Sentencia de la Corte de Casación Italiana
SCIJ …….. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia
SCL …….. Sentencia de la Cámara de los Lores
SJP …… Sentencia del Juzgado de lo Penal
ss …….. Siguientes
STC …….. Sentencia del Tribunal Constitucional
STCI …… Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano
STP …….. Sentencia del Tribunal Penal
STS …….. Sentencia del Tribunal Supremo
STSRU ……. Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido
TC …… Tribunal Constitucional
TS …… Tribunal Supremo
Vol. …….. Volumen
VV.AA …… Varios Autores

# RESUMEN

El delito de sustracción de menores (artículo 225 bis del Código Penal) está presentando una incidencia creciente en los últimos años. La presente tesis doctoral incluye la reforma del delito operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que aún no ha entrado en vigor.

La figura delictiva recoge la conducta de un progenitor que traslada o retiene al hijo menor ilícitamente, conducta que puede también ser perpetrada por los parientes más próximos enumerados en el propio precepto penal.

Aspectos tan relevantes como el bien jurídico protegido por el delito, los sujetos activos y pasivos o el ámbito de aplicación de los tipos agravados y el tipo atenuado son analizados pormenorizadamente en el seno de la investigación, incluyéndose propuestas de *lege ferenda* que permitirán mejorar la redacción y aplicación del tipo penal.

Se trata de una modalidad delictiva poco explotada por la doctrina, que ha ido pasando desapercibida durante mucho tiempo, si bien el aumento del número de casos y la repercusión de varios de ellos en los medios de comunicación le ha ido otorgando cada vez mayor protagonismo.

Asimismo, al estar esta tesis doctoral dirigida en cotutela con la Universidad de Florencia, se introduce un estudio comparado con el delito italiano de sustracción de menores.



# SOMMARIO

Il reato di sottrazione di minori (articolo 225 bis del codice penale) sta mostrando un'incidenza crescente negli ultimi anni. Questa tesi di dottorato include la riforma del crimine operata dalla Legge Organica 8/2021, del 4 giugno, che non è ancora entrata in vigore.

Il reato comprende la condotta del genitore che trasferisce o trattiene illegalmente un figlio minore, condotta che può essere perpetrata anche dai parenti più prossimi elencati nel precetto penale stesso.

Aspetti così rilevanti come il bene giuridico protetto dal reato, i soggetti attivi e passivi o l'ambito di applicazione dei tipi aggravati e del tipo attenuato sono analizzati in dettaglio all'interno della ricerca, includendo proposte di lege ferenda che miglioreranno la redazione e l'applicazione del tipo penale.

Si tratta di una modalità criminale poco sfruttata dalla dottrina, che è passata inosservata per molto tempo, anche se l'aumento del numero di casi e la ripercussione di alcuni di essi sui media le ha dato sempre più risalto.

Inoltre, poiché questa tesi di dottorato è co-diretta con l'Università di Firenze, viene introdotto uno studio comparativo con il reato italiano di sottrazione di minori.

# A MODO DE JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo es el resultado de una investigación de más de cinco años y ha sido posible gracias a la financiación del entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (actualmente Ministerio de Universidades) para la Formación del Profesorado Universitario.

El actual delito de sustracción de menores, recogido en el artículo 225 bis CP y cuya esencia no es otra que trasladar o retener ilícitamente al hijo menor de edad, está cosechando, en las últimas décadas, una incidencia creciente. El delito ha sido recientemente reformado por la Ley Orgánica 8/2021[1], de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 25 de junio, hace tan solo unos días. Se trata de una nueva línea de política criminal que viene a responder a la necesidad de incluir como sujeto activo también al progenitor custodio, siendo que hasta la fecha la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritaria pasaba por negar la tipicidad de la sustracción realizada por el progenitor custodio en la modalidad de retención, al tiempo que tampoco concebía la existencia del delito en aquellos casos en los que uno de los progenitores, sin el consentimiento del otro y sin mediar resolución judicial alguna, se trasladaba unilateralemente a otro lugar en compañía del menor. Aun cuando la línea defendida en el presente trabajo aludía a una interpretación del tipo penal en el sentido de dar entrada a ambas clases de conducta, lo cierto es que la antigua redacción típica prohibía la aplicación del precepto, al menos en la modalidad de traslado, cuando el progenitor que se trasladaba era el custodio, creándose una brecha insalvable de preferencia de los derechos de este último sobre aquel que solo disfrutaba de un régimen de comunicación o de estancia, brecha incomprensible teniendo en cuenta que ambos progenitores siguen ejerciendo la responsabilidad parental.

Debe mencionarse que una de las propuestas de *lege ferenda* que se contenían en la presente investigación iba en la línea de solicitar al legislador una equiparación en la protección de los derechos de ambos progenitores, siempre y cuando ambos ejercieran la patria potestad y ello porque una decisión tan primordial, como es el lugar de residencia del hijo menor, excede de los límites de la guarda y custodia, debiendo ambos ejercientes tomarla de común acuerdo o, en su defecto, acudir a la vía judicial. Este dato determina que la reciente reforma se valore positivamente, si bien se ha echado en falta la paliación de algunas otras lagunas para la correcta aplicación del delito.

El cronograma del tipo de sustracción de menores queda, por tanto, de la siguiente manera: la figura estuvo presente en la mayoría de Códigos Penales antiguos, con unos elementos típicos distintos, en tanto representaba un delito común pensado sobre todo para el supuesto de que un tercero extraño a la familia sustrajera al menor de siete años, ubicándose el delito entre los delitos contra la libertad y la seguridad; en el Código Penal de 1995 desaparece, de forma que los supuestos de progenitores que se trasladaban con los hijos menores sin el consentimiento del otro eran atípicos o conducidos forzadamente hacia los delitos de detención ilegal y secuestro; en el año 2002, con la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, la figura es recuperada como una figura específica de sustracción de un menor por parte del progenitor (u otros parientes próximos), englobando especialmente la sustracción producida por el progenitor no custodio, en

[1] Esta Ley Orgánica fue publicada en el BOE de 5 de junio de 2021.

perjuicio del custodio; y, finalmente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, modifica el precepto para permitir que cualquiera de los dos padres pueda cometer la conducta, sin importar si disfrutan de la guarda y custodia o de un régimen de visitas.

En lo tocante al origen, la evolución social y las nuevas formas de familia han dado como resultado la aparición de una nueva tipología delictiva caracterizada por la huida de uno de los padres con el hijo o hijos menores lejos del antiguo hogar familiar. El hecho de que ya en el año 1980 se creara, a nivel internacional, el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, puede otorgar una pista acerca de la gravedad del problema, un problema global que propició que decenas de países se suscribieran a un acuerdo para intentar frenar la expansión de estas conductas.

En España, como se tendrá ocasión de mencionar más adelante, las relaciones familiares siempre han permanecido en el seno de una esfera privada que provocaba la ausencia del Estado en la regulación de este tipo de asuntos. Por esta razón, apenas existían delitos contra las relaciones familiares, los conflictos que pudieran existir se resolvían en el interior de la familia.

Las características especiales que presenta la sustracción de menores permiten identificar el motivo de la ausencia de tipificación desde antaño. De hecho, la sustracción de menores como tal ha estado presente a lo largo de la Codificación Penal española, ahora bien, con unos elementos típicos bien distintos de los actuales. Las dificultades para romper el vínculo matrimonial y la indiferencia del Estado ante las relaciones familiares fueron el caldo de cultivo para que esta figura, tal y como se entiende ahora, no necesitara una respuesta jurídico-penal.

Como se decía, durante décadas la sustracción de menores se ha sustanciado en la extracción del menor de la esfera de la patria potestad de los padres. Quiere decirse, un extraño ajeno a la familia era quien ejecutaba la conducta, apartando al menor de siete años (que no menor de edad) de sus padres. Este era el panorama legislativo de los Códigos de 1848 en adelante, hasta llegar al Código Penal de 1995, momento en el cual el delito desaparece para volver a recuperarse en el año 2002, si bien con un lavado de imagen importante, pues el sujeto activo se limita al progenitor, al padre o la madre, incluyendo, asimismo, algunos parientes cercanos.

Como se verá a continuación, la doctrina de aquella época de vigencia del antiguo delito, ya se planteaba la posibilidad de que fuesen los propios padres los que llevasen a cabo la conducta, aunque el tipo no se circunscribiera a aquellos, llegando a distintas conclusiones que serán expuestas *infra*. Con esto quiere exponerse que, durante todos esos años en los que la sustracción de menores se configuraba como un delito común, de posible realización por cualquier persona, existieron planteamientos acerca de la posibilidad de que fuera el padre o la madre y no alguien ajeno al núcleo familiar, el sujeto activo de la conducta. Ciertamente, nada constituía obstáculo para ello. Actualmente, este delito se configura como un delito especial propio porque el legislador ha circunscrito los sujetos activos a las personas más allegadas a la familia, lo cual impide la entrada de alguien ajeno. Sin embargo, la situación contraria es perfectamente plausible, es decir, si el delito es común, cualquier persona puede realizarlo, incluidas las personas a las que se trata de proteger. Desde el momento en que la patria potestad puede estar atribuida a dos personas, una de ellas puede lesionar los derechos de la otra.

A lo largo de la Historia española, la separación y el divorcio han sido instituciones aplicadas con cortapisas. Hasta el año 2005, momento en el que se instaura el conocido como "divorcio exprés", no se consigue una plena libertad y facilidad para poner fin a un vínculo matrimonial. Durante el siglo XX, dichas rupturas estuvieron alternadamente permitidas o prohibidas, según los mandatarios del momento, aunque la mayor parte del tiempo fue algo difícil de obtener, dado el número de requisitos previsto, o más bien imposible, pues el divorcio ha estado prohibido durante largos periodos.

Esto no quiere decir que no existiesen casos de sustracción de menores en el sentido hoy conocido, no significa que ninguno de los progenitores disolviese la relación sentimental y abandonase el hogar familiar, probablemente hubiera casos, pero, o bien eran atípicos, o bien eran reconducidos a otras figuras. Además, no debe olvidarse que ya en la década de los cincuenta y los sesenta, se empezaban a oír en la doctrina penalista las primeras voces que apuntaban a la posibilidad de aplicar el tipo común de sustracción de menores a los padres, aunque no fuese lo frecuente.

A pesar de que este delito se configura como un delito especial propio en el panorama legislativo español, no goza de la misma naturaleza en otros países del entorno, como ocurre en Italia, donde el mismo es común, con la posibilidad de ser realizado por los padres, delito que recientemente ha sido modificado para incluir una pena específica de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad para el caso de que el sujeto activo sea el padre o la madre y traslade al menor fuera de las fronteras italianas.

En el momento en que la sociedad se vuelve más liberal y empieza a aparecer una clara posibilidad de romper el vínculo matrimonial, las posibilidades de desaparecer con el hijo menor de edad aumentan, dando lugar a una situación complicada en España, pues se contaba con instrumentos internacionales, pero no con mecanismos nacionales capaces de dar una respuesta contundente al conflicto.

Finalmente, y tras varias recomendaciones provenientes del Defensor del Pueblo, surgió la figura de sustracción de menores por medio de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, añadiéndose así una conducta típica más que venía a engrosar el Código Penal. Sin embargo, es importante reseñar la diferencia tan grande del tipo actual con respecto a los de Códigos anteriores, en vista de la reubicación del mismo. Así, el delito de sustracción de menores ha estado siempre tipificado entre los delitos contra la libertad y la seguridad. En la actualidad, forma parte del Título XII del Libro II del Código Penal, dedicado a las relaciones familiares, aunque en una sección diferenciada y autónoma. Por tanto, ya no se protegen la libertad o la seguridad, sino que actualmente se trata de proteger los derechos y deberes que tienen su origen en la familia.

Desde el momento de su creación hasta ahora han transcurrido casi dos décadas. Empero, ha sido una figura que ha pasado bastante desapercibida en la doctrina penalista. Obviamente, puede encontrarse una amplia bibliografía sobre esta materia, pero la misma no goza de un estudio tan profundo como ocurre con otras conductas delictivas, verbigracia los delitos contra la vida, el patrimonio y el orden socioeconómico, la Administración Pública, etc.

Es por este motivo por el que el presente trabajo se centra en esta figura de ya no tan nuevo cuño. Quizá, un rápido vistazo por los tipos incluidos en el precepto, pueda transmitir la errónea impresión de que es de fácil aplicación e interpretación, pero como

se pondrá de manifiesto a lo largo de todas estas páginas, la sustracción de menores es una institución plagada de dudas y lagunas que deben ser solventadas. Cuestiones tan básicas como el bien jurídico protegido o los sujetos del delito, tan claros en otros tipos del Código, constituyen en este ámbito una gran controversia, sin que a día de hoy quede claro ni qué se pretende proteger en el delito, ni quién puede cometerlo. Puede que el lector se asombre al leer estas palabras, pero si se sigue adelante con la lectura, se comprobará la veracidad de las mismas.

Como se tendrá ocasión de analizar posteriormente, la persecución de este delito requiere de una denuncia previa, lo cual parece expresar que se trata de uno de esos tipos penales que se insertan en una importante cifra negra (como ocurre, por ejemplo, en el hurto), dado que solo llegarán a los tribunales aquellos casos que se hayan denunciado. Otro elemento crucial y en línea con lo que acaba de mencionarse, el hecho de que no exista una línea jurisprudencial clara en cuanto a la aplicación del precepto, de forma que se tiende a no tratar como sustracción de menores lo que, sin duda, lo es, coadyuva a extender aún más esa cifra negra, pues la realidad es que existe un número mucho mayor de sustracciones de las jurisprudencialmente admitidas, máxime cuando la forma de aparición del delito ha mutado notablemente y, si antes el prototipo de sustracción era el de un padre no custodio que aprovechaba el régimen de visitas para trasladar al menor y no devolverlo, ahora es más frecuente encontrar casos en que el cuidador habitual es el que se traslada en compañía del menor sin conocimiento ni consentimiento del otro, que puede ser otro cuidador habitual (en el caso de una pareja que aún no se haya separado) o una persona que disfrutaba hasta ese momento de un régimen de visitas. Con la reforma de reciente entrada en vigor, cabe pensar que esta tendencia desaparecerá, en vista de que la nueva redacción típica parece apta para acabar con el eterno debate acerca de si el progenitor custodio puede incurrir en el delito.

Por todos estos motivos, que serán desglosados y estudiados en los capítulos que siguen, se hacía necesario un trabajo de esta índole, una investigación del tipo que pusiera de manifiesto las luces y sombras que lo componen, en aras de instar al legislador a que lleve a cabo una serie de cambios que puedan mejorar la redacción actual a la vista de las dudas que actualmente persisten después de veinte años.

Por otro lado, no puede dejar de reiterarse la novedad del presente estudio, ya que recoge las reformas operadas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, instrumento normativo que, entre otras cosas, supone la modificación del propio concepto de sustracción, lo cual conllevará una relevante repercusión en materia del interés tutelado por el precepto y, sobre todo, en relación con el sujeto activo, dos de las cuestiones nucleares de la figura delictiva, que, como se mencionaba, han dado lugar a un gran debate a lo largo de todos estos años.

Al inicio de esta investigación se comentaba que la sustracción de menores es un problema global y ello se debe a que no se circunscribe a España. En todos los países se producen, en mayor o menor medida, sucesos de este tipo que pueden afectar a bienes jurídicos dignos de protección. De ahí la existencia de instrumentos supranacionales, siendo que España forma parte de Convenios y Reglamentos a nivel europeo y a nivel internacional, al tiempo que ha logrado alcanzar acuerdos bilaterales[2].

[2] El Convenio entre Marruecos y España para la lucha contra la sustracción de menores ha sido realmente útil dado que Marruecos ha tardado muchísimos años en adherirse al Convenio de La Haya. Este tema será desarrollado más adelante.

La dificultad de la sustracción de menores se acrecienta aún más debido precisamente a la existencia de convenios y acuerdos. Sin duda, son extremadamente útiles y necesarios para intentar (no siempre con éxito) restituir al menor cuando este llega a ser trasladado del país de residencia. Sin esta herramienta, difícilmente podría solucionarse el conflicto, en vista de la competencia de cada Estado en el interior de sus fronteras. Sin embargo, la regulación nacional y la supranacional no siempre reman en el mismo sentido, siendo que las normas contienen conceptos diferentes susceptibles de diversas interpretaciones, lo que provoca lagunas y disparidad de criterios en los distintos órdenes jurídicos. Con esto quiere expresarse la idea de que es posible que una misma conducta sea considerada sustracción de menores a nivel internacional y se active el protocolo previsto en el Convenio de La Haya, de mayor utilidad que ningún otro en vista del alto número de países adheridos, mientras que a nivel nacional no se entienda susceptible de encajar en el correspondiente tipo penal. Por consiguiente y centrándonos en la legislación española, sería perfectamente posible que un juzgado o tribunal de la rama penal niegue la tipicidad de una conducta determinada, al estimar que no se cumplen los específicos elementos del tipo de sustracción de menores y que, no obstante, encontremos respaldo en el Convenio de La Haya y se aplique el protocolo de retorno o restitución del menor al interpretar que ese mismo comportamiento atípico penalmente hablando integra una auténtica sustracción de menores.

Debe tenderse a la supresión de este doble rasero si realmente quiere ponerse fin a esta figura. Es por ello que en este estudio se inserta una interpretación del tipo penal que hasta ahora ha sido minoritaria a nivel doctrinal y jurisprudencial (la posibilidad de aplicación del tipo a cualquiera de los progenitores y no solo al que dispone de un régimen de visitas), pero que ha sido respaldada recientemente por la reforma operada por la mencionada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que ha modificado la redacción típica justamente en esa línea de incluir como sujetos activos a ambos progenitores. Es imprescindible que los Estados vayan adaptando su legislación a los Convenios de los que forman parte para que ese esfuerzo conjunto en la batalla contra una específica fenomenología delictiva valga la pena.

Precisamente debido a ese aspecto global que representa la materia, se ofrece un estudio comparado con la legislación penal italiana, objetivo al que se han dedicado los nueve meses de estancia de investigación en la Universidad de Florencia, de la mano del catedrático de Derecho penal, Roberto Bartoli. Así, se pondrá de manifiesto si Italia y España contienen una misma respuesta al problema del que se viene hablando, si las conductas han sido tipificadas en torno a los mismos elementos típicos, si las penas coinciden y, en definitiva, si ofrecen idéntica solución o cada Ordenamiento se ha decantado por una vía diferente.

Además, se expondrá brevemente el rol que adopta el mundo anglosajón, especialmente Reino Unido, apuntando, en este sentido, la forma en que este país trata de resolver una situación de sustracción de menores. Una estancia de investigación de tres meses en la Universidad de Cambridge me permitió entrar en contacto con un sistema legislativo tan distinto al español como lo es el anglosajón, donde confluyen un conjunto de normas que deben ser cohesionadas unas con otras.

Por ende, la pretensión perseguida con el presente estudio es, simplemente, poner sobre la mesa ciertas cuestiones relativas al tipo de sustracción de menores que pueden haber pasado desapercibidas y que es conveniente que sean tratadas a fin de lograr una

correcta aplicación de la figura. En otras palabras, en este trabajo se exponen una serie de conclusiones y reflexiones que han ido surgiendo a medida que avanzaba la investigación, todas ellas abiertas al debate y a la discusión, única forma de enriquecer la ciencia penal, pues, como decía Leonardo da Vinci, nada nos engaña más como nuestro propio juicio.

# CAPÍTULO PRELIMINAR

## I. INTRODUCCIÓN

En palabras de PACHECO[3], la sustracción de menores es una conducta que ha existido desde tiempos inmemoriales: aparecía en el Digesto[4], en el Fuero Juzgo[5] y en la Ley de Partidas[6]. Ello no puede ser de otra menera si se tiene en cuenta que, desde el comienzo de la vida humana, las personas han intentado vivir en sociedad. Se pueden encontrar grupos sociales que convivían juntos desde el primer eslabón evolutivo. Tribus, clanes, familias, en definitiva, un grupo más o menos numeroso de personas que hacen vida juntas. Antes incluso de la llegada del Derecho positivo, ya se encontraba la familia como institución.

En otras palabras, la familia es una institución que ha existido desde siempre, desde el inicio de los tiempos. A lo largo de la Historia, es cierto que los tipos de familia han ido modificándose y que la familia actual nada tiene que ver con la familia de hace algunos siglos. Empero, por muchos cambios que haya sufrido y que, sin duda, seguirá sufriendo, la familia sigue siendo la raíz de la sociedad.

Con razón afirma la doctrina que "la familia, independientemente del modelo que adopte, sigue siendo considerada la unidad básica de convivencia en nuestro modelo de sociedad y cultura"[7].

A medida que la sociedad ha ido cambiando y evolucionando, también lo ha hecho la esencia de la familia. Ello es completamente normal, dado que, si una familia está formada por un conjunto de personas, a medida que vaya cambiando la mentalidad o la forma de vida de las personas, también lo hará la forma en que se organizan.

La familia ha ido gozando cada vez de una mayor protección, especialmente los niños que, como ya se sabe, han sido muy maltratados a lo largo de la Historia y no les ha sido fácil alcanzar los derechos de los que hoy gozan, aunque esto se analizará en apartados siguientes con mayor detenimiento. Ese paso de la absoluta dejadez y protección hacia los niños y hacia la familia ha ido cambiando a raíz de su introducción paulatina en el Ordenamiento jurídico. De hecho, las tres grandes fuentes de las que emana la legislación española actual en materia de familia son: la plena igualdad de las personas que componen la familia, sea esta matrimonial o no; la dignidad; y el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros[8].

La familia ha ido escalando puestos hasta llega a obtener incluso protección constitucional. El artículo 39 de la Constitución española[9] la protege a nivel social,

---

[3] PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000, pp. 1163-1164.
[4] Libro XLVIII, título 15, L.1.
[5] Libro VII, título 3, ley 3.
[6] Ley 22, título 14, Partida VII.
[7] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción de un menor por su progenitor,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 11.
[8] MORAGUES VIDAL, C. Mª. *Ser Juez en Marruecos y en España* (coord. TERRAB, M., ONGHENA, Y. y GÓMEZ MARTÍNEZ, C.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2008, p. 111.
[9] El artículo 39 CE establece literalmente:

económico y jurídico, al tiempo que blinda a los hijos, teniendo todos ellos los mismos derechos. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que el legislador constituyente vuelve a cometer los defectos del anterior constituyente republicano al no incluir un concepto de familia, debiendo interpretarse que se adopta una formulación abstracta no exclusiva ni excluyente de ninguna tipología de familia[10].

Aunque la regulación de la familia es mayoritariamente propia del Derecho civil, auténtico Derecho privado, lo cierto es que también otras ramas la incluyen en su ámbito de aplicación, como el Derecho administrativo (que regula el proceso que debe seguirse cuando, por ejemplo, existe una familia desestructurada con menores en el seno de esa compleja situación que han de ser atendidos) o el Derecho penal, que incluye todo un Título, el Título XII, a regular las relaciones familiares. En esta línea, se ha apuntado que la familia implica un conjunto de relaciones heterogéneas que dependen tanto del objeto como de la posición adoptada por cada uno de los sujetos que la componen, motivo por el cual es imposible que sea ubicada de manera exclusiva en el Derecho público o en el Derecho privado[11].

El hecho de que la familia tenga una regulación tan profunda como la aportada por el Derecho civil es altamente positivo, al tiempo que es innegable que este ente posee la relevancia necesaria como para encontrar un espacio propio en la Constitución. No obstante, sí es discutible si el Derecho penal debe o no interferir en la familia, dado que esta materia es propia del Derecho privado y no del Derecho público.

En palabras de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, la intervención del Estado en la esfera íntima de la familia ha sido tradicionalmente vista con recelo, debido a esa idea de que se trata de un grupo sociológico con funcionalidad propia capaz de resolver sus propios conflictos por sí mismo, de forma que esta temática quedaba reservada al Derecho privado, en la creencia de que la intervención estatal, lejos de aportar soluciones, acarrearía consecuencias desastrosas[12].

En cualquier caso, la realidad es que el Título XII se dedica a proteger bienes jurídicos relativos a las relaciones familiares. El Derecho penal no debe proteger la familia como institución, pero sí puede proteger algunos derechos y deberes que encuentran su origen en el seno de aquella.

El Título XII ha recibido tanto críticas como elogios, pues se ha mencionado que ha servido para dispensar un tratamiento unitario a las infracciones cuya referencia común reside en la familia, en vista de que antes se encontraban fragmentadas entre los delitos

---

*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

*3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

[10] FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M. *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, EDERSA, Madrid, 1994, p. 4.

[11] *Ibídem*, p. 7.

[12] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 15.

contra el estado civil de las personas y los delitos contra la libertad y la seguridad (la sustracción de menores pertenecía a este último grupo), pero al mismo tiempo se rechaza la excesiva injerencia pública que existe en torno a la materia, pugnándose la desmesurada intromisión del Derecho penal en este ámbito, pues más allá de salvaguardar los intereses merecedores de protección, lo que hacía era proteger una determinada concepción moral de la familia, como se pone de manifiesto con la tipificación de los delitos de adulterio o amancebamiento, que han perdurado hasta no mucho en nuestro Ordenamiento[13]. De ahí que se haya afirmado que el Estado llega a convertirse en garante de una concreta moral familiar, más que en defensor de los derechos de las miembros de la familia más desprotegidos[14].

Realmente, la existencia de ciertos tipos penales tradicionales relativos a la familia, expresan el fracaso del legislador ante la clara división entre Derecho y Moral, si bien en la actualidad este tipo de concepciones moralistas están superadas, aunque algunos delitos, como el de bigamia, podrían ser considerados como resquicios de aquellas.

Como se verá en el Capítulo correspondiente, el delito de sustracción de menores se ha tipificado para proteger algunos de esos derechos que arrancan con la existencia de la familia. A pesar de que es un delito con un gran bagaje en la Codificación española, actualmente presenta unos elementos típicos tan diferentes de los de otras épocas, que puede estimarse como un delito de nuevo cuño, aunque bebe del mismo sustrato que su antecesor. Así, este delito, tipificado en el artículo 225 bis CP, representa una simbiosis. Ha existido desde prácticamente el inicio de la Codificación. Nació en el seno del Código Penal de 1848 y perduró a través de todos los Códigos Penales, hasta su desaparición en 1995, siendo recuperado casi una década después con unos elementos típicos diferentes. Sin embargo, la esencia sigue siendo la misma: un menor (normalmente de corta edad) es apartado de la esfera en la que se encuentra, de su lugar de residencia habitual.

El bien jurídico protegido, los sujetos activos del delito, los conceptos de menor y de sustracción y la pena han cambiado con respecto al antiguo delito de sustracción de menores, pero la conducta típica dista bien poco de la antigua sustracción. Con todo, la nueva figura presenta unas diferencias muy importantes que serán analizadas a lo largo de estas páginas, diferencias que encuentran justificación en el cambio social y las nuevas formas de familia.

La sustracción de menores hace referencia a la conducta de trasladar o retener al menor. El artículo 225 bis incluye un concepto de sustracción, de tal forma que esta se puede llevar a cabo por medio de estas dos vías: trasladando al menor del lugar de residencia habitual o reteniéndolo, siempre y cuando esta retención implique un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Hasta este punto, la sustracción de menores coincide plenamente con la anterior figura homónima, si bien la actual ha sido mejorada al ofrecer un concreto concepto de sustracción, que no estaba presente en el antiguo delito.

La diferencia más relevante se produce con respecto al sujeto activo, dado que el delito actualmente se configura como un delito especial propio, en tanto el legislador indica expresamente que solo el progenitor será quien pueda cometer el delito, aun cuando en el

[13] FERNÁNDEZ PINÓS, J. E. – DE FRUTOS GÓMEZ, C. *Delitos contra el honor, delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 171 y 173.
[14] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. *Las figuras de abandono…,* Ob. cit., p. 16.

último apartado del precepto acaba mencionando algunos parientes cercanos que también podrán incurrir en el tipo.

Así las cosas, los casos antiguos de sustracción de menores deberán ser reconducidos ahora a través de las figuras de detención ilegal y secuestro, siendo que el tipo de sustracción queda en el cerrado ámbito del núcleo familiar, de ahí que tenga sentido ese cambio de ubicación desde los delitos contra la libertad y la seguridad hasta los delitos contra las relaciones familiares[15].

Con respecto al porqué de incluir un delito de estas características en ese momento y en tales condiciones, es una cuestión cuya respuesta necesita de una visión en perspectiva de las diferencias de la familia moderna con respecto a la familia antigua.

Cabe distinguir el sistema de familia nuclear, en oposición al sistema de familia troncal. El primero supone una familia compuesta por un matrimonio con hijos y el segundo implica un hogar en el que conviven varias generaciones.

Señala la doctrina que la familia es un agente activo que no responde ciegamente a los cambios, sino que es ella quien los planea, inicia o resiste, desechando el estereotipo de la familia pasiva[16]. De hecho, se ha comentado el cambio sufrido por dicha institución en los últimos treinta años, especialmente mediante el incremento del número de hogares en contraposición con el descenso del tamaño medio de las familias[17].

Sin embargo, la familia no solo ha cambiado en estructura y tamaño, sino también en su propio contenido. A pesar de que un gran porcentaje de ellas sigue manteniendo la estructura nuclear de padre, madre e hijos, existen distintas formas de familias. Así, en la actualidad es perfectamente plausible un matrimonio homosexual con hijos, pues la familia no necesariamente ha de estar constituida por un matrimonio heterosexual. Por otra parte, puede encontrarse también un gran número de familias monoparentales compuestas por lo que coloquialmente se conoce como "padre soltero o madre soltera", es decir, una familia compuesta por un solo progenitor con sus hijos. Por supuesto, abunda cada vez más la familia compuesta solo por los dos miembros de la pareja, que deciden no tener hijos, ya sea porque no desean o porque, por algún motivo (la falta de recursos económicos, la dificultad de conciliación laboral, etc.), no pueden tenerlos. Tampoco resulta ya extraño encontrar hogares compuestos por una sola persona, pues cabe la posibilidad de que dicha persona decida no convivir con su pareja (o puede no tenerla) ni tener hijos.

Además, es cada vez más frecuente encontrar matrimonios con hijos que ponen punto y final a su relación sentimental y rehacen su vida con otras personas que pueden o no encontrarse en la misma situación. De esta manera, es perfectamente posible encontrar una familia compuesta por una persona con hijos fruto de relaciones anteriores y otra persona soltera, separada, divorciada o viuda sin hijos. Y también cabe la posibilidad, harto frecuente, de familias compuestas por parejas con hijos procedentes de otras

[15] De la misma opinión, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental de menores", *Estudios jurídicos*, nº 2007, 2007, p. 7.
[16] HAREVEN, T. K. "Historia de la familia y la complejidad del cambio social", (trad. SVEN REHER, A. - GARCÍA ORTIZ, E.), *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica,* XIII, 1, 1995, p. 120.
[17] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 11.

relaciones anteriores, conviviendo, por tanto, distintos menores sin ser todos hermanos entre sí[18].

No debe olvidarse que la gran crisis económica que ha inundado nuestro país ha provocado también nuevas formas de familia. Junto a aquellas familias formadas por padres, hijos y abuelos (es relativamente común la convivencia con abuelos mayores que van siendo dependientes y, en consecuencia, se trasladan a vivir con sus hijos), coexisten familias en las que son los padres y los hijos los que se trasladan a vivir con los abuelos ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos de la propia vivienda. Muchas parejas se ven obligadas a trasladarse a su antigua casa en compañía de sus hijos y son los abuelos los que vuelven a tener el rol de sostenimiento de la familia, a veces con los únicos ingresos de las bajas pensiones.

Cuando se produce un delito de sustracción de menores, el menor sustraído puede encontrarse en el seno de cualquiera de las formas de familia descritas, pero el hecho delictivo sigue siendo el mismo. Hace unas décadas, el modelo de familia que imperaba en la sociedad hacía innecesaria la tipificación del delito de sustracción de menores, puesto que pocas parejas rompían su vínculo afectivo y, en consecuencia, ninguno de los progenitores procedía a sustraer a su hijo menor. Sin embargo, actualmente ese modelo ha cambiado notablemente. Ello hace que ahora sí sea posible proceder a la sustracción de un menor en un momento de aprovechamiento de las circunstancias. Ahora, existen muchas familias rotas y reestructuradas y alguno de los progenitores puede intentar sustraer al menor, no necesariamente con fines perjudiciales, sino simplemente por poder disfrutar de su compañía. Precisamente estas nuevas posibilidades delictivas supusieron la implantación del delito de sustracción de menores en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 9/2002. Se sabe que el Derecho siempre sigue a la sociedad y este caso no es diferente. De la misma manera que el avance tecnológico ha supuesto nuevas vías delictivas y, en consecuencia, han sido creados nuevos tipos penales relativos a los delitos informáticos, el avance de la sociedad y, más concretamente, de las formas de familia, ha hecho surgir la necesidad de tipificación de un nuevo delito que puede denominarse sustracción parental de menores.

Indudablemente, el delito de sustracción de menores requiere, en la gran mayoría de los casos, unos antecedentes previos. Quiere decirse que, antes de producirse la sustracción, lo lógico es que se haya producido una crisis familiar que lleve al apoderamiento del niño por parte de cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja cuando decide abandonar el domicilio familiar. Tampoco es infrecuente el supuesto en que, una vez que ya se ha producido la crisis familiar y la pareja se ha separado o divorciado, la persona que disfruta de un régimen de comunicación no reintegre al menor al cuidador habitual. Finalmente, es posible que sea la persona que ostenta la custodia la que retenga al menor e impida el desarrollo de esa visita o se traslade a otro lugar. Aunque los posibles escenarios son muy variados, teniendo en cuenta que el quinto apartado del artículo 225 bis establece una cláusula extensiva de sujetos activos y que es posible que

[18] Esto en algunos casos supone conflictos importantes, en vista de que no todos los niños se adaptan de la misma forma a convivir con personas ajenas a la familia. Por ello, hay familias que gozan de una relación estrecha y buena a pesar de convivir con niños o adolescentes que no son hermanos propios y a pesar de la presencia en casa de un no progenitor que mantiene una relación sentimental con el progenitor y, en otros casos, la convivencia será más ardua, dado que las discusiones en el seno de una familia (sea cual sea su forma) están a la orden del día.

ninguno de los progenitores resulte perjudicado si el menor se encuentra a cargo de un tercero, los tres supuestos especificados van a ser los más frecuentes. Esos tres panoramas van a implicar una crisis sentimental previa que conducirá a la acción de sustracción. La lógica invita a pensar que, si la familia funciona adecuadamente, dicho delito no se producirá. Del mismo modo, si permanece una buena relación entre los padres con posterioridad a la crisis de pareja, las posibilidades de que acontezca una sustracción son infinitamente más bajas.

Se ha ido asistiendo a un proceso a través del cual se fue desarrollando cada vez una mayor libertad para romper vínculos sentimentales, desde una prohibición absoluta al considerarse el vínculo matrimonial indisoluble, pasando por periodos de mayor flexibilidad, hasta llegar a una normativa auténticamente permisiva que elimina casi por completo los requisitos que han de cumplirse para dar el paso a la separación y al divorcio.

Existen dos fenómenos que han sido claves para facilitar la comisión de este tipo de comportamientos y que, en consecuencia, han conducido a la necesidad de tipificación de la sustracción de menores. En primer lugar, la facilidad con la que ahora puede romperse una familia. Antiguamente, era complicado obtener una separación, mucho menos un divorcio, y las parejas debían permanecer unidas porque así lo dictaba la ley, muy probablemente debido a la concepción religiosa fervientemente seguida, que aún hoy sigue permaneciendo en muchos hogares. Los cambios gubernamentales fueron ampliando o disminuyendo los requisitos para poder poner fin al vínculo matrimonial, pero, por regla general, esto era algo complicado. Aunque poco a poco la situación fue cambiando y las personas fueron obteniendo cada vez una mayor libertad de decisión en esta materia, lo cierto es que fue en el año 2005 cuando se otorga la libertad absoluta. Antes de esta fecha, se encontraba vigente la Ley 30/1981, de 7 de julio, que permitía la separación y el divorcio si concurrían ciertas causas tasadas, siendo además un proceso lento. Obviamente, existían separaciones y divorcios, pero esa realidad no es comparable a la actual, donde la gente contrae matrimonio y lo disuelve fácil y libremente.

Dicha Ley se mantuvo vigente en España durante más de dos décadas, hasta que la Ley 15/2005, de 8 de julio, procedió a facilitar y a acortar los plazos para conseguir la separación o el divorcio. Como es imaginable, el número de personas separadas o divorciadas aumentó considerablemente. El hecho de que paulatinamente se hayan ido produciendo más y más casos de separaciones sentimentales hace que también crezcan los conflictos en torno a lo que sucede con los hijos una vez que el vínculo entre la pareja desaparece. Por consiguiente, también se ve aumentado el número de casos de padres o madres que huyen con sus hijos como resultado de una decisión absolutamente unilateral[19].

El segundo fenómeno que ha participado en la tendencia creciente de las sustracciones parentales ha sido, indudablemente, la facilidad de movilidad geográfica. Nos encontramos en una era en la que es relativamente fácil llegar de un punto a otro de la geografía mundial. Además, la libertad de circulación en el seno de la Unión Europea contribuye a esa facilidad. Las personas se trasladan de residencia continuamente por

[19] Piénsese que la Ley de 2005 es posterior a la creación del delito de sustracción de menores, que nació o resurgió en el año 2002. Por ende, si ya era preocupante la situación hasta el punto de que el legislador decidiera tipificar la conducta en ese año, cabe imaginar que dicha situación empeoró a raíz de dicha Ley, que por cierto, resulta acertada y ajustada al pensamiento y forma de vida de hoy en día.

motivos personales, laborales o de cualquier otra índole y cada vez es más frecuente encontrar parejas formadas por personas de distinto origen.

Esta realidad, aunque contribuye a un enriquecimiento social y es extremadamente beneficioso para los niños nacidos en el seno de esas parejas porque pueden ser bilingües desde el mismo nacimiento, algo que les aportará innumerables ventajas en el futuro, también tiene su contrapartida. En el caso de que esa pareja no funcione y sea necesario ponerle fin, si uno de los padres quiere volver a su país de origen con el menor y el otro desea permanecer en el país de residencia también con el niño, el conflicto está asegurado.

Lo normal y racional sería acudir a los tribunales civiles para que fueran ellos, expertos y competentes en esta materia, los que decidieran el porvenir del menor. Sin embargo, hay muchas personas que, por miedo a obtener una decisión perjudicial para sus intereses, por ignorancia o por cualquier otro motivo, toman la decisión de huir con el menor y regresar al país de origen, conociendo el hecho de que la triste realidad es que los tribunales suelen proteger los intereses del nacional de su país, solo por este motivo, sin realmente ahondar en la búsqueda del interés superior del menor, principio primordial en el Ordenamiento jurídico.

El hecho de que inicialmente el paradigma típico fuera aprovechar un régimen de visitas para trasladar al menor puede ser la respuesta a la defectuosa redacción del tipo, que impide cubrir todos los supuestos de sustracción. Estas son las consecuencias de legislar a golpe de caso, los bienes jurídicos acaban siendo protegidos de manera ineficaz. Sin embargo, ahora suele ser el cuidador habitual el que huye con el menor en detrimento del otro y quizá por eso se haya fraguado una reforma penal de la mano de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la Violencia, que ha ayudado a paliar, en gran medida, los inconvenientes derivados del tipo desde el momento de su creación.

En cualquier caso, es certero el dato de que desde hace ya varios años hasta la fecha, se están trasladando ilícitamente niños menores de edad, sin el consentimiento de quien debiera otorgarlo y ello fomenta una y otra vez la aplicación del protocolo previsto en el Convenio de La Haya de 1980 cuando ese traslado se produce fuera de las fronteras nacionales hacia otro Estado que forme parte del Convenio, lo cual implica también una dificultad añadida cuando el menor es trasladado a un país islámico, pues la mayoría no se han adherido al Convenio. De esta forma, se puede afirmar que la posibilidad de obtener el retorno del menor cuando este ha sido trasladado a un país islámico con el que no existe ningún acuerdo en este ámbito concreto es prácticamente nula, máxime si el que traslada al menor es el padre y la que solicita el retorno es la madre, pues los tribunales de dichos países suelen estimar que el padre está mejor preparado que la madre para cuidar del niño.

En cuanto al momento exacto a partir del cual España comienza a prestar atención a esta figura, se ha señalado que en nuestro país las víctimas de sustracción empezaron a tener consideración a raíz de un programa de televisión emitido el 17 de mayo de 1997 (Quién sabe dónde) en el que tres madres cuyos hijos habían sido sustraídos por el padre solicitaron ayuda públicamente y constituyeron una asociación que aglutinaba a padres y madres que habían sido víctimas de la sustracción de sus hijos, habían recibido amenazas de una posible sustracción o trataban de proteger a los hijos que habían logrado recuperar.

De esta forma, se abrió un camino para escuchar a las víctimas, difundir el problema y estudiar posibles vías jurídicas para ver cómo podía resolverse el conflicto[20].

Este dato, junto con la creciente expansión del fenómeno de sustracción parental de menores, sin olvidar las distintas Recomendaciones del Defensor del Pueblo, fue lo que motivó la creación de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, otorgándose, de esta manera, una respuesta jurídico-penal a un conflicto con raíces civiles, razón por la que es necesario contar con la legislación civil para aportar una adecuada interpretación del precepto penal.

Precisamente este estudio se destina a dicho propósito, a un intento de dotar de significación penal a esta figura delictiva, al objeto de ofrecer una interpretación adecuada a sus distintos elementos, en vista de que cuestiones tan fundamentales como el ámbito de aplicación, el bien jurídico protegido o los sujetos implicados siguen siendo muy controvertidas tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia.

## II. ANTECEDENTES

Un simple vistazo por los Códigos Penales antiguos, hará percibir que el delito de sustracción de menores contenía una tipificación bien distinta a la plasmada en el Código actual. Históricamente, el delito de sustracción de menores era un tipo pensado para el caso de un extraño al núcleo familiar que "raptaba" a un menor de edad y lo arrancaba de sus padres.

Estos elementos típicos del tradicional delito de sustracción de menores, como se tendrá ocasión de comprobar, se mantuvieron hasta el Código Penal de 1995, en el que ya no se incluye. Fue mucho después, con la reforma de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, cuando se recupera ese antiguo nombre para dar cobertura a una realidad nueva, propiciada por la libre movilidad de personas, que fomentaba las uniones entre personas de distintas nacionalidades, lo cual dio lugar a que los hijos habidos en el seno de dichas relaciones corrieran el riesgo de ser trasladados de su lugar de residencia habitual, frecuentemente a la tierra natal de alguno de los progenitores, cuando las mismas llegaban a su fin.

De hecho, esta realidad llevó a la creación del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores el 25 de octubre de 1980, del que actualmente forman parte un gran número de países. En España, como viene siendo costumbre, fuimos con retraso en tratar de remediar este tipo de situaciones y no fue hasta más de dos décadas después cuando el legislador penal decidió otorgar una respuesta a esta clase de conflictos.

De esta manera, vamos a empezar realizando una revisión del delito de sustracción de menores a lo largo de la Historia española y la forma en que este delito ha ido evolucionando hasta llegar a describir la situación en que uno de los progenitores traslada o retiene a un menor de manera ilícita, bloqueando el contacto con la persona a la que corresponde ese derecho, esa compañía.

[20] ALONSO-CARVAJAL, A. "La sustracción internacional de menores", *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo* (coord. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., ORTUÑO MUÑOZ, P. y CALVO BABÍO, F.), La Ley – Actualidad, Madrid, 2005, p. 252.

Así, el Código Penal de 1822[21] posee una influencia manifiesta en los diversos intentos de codificación penal posteriores y en el Código Penal español de 1848[22]. Este Código no contiene una figura propiamente dicha de sustracción de menores, lo que no significa necesariamente que los menores no tuvieran en esa época ningún tipo de protección penal. Puede atisbarse algo parecido a la sustracción en el Capítulo IV del Título Primero de la Segunda Parte del Código Penal (de los delitos contra los particulares). Este Capítulo, titulado "de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas y de la violación de los enterramientos", contiene algunos artículos que podrían considerarse antecedentes de lo que más tarde integraría la figura de sustracción de menores[23].

De esta manera, el artículo 664, dedicado a los raptos, contiene *in fine* una referencia al robo de niños[24], tipificándose la conducta del sujeto que rapta a una persona para hacerle daño o abusar de ella con violencia, intimidación o simulación de autoridad,

---

[21] Para poder interpretar correctamente una norma, ya sea penal o de cualquier otra índole, es muy importante situar dicha norma en un contexto socioeconómico y cultural determinado. Así, debe tenerse en cuenta que esta época española estuvo marcada por la Guerra de la Independencia. En el año 1807 se produjo la firma del Tratado de Fontainebleau entre Manuel Godoy (valido del monarca español Carlos IV) y Napoleón Bonaparte (emperador francés). Este Tratado suponía una alianza entre España y Francia para invadir Portugal. El acuerdo consistía, esencialmente, en que España otorgaba su permiso a las tropas francesas para pasar por territorio español y así procederse a la invasión del territorio portugués. Sin embargo, la realidad fue que Francia aprovechó este acuerdo para tomar España. Los ciudadanos españoles se rebelaron contra la ocupación francesa, produciéndose el Levantamiento del Dos de Mayo en Madrid. A modo de represalia, los soldados franceses fusilaron a varias decenas de españoles. Esto fue la cuna de la denominada Guerra de la Independencia Española o Guerra de los Seis Años, que tuvo lugar de 1808 a 1814. Entre medias, se promulgó la Constitución de 1812, que fue derogada y publicada varias veces. Por último, en 1820 se producen distintos brotes revolucionarios en toda Europa. El Código Penal de 1822 tuvo su origen en el seno de este contexto y su estructura es diferente a la que presentan los códigos posteriores, pues se divide en "Título Preliminar" (artículos 1 a 187); "Parte primera. De los delitos contra la sociedad" (artículos 188 a 604); y "Parte segunda. De los delitos contra los particulares" (artículos 605 a 816). Hay elementos de este Código que llaman poderosamente la atención. Por ejemplo, incluye dentro del catálogo de penas susceptibles de imposición, la pena de muerte, pero es curiosa la forma de regularla. Presenta extrema dureza al establecer la posibilidad de imponer la pena de muerte a un delincuente pero denota tintes compasivos en el artículo 32, en el que se establece que desde que se notifica la sentencia de pena de muerte al reo hasta que la ejecución tiene lugar*, se le tratará con la mayor conmiseración y blandura; se le proporcionarán todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca, sin irregularidad ni demasía; y se le permitirá ver y hablar las veces y el tiempo que quiera á su muger, hijos, parientes, ó amigos, arreglar sus negocios, hacer testamento, y disponer libremente de sus ropas y efectos con arreglo á las leyes*.... Por otra parte, estamos en presencia de una justicia penal capaz de condenar a una persona a muerte pero cuyo contenido incluye preceptos dedicados a regular la rebaja de penas a delincuentes que se arrepentían de sus delitos y se enmendaban (artículos 144 a 155); la posibilidad de ser indultado (de acuerdo con los artículos 156 a 170); plazos de tiempo que determinan la prescripción de los delitos (artículos 171 a 178); y destaca muy especialmente un sistema indemnizatorio para los acusados que hubieran sido declarados inocentes y hubiesen sufrido algún tipo de daño o perjuicio en su persona, reputación o bienes (artículos 179 a 181), algo que no es posible encontrar en el Código Penal actual.

[22] IÑESTA PASTOR, E. *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 40-41.

[23] Así, también, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "El nuevo delito de sustracción parental de menores", *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón* (coord. DE TOLEDO y UBIETO, E. O.; GURDIEL SIERRA, M; y CORTÉS BECHIARELLI, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 289.

[24] El artículo establece literalmente lo siguiente: *Es raptor el que para abusar de otra persona, ó para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien con violencia material, bien amenazándola ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre ó el carácter de autoridad legítima, ó suponiendo una orden de esta. El que cometa este delito sufrirá la pena de cinco á nueve años de obras públicas; sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare del engaño referido, ó causare heridas u otro mal tratamiento de obra en la violencia. Entiéndese incurrir en la pena de este artículo como raptor con violencia el que roba niño ó niña que no hubiese llegado á la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de ellos ó causarles algún daño.*

equiparándose el raptor con violencia al raptor de niños impúberes, aunque no tuviera intención de abusar de ellos o dañarlos, castigándose con la pena de cinco a nueve años de obras públicas [25], sin perjuicio de aplicar otra más grave en atención al daño causado con los medios comisivos.

Varios elementos destacan de este precepto. En primer lugar, no se refiere a sustraer un menor, pero sí a robar a un niño o a una niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad. Podría pensarse que este precepto constituye un antecedente de la posterior figura de sustracción de menores, en tanto el artículo equipara el rapto con el robo de niños. Como puede apreciarse, el rapto supone llevarse a una persona con la finalidad de abusar de ella o de infligirle algún tipo de daño. Sin embargo, cuando se produce el robo de un niño o de una niña, no es necesario que ese elemento subjetivo del injusto esté presente en la conducta, castigándose esta a pesar de su ausencia. Aun así, esta figura puede suscitar algunas dudas.

El tipo es claro en cuanto a que es innecesario que el autor persiga una finalidad de abuso o causación de daño subsiguiente al rapto pero no termina de especificar si es necesario que ese rapto se produzca de acuerdo a las vías mencionadas al principio del precepto (violencia, intimidación, simulando carácter público) o si la conducta quedaría realizada con independencia de que el autor ejecute el rapto sin necesidad de acudir a tales vías, dado que la expresión utilizada para referirse al sujeto activo es "raptor con violencia". Del tipo parece desprenderse que tampoco es necesario el uso de estas vías, bastando con que el sujeto raptado sea un niño o una niña impúber.

Este Código no hace referencia a sujetos activos concretos, lo cual no permite establecer una regla general acerca de si los padres pueden o no cometer la conducta. Claramente, no es un precepto pensado solo y exclusivamente para ellos, pero tampoco existe en el tipo nada que impida apreciar el tipo si es alguno de los progenitores quien verifica la conducta. Por consiguiente, podría ser posible la aplicación del delito de rapto al padre o a la madre, pues el artículo indica expresamente que no tiene por qué actuarse con una finalidad de perjudicar al niño, sino que se pena el simple hecho de raptarlo. Por tanto, existe un mismo precepto que sirve para cualquier tipo de realidad, con independencia del sujeto activo. Padres y terceros ajenos al grupo familiar estricto serían castigados con la misma pena.

El Código Penal de 1822 establece como requisito para integrar la conducta de raptor con violencia que el sujeto pasivo sea un niño o una niña que no haya llegado aún a la edad de la pubertad. Se trata de un criterio desprovisto de la necesaria seguridad jurídica que impera en la actualidad, pues no se establece un límite de edad objetivo, sino un criterio difuso. La confusión es todavía mayor si se tiene en cuenta que la edad en la que se alcanza la pubertad es diferente en niños y niñas, pues estas últimas suelen alcanzarla a una edad más temprana.

[25] La condena a obras públicas tenía una duración máxima de veinticinco años (artículo 54). Se trataba de una especie de lo que actualmente denominamos "trabajos en beneficio de la comunidad", si bien las condiciones eran mucho más duras, pues los condenados iban sujetos por parejas con cadenas y solo descansaban el tiempo preciso, aunque el Código establecía la posibilidad de ser dispensado en caso de sufrir una enfermedad.

Tras la derogación del Código de 1822[26], aparece el Código de 1848, mucho más duro que su antecesor[27]. Dicho Código fue calificado por la doctrina de liberal moderado: liberal en cuanto que acababa con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, pero moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos como los delitos contra la religión católica o contra el Estado, la vigencia de algunas penas como la de argolla y el rigorismo en la regulación del modo de ejecutar la pena de muerte[28].

El Código Penal de 1848 trajo consigo una importante reforma del tema que nos ocupa. Aparece un nuevo Título, denominado *Delitos contra la libertad y la seguridad,* en el que se tipifica por primera vez la sustracción de menores como tal. No faltaron críticas hacia esta rúbrica, que fue considerada imprecisa, por cuanto las figuras delictivas que contenía no presentaban elementos suficientes como para determinar si suponían un atentado contra la libertad y la seguridad o solamente contra alguno de dichos bienes jurídicos[29].

En este momento aparecen tres tipos penales relacionados con la sustracción de menores. El artículo 398 del Código Penal de 1848 castigaba la sustracción de menores de siete años con una pena de cadena temporal[30]. En ese momento, la doctrina consideró que se trataba de un tipo cualificado de detención ilegal, en atención al engaño o violencia ejercida sobre personas débiles[31].

Aquí cabe exponer las mismas conclusiones a las que se ha llegado anteriormente con respecto al delito de rapto del Código de 1822, pues al no especificarse ni restringirse el círculo de posibles sujetos activos, cabe entender que cualquiera puede formar parte del mismo, si bien sin distinción penológica para unos y otros, salvo la posible aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. Por ende, se trata de un delito común con cabida para cualquier persona, con independencia de si son los padres o no lo son. Al menos, en lo que respecta a esta primera modalidad de sustracción de menores, dado que las otras dos (que se analizarán a continuación) están redactadas de forma que se percibe claramente que los padres quedarían configurados como sujetos pasivos. Estas conclusiones son de aplicación para todos los Códigos Penales posteriores que serán

[26] Como señala IÑESTA PASTOR, "la derogación del Código Penal de 1822 no solo supuso la vuelta al Derecho Penal del Antiguo Régimen, sino también el abandono del espíritu mitigador propio del despotismo ilustrado, manifestado ya desde la segunda mitad del siglo XVIII. Tal situación permanecería hasta el Código penal de 1848. Con la derogación del Código penal de 1822 no desapareció la conciencia de la conveniencia y necesidad de renovación de una legislación penal tan anticuada, represiva y, sobre todo, desacorde con las nuevas necesidades sociales como la que existía en España". En *El Código Penal Español ...,* Ob. cit., pp. 42.

[27] Con la nueva regulación desaparecen las pequeñas "concesiones" otorgadas a las personas condenadas a muerte; el sistema indemnizatorio previsto para el caso de que una persona acusada de la comisión de un delito fuera declarada finalmente inocente y hubiera sufrido algún perjuicio derivado del proceso penal; y la reducción de la condena para aquellos condenados que se arrepintiesen y enmendasen.

[28] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, p. 190.

[29] IÑESTA PASTOR, E. *El Código Penal Español ...,* Ob. cit., p. 726.

[30] La pena de cadena temporal era considerada una pena aflictiva, caracterizada por su mayor duración, el lugar de su cumplimiento y por que el individuo incurría en una situación de servidumbre, estando obligado al cumplimiento de trabajos forzados mediante cadenas o grilletes al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado (ELÍAS, J. A. *Aplicación práctica del Código Penal de España,* Imprenta de Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848, p. 28.). Su cumplimiento debía producirse, de acuerdo con el artículo 95 del Código, en algún arsenal de la marina o en obras de fortificación, caminos y canales dentro de la Península e islas adyacentes.

[31] VIZMANOS, T.M. - ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al nuevo Código Penal,* González y Vicente, Madrid, 1848, p. 439.

objeto de estudio en este primer capítulo, por lo que no se redundarán explicaciones para cada uno de ellos, basta con indicar en este momento que, a lo largo de la Codificación del delito de sustracción de menores, de las tres conductas que lo engloban (en algunos Códigos en tres preceptos y en otros en dos debido a la fusión de dos de ellas en un mismo tipo), la modalidad de sustracción podría ser de posible aplicación tanto a los progenitores como a terceros extraños a la figura, sin olvidar que esta interpretación, aunque plausible, no deja de ser un tanto forzada al ubicarse la conducta entre los delitos contra la libertad y la seguridad, siendo que dichos bienes jurídicos no terminan de casar del todo con el hecho de que sea el padre o la madre quien ejecute la conducta, en cuyo caso se lesionaría más bien la familia o, como lo describe el Código Penal actual, las relaciones familiares.

El siguiente precepto, artículo 399, sancionaba con la misma pena a la persona encargada de un menor de edad que no lo entregase a sus padres o tutores, ni diera explicación satisfactoria de su desaparición. En este caso, puede observarse que no se establece ningún límite de edad, al contrario de lo que sucede en el precepto anterior, que recoge un límite objetivo de siete años. Por consiguiente, se entiende que se hacía referencia al menor de veinticinco años, que era el límite fijado para la mayoría de edad[32]. En palabras de la doctrina[33], este precepto no solamente es aplicable a un tutor o un maestro, sino también al criado, doméstico o dependiente, es decir, a la persona que abusa de la confianza que se ha depositado en ella para sustraer al menor o consentir que otro lleve a cabo la sustracción. Esta descripción puede considerarse el origen del actual artículo 223, que se refiere al custodio que no presenta a un menor o a una persona discapacitada necesitada de especial protección ante los padres cuando estos lo requieran.

Finalmente, el artículo 400[34] castigaba la inducción a un menor de edad mayor de siete años a abandonar la casa familiar, con penas de arresto mayor[35] y multa. Como puede apreciarse, existe una gran diferencia de penas según la edad del menor, puesto que si se comete una sustracción propiamente dicha de un menor de siete años, la pena es de cadena temporal, mientras que si el menor es mayor de siete años y lo que se produce es una inducción, una especie de persuasión para que sea el menor el que abandone el hogar por sí mismo, la pena es notablemente más leve, a saber, de arresto mayor y de multa[36]. Este delito pervive actualmente en el artículo 224 CP, con una descripción ligeramente modificada, habiéndose incluido igualmente un párrafo específico (también por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre) para el caso de que el inductor sea el propio progenitor del menor.

Solo dos años después de la promulgación del nuevo Código Penal, tuvo lugar una refundición del mismo, junto con algunas reformas, que culminaron con el Código Penal

[32] PACHECO, si bien refiriéndose a la reforma de 1850 (que mantiene las mismas conductas, aunque en distinto articulado) en *El Código Penal…,* Ob. cit., p. 1166, consideraba que el artículo estaba incompleto porque la interpretación de que debía llegarse a los veinticinco años era demasiado amplia, dada la dificultad de sustracción de una persona de esta edad, pero entender que el límite era siete años, al igual que en la sustracción, era demasiado bajo.

[33] VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 440.

[34] Indicaba literalmente lo siguiente: *El que indujere á un menor de edad, pero mayor de siete años, á que abandone la casa de sus padres, tutores ó encargados de su persona, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 20 á 200 duros*.

[35] Se consideraba una pena correccional impuesta para delitos menos graves (ELÍAS, J.A. *Aplicación práctica…,* Ob. cit., p. 28.). De acuerdo con el artículo 111 del Código Penal de 1848, esta pena debía cumplirse en una casa destinada a tal fin en cada cabeza de partido.

[36] Téngase en cuenta que la pena de arresto mayor no podía superar los seis meses de duración, en tanto la pena de cadena podía durar hasta 20 años (artículo 83 del Código Penal 1848).

de 1850. Se ha apuntado que la diferencia de ambiente político entre uno y otro Código consistió, quizá, en una radicalización, en la conciencia del poder, de la necesidad de protección de la sociedad y del Estado, frente a imaginarias o reales amenazas derivadas de la situación social y política[37].

Si los Códigos de 1848, 1870 y 1932 pueden considerarse progresivos en sus respectivas épocas, el de 1850, junto con los de 1928 y 1944, debe estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona[38]. El Código de 1850, duramente criticado[39], presenta la misma regulación que el anterior. No se produce modificación alguna ni en la redacción de las conductas típicas ni en las penas que estas conllevan. Lo que sí puede observarse es un cambio en el articulado, pese a que los delitos siguen comprendidos en el Título XIII consagrado a los delitos contra la libertad y la seguridad, los antiguos preceptos 398, 399 y 400 pasan a situarse en los artículos 408, 409 y 410, respectivamente.

Define PACHECO la conducta típica del artículo 408 (sustracción de menores) como "el robo, la sustracción de un niño para quedarse con él, o para hacerle perder las nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. De lo que aquí se trata es de lo que cuentan que hacían los gitanos vagabundos, de lo que puede hacer una persona que quiera suprimir derechos existentes delante de sí, y para ello arrebata, sustrae, y hace desaparecer menores que, poseyéndolos, le estorban"[40].

En estas palabras se aprecia perfectamente la esencia de la conducta, el apoderarse de un niño para hacerle perder sus nociones de origen, algo que se llevaba a cabo por terceros extraños a la familia. En la actualidad, si bien las consecuencias pueden ser las mismas, concretándose en el apoderamiento del menor, los sujetos han cambiado, por lo que la conducta actual dista bastante de la antigua.

Por su parte, el Código Penal de 1870 aparece tras la Revolución Gloriosa de 1868 y en medio de lo que se ha denominado el "Sexenio Revolucionario" (1868-1874). En opinión de la doctrina, la importancia de este Código reside en tratarse de un intento de armonizar la ley penal con la Constitución de 1869[41]. El Código Penal de 1870 englobaba el delito de sustracción de menores en el Capítulo II del Título XII de los delitos contra la libertad y seguridad, entre los artículos 498 y 500. De un Código a otro puede observarse un nuevo cambio de articulado, a pesar de que la figura delictiva de sustracción de menores se mantiene incardinada entre los delitos contra la libertad y la seguridad[42].

---

[37] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *et al. Códigos penales españoles …,* Ob. cit., p.189.
[38] *Ibídem*, p. 321.
[39] MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. realizó una profunda reflexión en este sentido: "el Código penal de hoy no es ya ni la sombra del Código de 1848; es, a nuestro modo de ver, una obra enteramente nueva, aunque fundada sobre las ruinas y con los escombros de la antigua. Por más que veamos su forma exterior primitiva, qué importa si ha sido minado en lo más hondo de sus cimientos". En *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España Peninsular y Ultramarina*, tomo II, 5ª ed., Administración de Madrid, Madrid, 1892, p. 901.
[40] PACHECO, J. F. *El Código Penal…,* Ob. cit., p. 1165.
[41] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *et al. Códigos penales españoles…,* Ob. cit., p. 489.
[42] Sin embargo, existe otra sutil diferencia entre la regulación de 1850 y la de 1870: en los Códigos Penales de 1848 y 1850, la duración de la pena de cadena temporal tenía un mínimo de doce años y un máximo de veinte. No obstante, en el Código Penal de 1870, la duración de dicha pena es de un mínimo de doce años y un día a veinte años (artículo 29). Del mismo modo, la duración de la pena de arresto mayor, que en los dos Códigos anteriores se encontraba entre uno y seis meses, pasa a tener un mínimo de un mes y un día en

Así, el artículo 498 castigaba la sustracción de un menor de siete años con la pena de cadena temporal[43]; el artículo 499 castigaba con la misma pena al encargado de un menor que no lo presentara ante sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición; por último, el artículo 500 sancionaba la conducta de inducir a un menor de edad pero mayor de siete años a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados, con pena de arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas.

Debe apuntarse que, en España, existía una Ley Especial, fuera del Código Penal, que castigaba la inducción a un menor a abandonar el hogar familiar. Se trata de la Ley de 26 de julio de 1878 sobre trabajos peligrosos de los niños, cuyo artículo primero castigaba en el apartado quinto la inducción a un menor de dieciséis años a abandonar el domicilio familiar para seguir a individuos dedicados a ciertas profesiones o a los que se dedicaban a la vagancia o mendicidad[44].

Esto supone dos regímenes legales distintos y complementarios. Si un menor de dieciséis años era inducido a abandonar el hogar familiar para dedicarse a las actividades anteriormente mencionadas, era de aplicación esta normativa con base en el principio de especialidad, incurriéndose en una pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio y una multa de 125 a 1250 pesetas. Si esa inducción no obedecía a esa finalidad específica, el comportamiento debía castigarse de acuerdo a la normativa reflejada en el Código Penal.

Así las cosas, llegamos al Código Penal de 1928, que presenta la Dictadura de Primo de Rivera como telón de fondo[45]. Como importante novedad destaca que es en este Código donde se introducen por primera vez las medidas de seguridad en el Ordenamiento jurídico[46]. Sin embargo, su vigencia fue de corta duración, ya que fue derogado por el Decreto de 15 de abril de 1931, con la llegada de la República.

El Código Penal de 1928 presenta importantes modificaciones en lo concerniente a la regulación del delito de sustracción de menores. Se ha comprobado que, tradicionalmente, esta modalidad delictiva se insertaba frecuentemente en el Título dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad. Sin embargo, en el Código de 1928,

---

la regulación de 1870 (artículo 29). Finalmente, la diferencia más evidente entre ambas regulaciones es la pena de multa prevista para el caso de que se indujera a un menor a abandonar el hogar familiar, que era en 1848 y 1850 de entre 20 y 200 duros y ya se regula en pesetas en el Código de 1870 (de 125 a 1250).

[43] Pena de doce años y un día a veinte años (artículo 29 del Código Penal de 1870).

[44] El artículo rezaba del siguiente modo: *Los que induzcan á un menor de diez y seis años á abandonar el domicilio de sus ascendientes, tutores, curadores o maestros para seguir á los individuos de las profesiones indicadas en el número segundo* (acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas)*, o á los que se dediquen habitualmente á la vagancia o mendicidad.*

[45] Como exponen LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *et al.,* en España, tras acceder al Trono Alfonso XIII, se inicia un periodo de inestabilidad social con huelgas, sublevaciones, asesinatos y atentados, incluso al propio Rey, que los distintos Gobiernos de la Monarquía son incapaces de eliminar. *Códigos penales españoles…,* Ob. cit., p. 665.

[46] El artículo 55 del Código Penal de 1928 establece lo siguiente: *es irresponsable el que, en el momento de ejecutarla acción u omisión punible, se hallare en estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico, que prive necesariamente y por completo a su conciencia de la aptitud para comprender la injusticia de sus actos, o a su voluntad para obrar de acuerdo con ella, siempre que no se hubiera colocado en ese modo voluntariamente.* Como podemos observar, se trata de un concepto de medida de seguridad muy próximo al existente en el Código Penal actual. Ya en aquel momento se impedía la aplicación de esta "causa de inimputabilidad" en el caso de que el sujeto se hubiera introducido en esa situación de manera voluntaria (actio libera in causa). El Capítulo III del Título III del Código Penal de 1928 llevaba por rúbrica "*de las medidas de seguridad y sus clases"*, regulando todas ellas entre los artículos 90 y 107.

se crea un nuevo Título, el Título XV del Libro II, que recoge los "delitos cometidos contra los menores". Por tanto, la primera novedad que se produce con respecto a regulaciones anteriores es precisamente que se elabora un Título dedicado única y exclusivamente a la comisión de delitos en los que el sujeto pasivo ha de ser un menor.

En los Códigos Penales anteriores, el delito de sustracción de menores solía estar englobado en tres preceptos que sancionaban tres conductas distintas pero evidentemente relacionadas entre sí: la sustracción de un menor de siete años; la no presentación de un menor ante sus padres; y la inducción a un menor de edad pero mayor de siete años al abandono del hogar familiar. En el Código Penal de 1928 esto también se modifica, pues se reducen de tres a dos los preceptos que regulan semejantes conductas. El motivo de ello no se encuentra en la eliminación de ninguna de ellas, sino en la refundición de las mismas. De este modo, el artículo 770[47] recogía la sustracción y la denominada sustracción presunta[48]. Por su parte, el artículo 771 regulaba la inducción al menor a abandonar el domicilio familiar[49].

Centrándonos inicialmente en el primer precepto, un rápido vistazo nos muestra que, pese a que las conductas típicas no difieren en lo más mínimo de la regulación establecida en los Códigos anteriores (salvo en el hecho de que ambas se encuentran reguladas en el mismo tipo penal), lo cierto es que la penalidad aplicable a las mismas sí es distinta. Efectivamente, estas dos conductas habían estado sancionadas durante varias décadas con la pena de cadena temporal, cuya regulación y duración han sido expuestas en páginas anteriores. En este momento, la pena no es ya de cadena temporal, sino de entre diez y veinte años de reclusión[50]. De hecho, la pena de cadena ya no se contempla en el catálogo de penas propuesto en el artículo 87 (ni en la modalidad perpetua ni en la modalidad temporal).

En cuanto al segundo precepto, el artículo 771 sigue manteniendo la misma conducta típica que antaño hicieran los Códigos anteriores en referencia a la inducción de un menor de edad, pero mayor de siete años, a abandonar su hogar familiar. Empero, la pena establecida para dicha conducta sí ha sufrido modificaciones, al igual que ocurría con el precepto anterior. Así, mientras que antes esta figura delictiva se encontraba sancionada con una pena de arresto mayor y multa, ahora la pena de multa se mantiene (el sujeto

---

[47] *La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de diez a veinte años de reclusión. En la misma pena incurrirá el que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diese explicación satisfactoria acerca de su desaparición.*

[48] Así se refiere a esta figura delictiva, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 31.

[49] Concretamente, el precepto indicaba: que "*el que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona, será castigado con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de 1.000 a 3.000 pesetas"*.

[50] De acuerdo al artículo 108, la pena de reclusión podía prolongarse entre dos años y un día y treinta años, al igual que la pena de prisión. El artículo 171 determina que *la ejecución de las penas de reclusión y prisión se acomodará al sistema progresivo y comprenderá varios periodos, el primero de los cuales se cumplirá en aislamiento celular y el último en situación de libertad condicional, si el penado se hiciere acreedor de ella* (los requisitos para poder acceder a la libertad condicional se establecen en el artículo 174). El artículo 172 se refiere al periodo de aislamiento celular en los siguientes términos: *en la ejecución de la pena de prisión el período de aislamiento celular, no podrá exceder de seis meses. Los condenados a esta pena estarán obligados a trabajar, dentro o fuera del establecimiento penal en que se hallen recluídos, en los trabajos a que se les destine y no podrán recibir alimentos ni ningún género de auxilio material del exterior.*

podía ser condenado a una pena de multa de entre 1000 y 3000 pesetas) pero va acompañada de una pena de prisión de entre dos meses y un día a seis meses[51].

Aunque se procedió al cambio de las penas ligadas a estas conductas en el sentido de que lo que antes se castigaba con pena de cadena temporal, ahora se castiga con pena de reclusión; y lo que antes se sancionaba con pena de arresto mayor, ahora se sanciona con pena de prisión, lo cierto es que el criterio punitivo se mantuvo uniforme en la medida en que la pena de reclusión presentaba una dureza mucho mayor que la de prisión, siendo que la pena de cadena temporal era incomparablemente más estricta que la de arresto mayor. Por tanto, se seguía manteniendo la idea de que las dos primeras conductas implicaban una mayor gravedad que la tercera y, en consecuencia, debía ser más duramente castigada.

Si bien el Código Penal de 1928 nace en el seno de una Dictadura, el Código Penal de 1932 aparece durante la II República[52]. Con una diferencia temporal de tan solo cuatro años, la situación política es completamente contraria. Tras la dimisión de Primo de Rivera en 1929, la II República es proclamada el 14 de abril de 1931. Solo un día después se declaró derogado el Código penal de 1928, retornando la vigencia del Código Penal de 1870 temporalmente, en tanto se elaboraba uno nuevo[53]. Lógicamente, el retorno al Código de 1870 supuso una vuelta a la antigua regulación del delito de sustracción de menores, que fue parcialmente reformado en el Código de 1928. La sustracción de menores vuelve a estar recogida en tres preceptos, en lugar de en dos (como hacía el Código de 1928).

En el Código Penal de 1932, este delito vuelve a reubicarse en el Título XIII del Libro II, relativo a los delitos contra la libertad y la seguridad. El artículo 477 castigaba la sustracción del menor de siete años con una pena que podía abarcar desde el presidio

[51] La pena de prisión estaba regulada en los artículos 171 del Código Penal de 1928 (señalado previamente con motivo de la pena de reclusión), siendo su duración de entre dos años y un día a treinta años. Acerca de la ejecución de esta pena, indicaba el artículo 173 que "*en la ejecución de la pena de prisión el período de aislamiento celular no podrá exceder de dos meses. Los condenados a esta pena estarán obligados a trabajar dentro del establecimiento, a ser posible en trabajos de su elección. En el caso de que los reglamentos penitenciarios dispusieran trabajos al exterior, solamente podrán ser dedicados a ellos mediando su consentimiento. Las comunicaciones de estos penados con el exterior serán más frecuentes que las concedidas a los castigados con reclusión. Asimismo las correcciones disciplinarias que se les impongan serán, por regla general, menos severas, salvo si lo exigiere la gravedad de la falta. En caso de enfermedad el penado podrá ser autorizado para recibir alimentos y auxilios materiales de fuera del establecimiento".*

[52] La doctrina se refiere a la situación político-social de aquella época en los siguientes términos: "con el advenimiento de la República, se hizo necesario regular la materia penal en forma distinta. En la Comisión de Códigos se manifestaron dos tendencias: una, que deseaba realizar un Código de nueva planta, y otra, que prefería dar rápidamente una respuesta a la realidad social del país. Esta última posición fue la que prevaleció. Así, por ello, se reformó en lo más esencial el viejo Código de 1870 y la elaboración del nuevo Código se pospuso para realizarla con más calma, lo que no pudo llevarse a cabo. […] El 5 de noviembre de 1932 se promulgó en nuevo Código que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. La estructura, espíritu y la casi totalidad del contenido de este nuevo Código es análoga a la del Código de 1870". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *et al. Códigos penales españoles…,* Ob. cit., p. 971.

[53] Pese a la clara influencia del Código de 1870 sobre el Código de 1932, existe una modificación esencial que supone un antes y un después en la penología española pues, tras más de un siglo de instauración de la pena de muerte en los códigos penales, esta es finalmente abolida con la reforma de 1932, aunque dos años después sería restablecida para los delitos considerados más graves y, desgraciadamente, volvió a introducirse en la legislación española durante la Dictadura franquista.

mayor en su grado medio[54] a la reclusión menor en su grado mínimo[55]. Sin duda, puede apreciarse la influencia del Código de 1870 en la redacción de este precepto, aunque la penalidad es diferente. Las penas previstas por el Código Penal de 1932 son sensiblemente menos duras que las reflejadas para el mismo delito en el Código Penal de 1928 (recuérdese que dichas penas consistían en reclusión entre diez y veinte años), al tiempo que se incluye una franja penológica, puesto que el sujeto activo podía ser castigado con una pena que iba desde el presidio mayor en su grado medio hasta la reclusión menor en su grado mínimo.

El artículo 478 incluía la sustracción presunta[56]. Esta modalidad delictiva, se había fusionado en el Código anterior con la de sustracción, quedando ambas configuradas en un mismo precepto. Sin embargo, con el Código de 1932, se sigue la tendencia de establecer un tipo penal para cada conducta, permaneciendo invariable el criterio de castigarlas con la misma pena, independientemente de su formulación.

Como se viene observando en los distintos Códigos, la figura de inducción a un menor a abandonar el hogar familiar, solía castigarse con una pena diferente y de menor gravedad. El Código Penal de 1932 no es una excepción, por lo que el artículo 479 castiga la inducción al abandono familiar del mayor de siete años (menor de edad) con penas de arresto mayor[57] y multa. Este precepto recuerda a la tradicional regulación de esta conducta, pues vuelve a establecer una pena de arresto mayor, como era usual en todos los Códigos Penales, con excepción del inmediatamente anterior, el de 1928, que imponía una pena de prisión. Por tanto, apenas se introducen modificaciones con respecto a la acostumbrada regulación de esta figura de inducción, salvo la cuantía de la pena de multa, establecida ahora entre 250 y 2.500 pesetas.

En esta época también cambian las normas civiles. El 11 de marzo de 1932 fue publicada en el B.O.E. la primera ley relativa al divorcio, constituida por 69 artículos, siete Reglas Transitorias y una Disposición Final. Era una ley de corte liberal que permitía el divorcio de mutuo acuerdo y el divorcio motivado por causas tasadas legalmente. En concreto, el artículo tercero establecía cuáles eran las causas por las que un cónyuge podía solicitar el divorcio ante los tribunales. No se trataba de un divorcio totalmente libre, dado que una persona no podía divorciarse simplemente porque ya no quería seguir casada con su cónyuge (algo que es perfectamente posible en la actualidad), pues se requería o bien el mutuo consentimiento de ambos cónyuges, o bien la concurrencia de algunas de las

[54] La pena de presidio mayor en su grado medio tenía una duración que oscilaba entre ocho años y un día y diez años (artículo 82 del Código Penal de 1932).
[55] La pena de reclusión menor en su grado mínimo presentaba una duración mínima de doce años y un día y una duración máxima de catorce años y ocho meses (artículo 82 del Código Penal de 1932).
[56] El artículo rezaba: *En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.*
[57] La duración establecida en el Código de 1932 para la pena de arresto mayor no difiere de la prevista en los Códigos anteriores, con un mínimo de un mes y un día y un máximo de seis meses.

causas expresadas en el artículo 3[58], pero, en cualquier caso, fue una ley que puede considerarse "moderna" para su época[59].

Sin embargo, este avance en la libertad duró bien poco, pues tan solo siete años después, la Ley de Divorcio de 1932 sería derogada con efectos *ex tunc* con motivo de la llegada de la Dictadura Franquista. Así, la Ley de 23 de septiembre de 1939, relativa al Divorcio, publicada en el B.O.E. el 5 de octubre del mismo año, dispone en su artículo único la derogación de dicha Ley de 1932, declarando nulas las sentencias dictadas en virtud de la misma por los Tribunales Civiles a instancias de cualquier interesado en recuperar su estatus matrimonial[60]. Por tanto, la separación y el divorcio volvieron a estar prohibidos en España (salvo en los casos en que concurrieran las causas previstas en el Código de 1889) y tardarían varias décadas en recobrarse.

[58] Según ese artículo 3, son causas del divorcio: el adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue; la bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges; la tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución; el desamparo de la familia, sin justificación; el abandono culpable del cónyuge durante un año; la ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 CC; el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves; la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común; la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo; la enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo; la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años; la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años; la enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.

[59] La Ley de Divorcio de 1932 contaba con respaldo constitucional, pues la Constitución de 1931 hacía referencia a la posibilidad de romper el vínculo matrimonial en el artículo 43: "*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa".* El Capítulo IV de dicha Ley hacía referencia expresa también a la separación de bienes y personas, configurándola como una suspensión de la vida en común de los cónyuges pero sin disolución del vínculo matrimonial. El artículo 36 establecía que la separación podía solicitarse por consentimiento mutuo de los cónyuges, por las mismas causas previstas para la solicitud del divorcio y por una perturbación en la relación matrimonial motivada por diferencias de mentalidad, de costumbres o de religión entre ellos. El cónyuge inocente podía optar entre solicitar el divorcio o la separación, en virtud del artículo 37, salvo que la causa fuera la diferencia de ideas, costumbres, o religión, en cuyo caso, el artículo 36 permitía solicitar el divorcio a cualquiera de los cónyuges, al no encontrar signos de culpabilidad en ninguno de ellos.

[60] No obstante, ya un año antes, el 5 de marzo de 1938 fue publicado en el B.O.E. un Decreto firmado por Francisco Franco en el que se suspendían los pleitos de separación y divorcio. El artículo primero informaba de que "*se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos. Todos los procedimientos citados en el párrafo anterior quedarán interrumpidos en el trámite que se hallaren al entrar en vigor el presente Decreto".*

Parte de la vigencia del Código Penal de 1932 tuvo lugar durante la Dictadura franquista[61], en tanto la publicación de un nuevo Código no llegaría hasta 1944. Sin embargo, Franco elaboró una serie de leyes penales que modificaban el Ordenamiento jurídico penal[62]. Destaca en este período una extraña Orden Ministerial de 8 de febrero de 1944[63], publicada en el B.O.E. cuatro días después, que impedía editar o vender recopilaciones de leyes penales sin el consentimiento del Ministerio de Justicia, prohibición que se extendía hasta la fecha de publicación oficial del nuevo Código Penal, lo que determinó lo que se ha definido como "secretismo de la Ley penal"[64].

Meses más tarde se aprobó mediante Decreto de 23 de diciembre el Código Penal, texto refundido de 1944[65], que se publicó en el B.O.E. el 13 de enero de 1945, entrando en vigor el 3 de febrero del mismo año, veinte días después de su publicación. Como cabía esperar, el catálogo de penas insertado en el artículo 27 del Código de 1944 incluía también la pena de muerte[66].

En lo que a sustracción de menores se refiere, en el Código Penal de 1944, la figura se encontraba regulada en los artículos 484, 485 y 486, entre los delitos contra la libertad y la seguridad, como ya viene siendo costumbre. La regulación de este delito quedaba de la siguiente manera: el artículo 484 castigaba la sustracción de un menor de siete años con la pena de presidio mayor[67]. En el Código Penal de 1932 la pena para este delito era amplia, pudiendo consistir en una pena de presidio en grado medio o alcanzar la reclusión

---

[61] A partir de la conversión de Franco en Jefe de Estado, este tiene libertad absoluta en materia legislativa, sin necesidad de consensos o deliberaciones. La situación que se vivía en España en esta época queda perfectamente descrita en las palabras de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *et al.*: "esa sensación de muerte fue sin duda predominante en la década de los cuarenta. Muerte real por hambre, enfermedad o ante el pelotón de fusilamiento y muerte espiritual también, ya que los dos tercios del profesorado universitario se encontraban destituidos o exiliados y buena parte de la brillante generación de preguerra había muerto o había huido al extranjero". *Códigos penales españoles…,* Ob. cit., p. 1.169.

[62] Una de las más importantes fue el restablecimiento de la pena de muerte a través de una Ley de 5 de julio de 1938, publicada en el B.O.E. dos días después. La breve Exposición de Motivos nos muestra la arbitrariedad de esta decisión, pues comienza indicando lo siguiente: "*La Ley que a continuación se promulga es de las que no requieren explicación ni justificación".* Si bien la mayoría de leyes promulgadas por Franco tenían como objetivos principales la penalización de nuevas conductas y el endurecimiento de las penas, también podemos encontrar leyes que servían precisamente para despenalizar ciertos delitos siempre que fueran cometidos por simpatizantes del franquismo.

[63] Esta Orden establecía que "*a partir de esa fecha y hasta que no sea publicada oficialmente la edición revisada del Código Penal, no será permitido editar ni poner a la venta recopilaciones ni nuevas ediciones de leyes penales de orden civil, con o sin comentarios, o con alteraciones en el orden del articulado actualmente en vigor, sin solicitar previamente el permiso del Ministerio de Justicia, quien podrá acordarle o negarle conforme estime procedente".*

[64] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *et al. Códigos penales españoles…,* Ob. cit., p. 1.175.

[65] Una más que notable definición del Código Penal de 1944 es indudablemente la siguiente: "es un duro Código dirigido a proteger exacerbadamente las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de una determinada clase social. […] Tiene su base en el Código de 1932, que era una reforma del de 1870, y éste a su vez partía del Código de 1848, con lo que queda patente lo anticuado de su técnica y su alejamiento en muchos extremos de la realidad social a la que se impone. *Ibídem*, p. 1176.

[66] Cabe destacar, a modo de curiosidad, que si la Orden Ministerial mencionada anteriormente resulta extraña, más aún lo es la que se dictó el 30 de diciembre de 1944, publicada en el B.O.E. al mismo tiempo que el Código Penal en la que "*durante el plazo de seis meses, a partir de la fecha de la publicación de este Cuerpo legal en el BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, queda prohibido a particulares, corporaciones o entidades la edición del referido Código (*el Código Penal de 1944) *en cualquier forma que sea, sancionándose con la incautación de los ejemplares la infracción producida".*

[67] La pena de presidio mayor suponía una pena de prisión de entre seis años y un día a doce años (artículo 30 del Código Penal de 1944).

menor en grado mínimo. En el Código de 1944 se establece la pena única de presidio mayor, pudiendo llegarse a un máximo de doce años de cumplimiento de condena.

La doctrina protestaba por la simpleza y pobreza del tipo, que llevaba a incoherencias jurídicas difíciles de justificar. Así, se esgrimía el siguiente argumento: "Bien está que, dada la temprana edad del sujeto pasivo del delito, no se prevea el empleo de medios violentos o fraudulentos, puesto que todos lo son, pero es extraño que no se aluda a ciertas posibilidades agravatorias o atenuatorias. […] Resulta el contrasentido de que la sustracción del niño, en lugar de ser una cualificación agravada de la detención, como debiera, es en no pocas ocasiones una atenuación"[68].

Realmente la sustracción de un menor debería constituir una conducta más grave que una detención ilegal, por cuanto el sujeto pasivo es más débil y tiene menos posibilidades de defensa, por lo que parece coherente la crítica vertida sobre el tipo, que en ningún caso debía implicar una atenuante con respecto al tipo de detención ilegal, que se castigaba con la pena de prisión de mayor en su tipo básico, si bien se preveía un tipo atenuado (en similares términos a los que presenta el delito de detención ilegal actual para el caso de que se diera libertad al detenido en el plazo de tres días)[69].

El artículo 485 castigaba con reclusión menor[70] al encargado del menor que no lo presentara ante sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria sobre su desaparición. A diferencia del Código anterior, que fijaba para esta conducta una pena máxima de reclusión menor pero especificando que se trataba de una pena en su grado mínimo, en este nuevo Código no se menciona grado alguno, por lo que la pena podía alcanzar hasta los veinte años, seis más que si la conducta hubiese sido cometida durante la vigencia del Código de 1932. Por tanto, se asiste a un endurecimiento de la pena inherente a esta modalidad delictiva[71], probablemente debido a que el legislador presumía una connivencia del autor en la desaparición y posible muerte del menor[72].

Por último, el artículo 486 sancionaba al inductor del menor de edad mayor de siete años al abandono del domicilio familiar con pena de arresto mayor[73] y multa. Tradicionalmente solía sancionarse esta conducta inductora con pena de arresto mayor y multa (salvo en el Código Penal de 1928, que establecía una pena de prisión de entre dos y seis meses), por lo que esta regulación no presenta novedad digna de mención, salvo la cuantía de la pena, notablemente superior a la instaurada anteriormente, pasándose de un límite máximo de 2.500 a 10.000 pesetas. Este precepto, configurado como un delito de resultado en el que la inducción debía ser la causa del abandono[74], fue duramente

[68] QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal,* 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 879.
[69] Conviene indicar en este punto que la pena de prisión mayor poseía una duración de entre seis años y un día hasta 12 años, mientras que la pena de prisión menor se extendía desde los seis meses y un día hasta los seis años.
[70] La pena de reclusión menor presentaba una duración mínima de doce años y un día a veinte años (artículo 30 del Código penal de 1944).
[71] A propósito de las penas de presidio mayor y reclusión menor, parece interesante lo establecido por el artículo 84 del Código de 1944: "*las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo. El régimen, grados, ascensos, trabajo, enseñanza y visitas serán establecidos en las Leyes y Reglamentos penitenciarios".*
[72] MONGE FERNÁNDEZ A. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 31.
[73] La duración prevista para esta pena en el Código Penal de 1944 no difiere de los Códigos anteriores, por lo que sigue siendo de entre un mes y un día y seis meses (artículo 30).
[74] MONGE FERNÁNDEZ A. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 34.

criticado[75], poniéndose de manifiesto lagunas importantes acerca de la mayor o menor aplicación del precepto[76].

Por consiguiente, la regla general en todos los Códigos era la de estimar que existía una sustracción si el menor no había alcanzado los siete años de edad e inducción al abandono familiar en caso contrario. Casi un siglo después del nacimiento de esta figura de sustracción de menores, aún no existe una explicación acerca de por qué un menor de seis años no puede ser inducido y uno de siete sí, solo queda suponer que el legislador pusiera el límite objetivo de edad en siete años, de la misma manera que actualmente se considera que un menor está sujeto a responsabilidad penal a partir de los catorce. En este sentido se expresa la doctrina cuando indica que parece que el legislador atribuye relevancia a la voluntad del menor que ya ha cumplido los siete años a efectos de poder ser inducido[77].

Tras el estudio pormenorizado de las conductas relativas a la sustracción de menores en 1944, puede observarse que una de las diferencias principales que distinguen la regulación anterior de esta figura delictiva y la regulación presente es la diferente penalidad anudada a la comisión del delito de sustracción del artículo 484 y el delito de no presentación de un menor ante sus padres del artículo 485. Efectivamente, se ha podido comprobar que en todos los Códigos anteriores estas dos modalidades de sustracción de menores siempre habían sido castigadas con la misma pena, excepto ahora, en que la primera se castiga con pena de presidio mayor y la segunda con pena de reclusión menor. Por tanto, es la primera vez que aparece el criterio de que se trata de conductas con distinta gravedad y, por ende, merecedoras de distinta penalidad.

Así las cosas, se configura un régimen muy parecido al régimen tradicional, pues el artículo 484 sigue castigando la sustracción de un menor de siete años (una vez llegada a

---

[75] "Descomunal es el descenso de penalidad entre las gravísimas infracciones de los artículos precedentes y la actual, tanto más si se considera que en sí no es otra cosa que una tipificación de forma de comisión inductiva. Y si la inducción es modo propio de autoría en la inmensa mayoría de los delitos, por precepto del número 2º del artículo 14, la del 486 supone un desorbitado privilegio, sin precedentes en el Código. Si a ello se une la exigüidad de la edad exigible en el sujeto pasivo, de más de siete años, el privilegio resulta todavía más incomprensible". QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 882. El criterio de establecer penalmente una equivalencia entre inductor y autor se ha mantenido hasta el Código Penal actual, que en su artículo 28 establece que los inductores son considerados autores. En consecuencia, si el criterio general es que inductor y autor deben ser sancionados con una misma pena, carece de sentido que, en el caso de sustracción de menores, el inductor sea castigado con una pena tan notablemente inferior al autor.

[76] QUINTANO RIPOLLÉS, A., mantiene una interesante conclusión: tras realizarse una equiparación entre una sustracción consentida y la inducción a la que hace referencia este precepto, en tanto un menor de siete años no puede ser inducido al no considerarse con suficiente discernimiento y, por tanto, la conducta sería constitutiva de una sustracción del artículo 484 del Código Penal de 1944, mientras que si es mayor de siete años, su consentimiento se considera viciado y la conducta englobaría una inducción del mencionado artículo 486, se plantea el atrayente supuesto de que el menor pertenezca a un ambiente mísero y sea inducido a abandonar el hogar familiar con el objetivo de poder alcanzar cotas más altas de seguridad en un domicilio ajeno que en el suyo propio. ¿Seguiría siendo tal conducta constitutiva de un delito de sustracción por inducción? El interrogante se resuelve alegando que algunas de estas conductas podrían encontrar cabida bajo la justificación de un estado de necesidad, pero determinándose que no se encuentra otra solución alternativa a la alegación de la atenuante de motivaciones morales o altruistas, recogida en la circunstancia 7ª del artículo 9 (téngase en cuenta que esta circunstancia fue derogada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio). En "La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* núm. 14, 1961, p. 15.

[77] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores" (primera parte), *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 14, núm. 2, 1961, p. 218.

esta edad, la conducta debía dirimirse en atención a los tipos penales ordinarios de detención ilegal), en tanto que el artículo 485 establece la ya conocida conducta del encargado de un menor que no lo presentase ante sus padres o diera razón de su paradero. De nuevo el artículo 485 no establece límite alguno de edad, por lo que se sigue considerando que el objeto material de esa conducta puede ser cualquier menor de edad. Es necesario reseñar que un año antes de la aprobación del Código hubo una novedad en este sentido, ya que la Ley de 13 de diciembre de 1943 modificó la minoría civil, fijándola en veintiún años (anteriormente se encontraba en veintitrés). De este modo, se sigue permaneciendo en la paradójica situación de encontrar un límite muy reducido para la sustracción propiamente dicha (siete años) y un límite demasiado alto para la no presentación de un menor ante sus padres (veintiún años). Por ende, la cuestión de la edad también era problemática. Sin embargo, cuesta imaginar que una persona de esa edad necesite los cuidados de un preceptor y, más aún, que pueda ser sustraído por el mismo. Este límite de edad tan extenso constituía una incoherencia inexplicable. De ahí que la doctrina tuviera que recurrir a soluciones alternativas con el objetivo de paliar las incongruencias de los Códigos Penales anteriores[78].

Con razón, la cuestión de la ausencia de un límite de edad en los artículos 485 y 486 fue un tema muy debatido doctrinalmente, planteándose un nuevo supuesto surrealista que pudiera producirse en la práctica: "Comoquiera que la minoría penal es mucho menos dilatada que la civil, pudiera darse el incongruente supuesto de que el sujeto activo de la sustracción fuere menor que el sujeto pasivo (un muchacho de dieciséis años induciendo a que abandone el domicilio otro de veinte)"[79]. Con este ilustrativo ejemplo, se vuelven a poner de manifiesto las carencias que seguía presentando esta figura delictiva, que se mantendría prácticamente con la misma redacción durante más de un siglo.

No obstante, ya en esta época se da un paso más hacia lo que actualmente se conoce como sustracción de menores, debido a que en el Código Penal de 1944 existía una figura regulada en el artículo 584, apartado 16º[80] que castigaba (en sede de faltas) a los padres suspendidos de la patria potestad que, sin incurrir en un delito de desobediencia, incumplieran el acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar, apoderándose del menor o que retiraran al menor del establecimiento o familia en el que aquel se encontrara, extendiéndose la pena a terceros que cooperaran o se apoderaran o recibieran al menor.

Por consiguiente, se tipificó como falta una figura muy específica consistente en quebrantar un acuerdo establecido por el Tribunal Tutelar, procediéndose al apoderamiento del menor en casos en que el sujeto activo se encontraba suspendido de la patria potestad o de la guarda del mismo. De igual manera, se castigaba a los padres que sustrajeran al menor del establecimiento o familia que se le hubiese asignado,

---

[78] En este sentido, PACHECO consideraba que "los Tribunales estimarán en cada caso si en efecto la persona del menor estaba o no estaba encomendada a su custodio" en *El Código penal concordado y comentado,* Tomo III, Madrid, 1849, pp. 254-255.

[79] QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 882.

[80] *Los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantaren el acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar en el ejercicio de su facultad protectora apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida por dicho Tribunal, y los padres, tutores o guardadores que, igualmente, sin llegar al delito de desobediencia, incumplieren un acuerdo de la misma jurisdicción tutelar en el ejercicio de su facultad reformadora, retirando al menor del establecimiento, familia o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado para su observación o tratamiento. Incurrirán también en dicha pena las terceras personas que realizaren los actos de apoderarse o recibir indebidamente al menor o cooperaren a ellos.*

extendiéndose en todo caso la pena a terceros partícipes en este tipo de conductas. Requisito común para todas ellas era que no llegasen a constituir un delito de desobediencia.

En consecuencia, se presencia por primera vez una conducta de sustracción de menores en la que los padres, tutores o guardadores eran descritos como los sujetos activos del delito, siendo que hasta este momento la figura de sustracción de menores estaba orientada (y lo seguía estando, como puede observarse en los artículos 484 a 486) a terceras personas ajenas al núcleo familiar que llevasen a cabo esa sustracción o inducción al abandono del hogar familiar. Hasta ahora, las faltas que podían encontrarse en los Códigos Penales relacionadas con menores eran relativas a conductas de abandono (como encontrarse con un menor de siete años y no entregarlo a su familia o depositarlo en un lugar seguro o el progenitor que abandonaba a su hijo) y de empleo ilegal (como emplear a un niño menor de una determinada edad), pero ninguna falta recogía conducta alguna relacionada con la sustracción. De hecho, el Código Penal de 1928 acoge un Título dentro del Libro Tercero, dedicado a las faltas, que lleva por rúbrica "de las faltas contra los menores" (Título VIII), pero ninguna de ellas hace referencia a la conducta de sustracción por parte de sus progenitores. En cambio, los menores podían ser también sujetos activos de determinadas faltas e incurrir en responsabilidad penal en caso de desobediencia a sus padres, conducta que se incluye en los distintos Códigos.

En consecuencia, en 1944 una nueva figura pasa a formar parte del Código Penal, pero sin entidad suficiente como para ser considerada un delito, motivo por el cual se configura como una simple falta castigada con la pena de arresto menor o con una multa de 50 a 500 pesetas. Sin embargo, a pesar de que esta conducta no es considerada grave y de que el delito de sustracción de menores mantiene la antigua regulación, puede decirse que empieza a fraguarse la figura delictiva consistente en el progenitor o tutor que sustrae al menor de edad de quien lo tiene legítimamente en su compañía.

Mientras tanto y en el ámbito civil, más de una década después, se volvió a permitir la separación de los cónyuges, no así el divorcio. Su vuelta se produjo a raíz de la Ley de 24 de abril de 1958, que trataba de adaptar el Código Civil al Concordato celebrado entre la Santa Sede y España en 1953, que aludía a la separación en el artículo XXIV, en el que se reconocía la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos, entre otras cosas, para la separación de los cónyuges unidos en matrimonio canónico[81].

Por último y casi al final de la Dictadura, aparece el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal[82].

---

[81] La Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, permitía la separación, pero arremetía contra el divorcio, pues indicaba que "*se ha querido también desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, […] en todo el Código el término "divorcio" se substituye por la expresión "separación personal".*

[82] Esta Ley 44/1971 (publicada en el B.O.E. el 16 de noviembre de 1971) comienza indicando lo siguiente: "*la necesidad, por una parte, de acomodar nuestras Leyes penales a lo establecido en otras Leyes internas de reciente promulgación, a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España y, en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible, el sistema han determinado una nueva reforma parcial del texto vigente del Código Penal".* Así, por ejemplo, en aplicación del Convenio de 9 de diciembre de 1948 sobre prevención y sanción del genocidio, al que España se adhirió en 1968, se configura el delito de genocidio en el artículo 137 bis del Código Penal de 1973. Otro tanto ocurre con los delitos relativos al tráfico de drogas, en aplicación del Convenio de 30 de

Si bien se produjeron distintas modificaciones del Código Penal en 1973, lo cierto es que, en materia de sustracción de menores, las novedades fueron nimias. Las tres figuras delictivas se mantuvieron insertadas en el Título XII, relativo a los delitos contra la libertad y la seguridad y la numeración permaneció invariable, pues continúan redactados en los artículos 484, 485 y 486 del Código penal de 1973. Los tres artículos mantenían igualmente la misma redacción que en el Código predecesor y la penalidad tampoco cambió, manteniéndose las mismas penas para las tres conductas y siendo la regulación de dichas penas idéntica a la anterior. La única modificación apreciable es la cuantía de la multa inherente al delito de inducción a un menor al abandono del hogar familiar, que pasa a ser de 5.000 a 50.000 pesetas. Posteriormente, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, volvió a modificar dicha cuantía, quedando esta establecida entre 100.000 y 1.000.000 de pesetas.

Precisamente a esta falta de novedades legislativas en la materia se refiere la doctrina cuando afirma lo siguiente: "El Código Penal de 1973, siguiendo nuestra tradición histórica, carecía de una sistemática de *delitos contra la familia.* Eso era objeto de críticas generalizadas por la doctrina, apoyadas en el hecho de que parecían mayoritarios los Códigos Penales extranjeros que seguían tal criterio de clasificación, aunque bastantes de ellos bajo la rúbrica, menos significativa jurídicamente, de *delitos contra las relaciones familiares"*[83].

En este periodo histórico, el concepto de familia ya había cambiado, siendo necesaria una nueva protección penal. Esto queda ampliamente reflejado en la siguiente idea: "Hacia el final de la Primera Guerra Mundial, el modelo de protección penal de la familia de los códigos penales decimonónicos europeos empieza a estar superado. El modelo puro de familia burguesa entra en crisis y en su lugar aparece otro paradigma (que podemos calificar, cómodamente, de familia nuclear o *moderna),* relativamente diferente del anterior en extensión, función socioeconómica y alcance de sus potestades"[84].

A pesar de la evolución de la familia y de que venía precisándose una modificación penal que se adaptara a los cambios sociales, esta modificación no llegó hasta mucho tiempo después. España es un país que suele ir con retraso tanto a nivel social como a nivel legislativo[85].

---

marzo de 1961, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas, ratificado por España el 3 de septiembre de 1966. Una novedad importante contenida en dicha ley es la protección penal a todas las confesiones religiosas, con motivo del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa gracias a la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967, pues antes la protección penal estaba circunscrita a la religión católica. Ahora todas las confesiones son protegidas, aunque es la católica la que recibe una protección especial. A pesar de que todas estas modificaciones son importantes y se van adaptando a una sociedad a punto de sumergirse en la transición democrática, quizá lo más relevante de este nuevo Código sea la supresión definitiva de la pena de muerte, reinstaurada en el Código de 1944 (aunque ya había sido recuperada con la Ley franquista de 5 de julio de 1938).

[83] BELLO LANDROVE, F. "La familia en el Código Penal Español", *Revista de Derecho Penal,* núm. 17, 2006, p. 22.

[84] *Ibídem,* p. 27.

[85] Esta es también la respuesta que aporta BELLO LANDROVE, F. a la pregunta de por qué España tardó en ofrecer una legislación penal apropiada a los nuevos tiempos, expresando lo siguiente: "Nuestra agitada historia del siglo XX, así como el general retraso español en recibir los cambios sociales y jurídicos en el ámbito familiar […], hace que el paso de una etapa penal a otra se rezague considerablemente. De esta suerte, el modelo familiar que ofrecen nuestros códigos penales de 1848 a 1870 no cambia, estable y decisivamente, a todo lo largo del período del franquismo. *Ibídem*, p. 27.

Una vez finalizada la revisión de Códigos, la primera conclusión obtenida es que no debe sorprender que no existiera un delito de sustracción de menores similar a lo que existe en el Código Penal actual, dado que la sociedad era muy distinta a la que conocemos hoy en día. Como se decía anteriormente, la evolución de la sociedad supone nuevas formas de criminalidad y el Derecho siempre va detrás, intentando dar respuesta a los conflictos observados en las formas de vida de la ciudadanía.

Por otra parte, dada la tradicional ubicación del delito de sustracción de menores en el seno de los Títulos dedicados a los delitos contra la libertad y la seguridad (con la excepción del Código Penal de 1928 que crea un nuevo Título para delitos cometidos contra los menores, que posteriormente fue eliminado por el Código de 1932), las teorías sobre el bien jurídico protegido eran igualmente distintas a las imperantes en la actualidad.

Así, podían encontrarse corrientes doctrinales que consideraban que el bien jurídico protegido era la libertad. En concreto, algunos autores afirmaban que "la sustracción de menores representaba el tránsito de los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad"[86]. A pesar de tratarse de una tesis correctamente argumentada, parece poco sostenible, por cuanto un menor carece de libertad y de voluntad, en el sentido de que el consentimiento de un menor para su propia sustracción no podría considerarse válido a efectos jurídicos, salvo que ya disponga de capacidad de decisión.

También la seguridad era considerada como el posible bien jurídico protegido[87], aunque esta tesis no parece acertada por la sencilla razón de que esto supondría que el menor debería ser puesto en peligro cada vez que se produjera alguna de las tres conductas tipificadas, circunstancia que no siempre ocurría en la práctica. Existiría, por tanto, una presunción legal de que siempre que se produjeran estas conductas, se lesionaba o ponía en peligro la seguridad del menor, cuando podía ocurrir todo lo contrario[88]. Realmente es cierto que estas figuras delictivas podrían atentar contra la seguridad individual del menor en cuestión, pero no es menos cierto que una gran variedad de delitos también afectaba a dicha seguridad, necesitándose un plus de sustantividad para poder sostener que ese fuera el bien jurídico protegido por los Códigos Penales Antiguos.

Por otro lado, se propuso a la familia como bien jurídico protegido por estas tres conductas típicas, concretándolo en los derechos inherentes a la patria potestad, la tutela o la guarda, motivo por el cual se abogaba de *lege ferenda* por una rúbrica propia que incluyera los delitos contra la familia[89], algo que no llegaría hasta el Código Penal de 1995, momento en el que aparecen los delitos contra las relaciones familiares. Aunque no existe una plena correspondencia entre la familia y las relaciones familiares, sí se hacía necesaria una rúbrica propia de esta materia.

Otro sector doctrinal[90], pese a indicar que el delito de sustracción de menores se distinguía de otros de detención ilegal en la irrelevancia del consentimiento, pudiendo ser cometido el delito aun concurriendo el consentimiento del menor, circunstancia que

[86] ANTÓN, ONECA, J. – RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. *Derecho Penal,* vol. II, Madrid, 1949, p. 297.
[87] Esta tesis fue mantenida, entre otros autores, por el Profesor CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal conforme al Código penal, texto refundido de 1944,* vol. II, 9ª ed., Bosch, 1955, pp. 698.
[88] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas…", Ob. cit., p. 221.
[89] *Ibídem*, p. 227.
[90] QUINTANO RIPOLLÉS, A. "La relativa sustantividad…", Ob. cit., pp. 5-6.

podría hacer pensar que el delito de sustracción de menores debería quedar fuera de los delitos contra la libertad, se mantenía reacio a este cambio, considerando que aquel tiene una esfera de libertad limitada pero existente y que con esta figura delictiva se atentaba contra la libertad de las personas que estaban legitimadas para decidir los destinos del menor, pues los padres o guardadores ejercitan la libertad en nombre de los menores, de forma que, no negándose que con la sustracción de menores se menoscababan ideales familiares, que podían reconducirse a la libertad parental, se esgrimía que era muy frecuente encontrar una variedad de bienes jurídicos en distintas tipologías penales, debiendo optarse por el que se estimase prevalente[91].

Esto entronca con la cuestión del consentimiento que se otorgaba al menor, cuestión que tampoco era pacífica en la doctrina. Así, existía quien sí otorgaba cierta relevancia al consentimiento del menor en la conducta de la sustracción del menor de siete años, ilustrándose tal teoría con un ejemplo, cual es el siguiente: si un niño menor de siete años se encuentra abandonado y una persona adulta lo encuentra, la aparición del tipo podría ser compleja y dudosa, en el sentido de que, si se está protegiendo la libertad y la seguridad del menor, dado que la figura se encuentra tipificada entre este tipo de delitos, al no haber nadie que ostente la patria potestad o la guarda del mismo, podría interpretarse que la conducta del individuo que acoge al menor en su casa, no es una conducta delictiva sino, más bien, humana, y es aquí donde se introduciría el papel del consentimiento del menor dado que, si el menor en cuestión se negara a irse con la persona que trataba de salvarlo, sí que se estaría ante la presencia de una sustracción[92].

Precisamente en este punto discrepaba parte de la doctrina, que no otorgaba relevancia alguna al consentimiento del menor, expresando lo siguiente: "Es inoperante, radicalmente, la voluntad del menor de siete años, cualquiera que fuere la situación en que se encuentre. Su voluntad no tiene relevancia justificante en momento alguno, independientemente de la existencia o no de titular alguno de potestad de derecho o de hecho" [93]. Con esta afirmación, se pone de manifiesto el amplio debate doctrinal que suscitaba la figura de sustracción de menores, manteniendo los estudiosos distintos posicionamientos que defendían con útiles argumentos.

Ese debate acerca del bien jurídico tenía correspondencia luego en los sujetos, especialmente en cuanto concierne al sujeto pasivo y, más adelante, podrá comprobarse que dicho debate es prácticamente el mismo que el que existe actualmente con la nueva figura. Así, dado que el Código Penal de 1944 también ubica el delito de sustracción de menores en el Título de los delitos contra la libertad y la seguridad, CUELLO CALÓN defendía, en consonancia con la idea de que el bien jurídico protegido era la seguridad, que el "sujeto pasivo ha de ser un menor, varón o hembra, que no haya cumplido aún los siete años en el momento del delito; sujeto pasivo son también los padres, ascendientes, o personas que ejercitan la patria potestad, o los tutores o personas bajo cuya guarda se halle el menor", si bien incluía en el tipo la sustracción realizada por los padres privados

[91] Es, cuando menos, curioso que la tesis propuesta por QUINTANO RIPOLLÉS en su artículo "La relativa sustantividad", Ob. cit., fuera completamente cuestionada por COBO DEL ROSAL en "Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores" (continuación), *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 14, nº3, 1961. En dicho artículo, critica duramente las afirmaciones sostenidas por QUINTANO RIPOLLÉS acerca del bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores (tal como estaba configurado en el Código Penal de 1944).
[92] QUINTANO RIPOLLÉS, A. "La relativa sustantividad…", Ob. cit., pp. 11-12.
[93] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas", Ob. cit. p. 437.

de patria potestad o de su ejercicio o cuando esta se hubiera extinguido por ser adoptado el niño[94].

Posición totalmente contraria era mantenida por otro sector doctrinal, que rechazaba que el menor fuese titular del bien jurídico, por cuanto no podía otorgar el consentimiento para la sustracción y ese consentimiento anulaba la tipicidad de la conducta. Por consiguiente, se estimaba que el sujeto pasivo venía constituido por los progenitores del menor o quien en el momento de la sustracción ostentase la tutela del mismo[95], pudiendo incluirse a uno de los padres cuando existiese separación legal, interdicción civil o si la madre suprimiese la situación de poder que corresponde al padre por ser este a quien corresponde la patria potestad[96].

En parecidos términos, existía otra corriente que llegaba a las mismas conclusiones pero por razonamientos diversos: "si el bien jurídico lo constituye el conglomerado de derechos, y también deberes, que son esencia de la familia e inherentes, concretamente, a la patria potestad o tutela, o cuanto menos, institución afín, el sujeto pasivo forzosamente será el titular de los mismos. Habrá, pues, que estar, en cada supuesto concreto, en orden a esa titularidad, a lo previsto por el Derecho de familia"[97]. Por tanto, el sujeto pasivo será la persona que ejerza la patria potestad o la tutela del menor.

Por otro lado, a pesar de que no existía un tipo penal enfocado a la sustracción parental, puede observarse que dichos casos ya empezaron a surgir en el debate doctrinal. Por ejemplo, ya en 1944 CUELLO CALÓN[98], a propósito de la primera de las conductas tradicionales de la sustracción de menores (sustracción de un menor de siete años), se expresaba en los siguientes términos acerca de la posibilidad de que los progenitores actuasen como sujetos activos: "pueden ser sujetos activos incluso los padres si lo sustrajeron a la persona que legalmente tuviese la potestad sobre el menor o estuviere encargada de su guarda y educación". La propia redacción de los tipos hacía pensar que se trataba de un delito común, cuyo sujeto activo podía ser cualquier persona.

Asimismo, en la década de los 60, QUINTANO RIPOLLÉS ya apuntaba a una posible sustracción de menores por parte de los progenitores, a pesar de que el Código de 1944 no la recogía como tal. En su opinión, en esos casos el bien jurídico protegido podría estar integrado por los intereses familiares, como hacía el Derecho penal italiano, pero, dada la ubicación del delito en el Código de 1944 en el Título dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad, sostenía que dicha conducta debería ser constitutiva de un delito de coacción, sin olvidar que si la sustracción integrase, asimismo, una vulneración de un mandato judicial, sería entonces propia de un delito de desobediencia, recogido en el artículo 237 del Código Penal de 1944[99].

Años más tarde, el autor en cita volvería a defender su tesis consistente en que los progenitores no podían proceder a la sustracción de su propio hijo, en tanto que los bienes jurídicos protegidos subyacentes a esa conducta eran la libertad y la seguridad. Ello es

---

[94] CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal conforme…,* Ob. cit., pp. 41 y 43.
[95] ANTÓN ONECA, J. - RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. *Derecho…,* Ob. cit., p. 316.
[96] *Ibídem*, p. 316.
[97] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas… (continuación)", Ob. cit., p. 451.
[98] CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal conforme al nuevo Código Penal*, *texto refundido de 1944*, 4ª ed., Tomo II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1945, p. 711.
[99] QUINTANO RIPOLLÉS, A. "La relativa sustantividad…"*,* Ob. cit., p. 9.

expresado a través de dos ideas muy claras: "Estimo que la tesis de la sustracción no es obligada en los supuestos de hijo propio; antes bien, es contraria […] por la poderosísima razón de que en el acto falta la dosis de antijuridicidad imprescindible para gestar el delito"[100]. Retomando el argumento de que para que el apoderamiento de un menor por sus propios padres integrase la conducta típica de sustracción de menores el tipo no debería encontrarse en el Título dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad, indicaba que "tal disposición no está aislada, sino encuadrada en un capítulo y en un título cuyo epígrafe reza "contra la libertad y seguridad". Por tanto, estos han de ser los bienes jurídicos que se lesionen con el acto antijurídico y típico, y comoquiera que no hay lesión, ni riesgo de ella, en el ejercicio de un acto tan humano de amor paternal, aunque medie el acto de "sustracción formal", este acontecimiento puramente físico no puede engendrar el delito de este título"[101].

Con base en este argumento, puede deducirse que se había superado el debate acerca de si un progenitor podía o no sustraer a su hijo, pues queda claro que la doctrina admitía que tal supuesto podría acontecer en la práctica. En aquel momento, el problema estribaba en decidir en qué tipo penal debía integrarse la conducta. Parte de la doctrina española se mostraba partidaria del criterio jurisprudencial de la época de estimar la presencia de un delito de coacción, en contra de lo que pensaba la doctrina extranjera[102].

Por cuanto respecta a la Jurisprudencia, el Tribunal Supremo se pronunció a favor de la posible sustracción parental en una Sentencia de 15 de marzo de 1983, admitiendo la posibilidad de que el delito de sustracción del menor de siete años fuera perpetrada por los padres una vez suspendida la convivencia familiar, si bien, aun encontrándose entre los delitos contra la libertad y la seguridad, se entendía que, normalmente, la seguridad del menor no padecía, salvo que se entendiera por tal la ruptura del menor con la persona encargada de su protección y custodia, puesto que el bien jurídico era la familia, y, más concretamente, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o instituciones afines de mera guarda, dado que el dolo no era el de poner en peligro al menor, *sino el de atraerlo para sí por explicables y, a veces, exacerbadas motivaciones sentimentales, que podrían llegar hasta supuestos de inexigibilidad de otra conducta.*

En definitiva, estos casos de sustracción de un menor por el padre o la madre empiezan a aflorar ya en las últimas décadas del siglo XX. Como ha quedado dicho, nada en el tipo penal de sustracción de menores prohibía que se aplicase el tipo también a las conductas descritas, si bien era algo demasiado forzado por la ubicación en la que se encontraba y el bien jurídico que protegía (libertad y seguridad), que no parece demasiado compatible con una sustracción parental.

Conforme el tiempo fue avanzando y las posibilidades de separación y divorcio fueron siendo una opción cada vez más realista, al tiempo que la movilidad nacional e internacional aumentaba a la velocidad de la luz, la necesidad de crear un tipo penal para resolver supuestos de sustracciones parentales se fue haciendo más acuciante. Esto es así dado que, en la década de los 80, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento que ha de seguirse en las causas de nulidad, separación y divorcio, reinstaura el divorcio en España. Aunque esta Ley supuso el retorno a la posibilidad de poner fin de manera definitiva a la

[100] QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al…*, Ob. cit., p. 880.
[101] *Ibídem*, p. 880.
[102] *Ibídem*, pp. 880-881.

unión matrimonial, se trataba de un divorcio sometido a una separación previa, de manera que los cónyuges debían permanecer un período de tiempo sin convivir juntos antes de poder proceder a divorciarse[103]. En otras palabras, para poder divorciarse había que separarse previamente, puede que en un intento del legislador de otorgar a los cónyuges un tiempo de reflexión durante el cual podrían optar finalmente por no disolver el vínculo matrimonial. En cuanto a la separación, también esta era posible pero siempre de mutuo acuerdo o cuando concurriera alguna de las causas reflejadas en el artículo 82[104]. Por tanto, en esta época la posibilidad de separarse o divorciarse se encontraba abierta pero no era fácil de lograr, pues debían cumplirse los requisitos legalmente establecidos.

Entonces ocurrió lo que tenía que ocurrir. El Instituto Nacional de Estadística muestra que entre 1970 y 1981, el número de separaciones y divorcios en España se vio triplicado. La tasa de divorcios en la década de los años ochenta se redujo, constituyendo una de las tasas más bajas de los países europeos[105]. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con la tasa de separaciones, que aumentó significativamente al constituir la ruptura del vínculo matrimonial un presupuesto previo para el divorcio, que solo era necesario cuando alguno de los miembros del matrimonio quería volver a casarse[106].

Un cuarto de siglo después, los trámites para que una pareja pudiera tramitar su divorcio, dando por finalizado de esta manera su unión matrimonial, se flexibilizaron y facilitaron gracias a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, más conocida comúnmente como "Ley de Divorcio Exprés"[107]. Dando un paso más hacia la libertad de

---

[103] Así lo indicaba el artículo 86 de la normativa.

[104] Este artículo preveía las siguientes causas de separación: el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales; violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar; condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años; alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia; el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido; el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años; cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86.

[105] ALBERDI, I. "Divorcio y sociedad en la España actual", *Sistema,* núm. 70, 1986, pp. 93-112.

[106] FLAQUER, L. "La familia española: cambio y perspectivas", *España: sociedad y política,* 1990, p. 540.

[107] Esta Ley 15/2005 reconoce expresamente en su Exposición de Motivos lo estricto de la regulación anterior indicando lo siguiente: "*El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes".* La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 continúa exponiendo las consecuencias negativas producidas con motivo del plazo obligatorio de separación antes de poder producirse el divorcio, pues muchas parejas no habían conseguido solucionar sus problemas, antes al contrario, estos se habían agravado; y otras habían permanecido más tiempo separadas que en convivencia. Con esta Ley se termina finalmente con el requisito de la previa separación para poder obtener el divorcio, algo que la Exposición de Motivos justifica de la siguiente manera: "*Se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales. […] En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común."*

los sujetos en relación con el matrimonio, se permite solicitar el divorcio sin necesidad de que ambos cónyuges estén de acuerdo y sin sometimiento a causas de ningún tipo[108].

Con la Ley 15/2005 se facilita en gran medida la obtención del divorcio y es precisamente en este tipo de situaciones de crisis sentimentales cuando tiene lugar el delito de sustracción de menores, objeto de estudio en esta investigación. Como se apuntaba, cuando una pareja convive conjuntamente, ya sea como matrimonio o como pareja de hecho, la lógica apunta a que ninguno de los miembros llevará a cabo la sustracción de los hijos menores de edad. Sin embargo, cuando los problemas sobrevienen y la pareja decide interrumpir temporal o definitivamente su relación, el riesgo de sustracción de un menor se eleva, especialmente cuando los cónyuges o convivientes no han conseguido alcanzar un acuerdo en torno a la custodia de los hijos. Esto no significa que el cese de la pareja implique una sustracción, pues hay miles de parejas que respetan fielmente el régimen de custodia y visitas impuesto por sentencia judicial; simplemente se trata de poner de manifiesto que, indudablemente, la ruptura sentimental de la pareja es un factor de riesgo de comisión de un delito de sustracción de menores.

Así las cosas, el hecho de que el divorcio no estuviese permitido en España hasta finales del siglo XX nos arroja luz acerca de por qué la configuración del delito de sustracción de menores ha sido siempre diferente a la actual. La explicación es tan sencilla como que, al no poder divorciarse las parejas, el riesgo de que un progenitor sustrajera a su hijo menor era ínfimo, por lo que el tipo estaba configurado de manera que fuese alguien ajeno a la familia quien llevase a cabo la sustracción.

Es cierto que el divorcio y la separación estuvieron vigentes en temporadas intermitentes, lo que permitía a las parejas que así lo desearan poner punto y final a su matrimonio. El problema era que, pese a poder hacerlo desde un punto de vista jurídico, desde una perspectiva moral, la separación y el divorcio daban mala imagen. Esto probablemente motivaba que el número de divorcios y separaciones durante la vigencia de las leyes relativas a esa índole fuese inferior. En muchas ocasiones, es peor la represión moral que la legislativa. La sociedad de los siglos XIX y XX no estaba aún preparada para asimilar conceptos como separación y divorcio. Seguramente durante esos siglos muchas personas quisieron romper su vínculo matrimonial pero no se atrevieron a dar el paso por miedo a las represalias sociales.

A esto se le une el dato de que la mujer se ha incorporado al mundo laboral hace relativamente poco tiempo. Gradualmente, esto ha ido cambiando hasta que en los tiempos actuales las mujeres suelen trabajar fuera de casa, al igual que los hombres. Sin embargo, el hecho de que el hombre fuese el cabeza de familia encargado del sustento familiar hacía que las mujeres fueran completamente dependientes de los maridos, lo que también dificultaba en gran medida la ruptura del vínculo matrimonial. Por aquel entonces, el problema de muchas mujeres que querían divorciarse era precisamente la dependencia económica[109]. Hoy en día, por tanto, el divorcio está ampliamente

[108] La Exposición de Motivos establece que "*basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio […]. Sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación".* Por ejemplo, esta necesidad de suspender con antelación la convivencia podría producirse en situaciones de violencia de género.

[109] La concepción sobre la fidelidad también ha ido cambiando con el paso del tiempo. Antes se consideraba como algo más o menos normal por parte del hombre a la mujer (no olvidemos que se permitía el divorcio a instancias del marido en caso de infidelidad de la mujer, pero al contrario solo en casos en que la mujer

normalizado en la sociedad. El número de parejas divorciadas aumenta diariamente y esta realidad ha sido la que ha provocado la configuración del tipo de sustracción de menores en la dirección de que es uno de los progenitores el que sustrae al hijo menor.

Sea como fuere, lo importante de cara a este estudio es el hecho de que es en este momento cuando se producen las rupturas sentimentales, y ello, unido a la mayor movilidad geográfica, implica la proliferación de la conducta de sustracción de menores lo que, en consecuencia, ha derivado en la necesidad de una reforma jurídica que aporte soluciones a este problema de reciente nacimiento. De ahí que en el año 2002 fuese publicada la Ley Orgánica 9/2002 que supuso la tipificación del delito de sustracción de menores, reformando el Código Penal de 1995 al crear un nuevo tipo en el artículo 225 bis en el que se sancionara la conducta del progenitor que sustrae a su hijo menor.

Antes de este momento no es que no se produjeran atentados contra los niños, pero eran de otro tipo. Así, CAMARERO GONZÁLEZ explica la figura de los plagiarios, denominación utilizada por los antiguos criminalistas franceses para referirse a aquellos que robaban niños, que eran castigados con la nada irrisoria pena de galeras o incluso la propia muerte; mientras que en Inglaterra eran castigados con pena de multa, prisión y picota[110]. Cada época posee sus propias formas de delincuencia y la legislación siempre va por detrás, intentando hacer frente a los nuevos conflictos. Probablemente hubiera casos de sustracción parental, pero no representaban la incidencia actual, por lo que el Derecho no otorgaba una respuesta a este fenómeno. No puede olvidarse que en los años 80 se creó el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, con lo cual, el conflicto ya estaba presente a nivel internacional en esa época, de ahí que tuvieran que crear un mecanismo adecuado para intentar solventar este tipo de situaciones.

Lo que sí resulta curioso es que, pese a los grandes cambios políticos sufridos en España a lo largo de todos estos años, con dictaduras, repúblicas, pensamientos conservadores, pensamientos liberales, lo cierto es que el delito de sustracción de menores se mantuvo prácticamente en los mismos términos tanto en regímenes totalitarios como en regímenes democráticos, hasta su desaparición en el Código Penal de 1995.

## III. EL NACIMIENTO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

### 1. El caldo de cultivo

Si bien con el fin de la Dictadura en 1975, España entró en un periodo de Democracia, y a pesar de que tres años después ya se contaba con una Constitución nueva (aprobada el día 6 de diciembre de 1978), el Código Penal de 1973 se mantuvo vigente más de dos décadas, pues no sería hasta el 24 de noviembre de 1995 cuando se publicaría en el B.O.E. uno nuevo, que entraría en vigor el 24 de mayo de 1996. Sin embargo, en relación al tema

hubiese sido gravemente humillada). La mujer solía mirar hacia otro lado ante las aventuras matrimoniales de su esposo, pues era más importante la subsistencia de las apariencias y el matrimonio. Actualmente, la fidelidad de cualquiera de los cónyuges hacia el otro suele acabar en ruptura, ya sea en forma de separación o de divorcio, dada la creencia actual de que ninguna persona debe soportar los engaños de su pareja si no desea hacerlo.

[110] CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. "Contribución de Derecho comparado a la interpretación del delito de sustracción parental de menores", *Revista del Poder Judicial*, núm. 83, 2006, p. 40.

que nos ocupa, más importantes fueron las reformas que sufrió el Código de 1995 que la redacción original en sí misma, especialmente la producida a raíz de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores. De hecho, con el paso del tiempo, el legislador ha tendido a proteger, más que a la familia en su conjunto, a los miembros más vulnerables y débiles, como lo son, sin duda, los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Con el Código Penal de 1995, no existía una figura de sustracción parental de un menor en cuanto tal, por lo que, si esta conducta se llevaba a cabo, debía reconducirse por la vía del delito de detención ilegal o de secuestro (en función de si se exigía o no alguna condición para la liberación de la víctima)[111]. Sin embargo, el rechazo a la aplicación de los tipos de detención ilegal o secuestro puede apreciarse en distintas resoluciones jurisprudenciales. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 495/2005, de 10 de octubre, relativo a una madre que se marcha a Paraguay con las hijas tomando la decisión de manera unilateral y sin consentimiento del padre, ejerciendo ambos la custodia compartida, niega tal posibilidad de la siguiente manera: *Se hace muy difícil [...] el encaje típico de la conducta de la madre de las niñas en el delito de detención ilegal (arts. 163, 164 y concordantes del Código Penal) cuando ella tenía la guarda y custodia de las mismas (compartida con el padre) y no parece que, en el caso concreto, pretendiese privar a las niñas de libertad, ni exigir alguna condición para que las mismas recobrasen esa hipotética pérdida de libertad, sino simplemente poner distancia unilateral con el padre de las niñas con el que se ha producido su ruptura matrimonial.* Efectivamente, los preceptos alegados no podían ser de aplicación, dado que el bien jurídico para el que fueron creados (la libertad ambulatoria) no se veía vulnerado por la conducta de la progenitora[112].

Otra opción consistía en aplicar el delito de desobediencia del artículo 556 del Código, que en aquel momento contenía una sanción de una pena de prisión de entre seis meses y un año [113], lo que dificultaba las posibilidades de extradición en el caso de que el menor hubiera sido trasladado fuera de las fronteras españolas[114], es decir, como cajón de sastre, cuando la conducta era de mayor entidad que la falta pero no llegaba a integrar la conducta

[111] Téngase en cuenta que en el artículo 165 del Código existía (y continúa existiendo) un tipo agravado que obligaba a imponer las penas correspondientes en la mitad superior en el caso de que la víctima fuese una persona mayor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, agravante que también opera en caso de que la conducta se hubiese efectuado con simulación de autoridad o función pública y en el supuesto de que el sujeto pasivo sea un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.
[112] Sin embargo, este caso dio un giro de tuerca. La madre se trasladó a Paraguay en el año 2001, momento en el cual todavía no existía en el Ordenamiento jurídico español el delito de sustracción de menores. En el auto que se está analizando, la Audiencia Provincial recalca la imposibilidad de aplicar el artículo 225 bis a algo acaecido en el año 2001 al estar expresamente prohibida la analogía *in malam partem*. Sin embargo, como el Tribunal indica, el delito de sustracción de menores es un delito permanente porque los efectos se prolongan hasta que la situación antijurídica desaparece. Comoquiera que la situación se mantuvo incluso después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2002, quiere decirse, incluso después de la entrada en vigor del nuevo artículo 225 bis CP, y teniendo en cuenta que en el año 2002 el padre obtuvo una resolución judicial en el que se le atribuía la guarda y custodia, ya sí era posible proceder por este delito contra la madre, por lo que el Tribunal dicta auto de prisión provisional contra la madre e inicia el proceso de extradición contra la misma, al tiempo que se insta a la devolución de las niñas al padre.
[113] Actualmente, con la Ley Orgánica 1/2015, la pena establecida para el delito de desobediencia es de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses.
[114] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. *"Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003, p. 1810.

de sustracción de menores, también podía ser de aplicación el delito de desobediencia genérico tipificado en el artículo 556 CP.

Como se ha afirmado, "el recurso a ese tipo penal no era idóneo para desvalorar todos los matices que están presentes específicamente en el secuestro parental, pues la desobediencia se ciñe a expresar la vulneración del contenido obligacional de la resolución civil sobre la custodia. Es por ello que el legislador penal, considerando que las conductas de alejamiento del niño de su entorno por su padre o por su madre encarnan un desvalor específico merecedor de pena, ha procedido a su expresa tipificación"[115]. De esta manera, comoquiera que el delito de desobediencia no abarcaba toda la antijuridicidad de la acción, el legislador decidió crear un nuevo tipo penal autónomo que recogiera todo el desvalor de la conducta, naciendo así el artículo 225 bis CP.

Por consiguiente, la aplicación del delito de desobediencia presentaba dos objeciones: no podía lograrse la extradición en caso de que el padre trasladara al menor al extranjero, debido a la poca gravedad de la pena; y no se valoraba suficientemente el injusto añadido de extraer a un menor de su entorno y privarlo de la compañía y relación con uno de sus padres[116].

La necesidad de un tipo de estas características era acuciante, dado el poco acomodo que esta clase de actos poseían en otras figuras delictivas. De hecho, el Defensor del Pueblo llevaba mostrando preocupación por la sustracción parental de menores desde bastante antes de la creación de una figura específica en el Código Penal que regulara este tipo de conductas y así lo ha plasmado en múltiples Recomendaciones y en Informes Anuales:

- **Recomendación 65/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores[117]**. En ella, el Defensor del Pueblo muestra la gravedad del problema[118], al tiempo que expresa la frecuencia con que el menor sustraído, en un intento de adaptarse al nuevo entorno en el que se halla y por miedo a sufrir un nuevo cambio, acaba rechazando al progenitor con el que inicialmente convivía.

  Estas situaciones eran percibidas como un problema en aumento debido a la facilidad que existía entonces (y que actualmente es mucho mayor) de trasladarse a otro país. Aunque se reconocía la existencia de cooperación internacional en esta temática, a través de Convenios como el Convenio de La Haya o el Convenio de Luxemburgo (ambos de 1980), se afirmaba que la cooperación se producía primordialmente a nivel europeo, por lo que se hacía

[115] TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., pp. 1810-1811.
[116] ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del Derecho Penal", *Derecho y conocimiento*, vol. 2, 2002, p. 440.
[117] Esta Recomendación, dirigida al Ministro de Asuntos Exteriores, comienza exponiendo un dato muy importante: tanto ciudadanos como letrados e incluso asociaciones habían acudido al Defensor del Pueblo para recibir información sobre la materia, confesando los progenitores afectados las dificultades que conllevaba la recuperación del hijo sustraído por el otro progenitor, frecuentemente trasladado a otro país.
[118] La Recomendación indicaba textualmente: *El Defensor del Pueblo ha podido conocer cómo el traslado o la retención en otro país de un menor por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro constituye un acto de violencia que afecta de forma especial al niño, el cual es utilizado como objeto de presión entre sus padres, enfrentándolo a cambios bruscos de tipo social y familiar, privándole del afecto y de la relación de la familia con la que convivía.*

necesaria la constitución de acuerdos bilaterales con otros países en los que existiera una gran incidencia de casos de sustracción parental (pues solo existía un Convenio con Marruecos realizado en 1997), algo que también recomendaba la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en el artículo 11, reflejándose una especial inquietud por el conflicto que presentaban los países islámicos, tendentes siempre a proteger al nacional y dificultando sobremanera el retorno del menor[119].

En vista de esta realidad, se realizaba una investigación para lo cual se había solicitado información al Ministerio de Asuntos Exteriores (que no fue aportada por no disponerse de ella) y se acababan realizando una serie de propuestas para tratar de minimizar el conflicto[120].

- **Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores[121].** En primer lugar, se expone la certeza de que España había recibido 55 solicitudes de requerimiento en 1996, 48 en 1997 y 35 en 1998; mientras que había formulado 16 solicitudes en 1997 y 22 en 1998.

  En cuanto a los resultados obtenidos en virtud del Convenio establecido entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, se habían tramitado tres solicitudes, si bien el Ministerio de Justicia exponía que "la colaboración con el Ministerio de Justicia de Marruecos es satisfactoria, pero existe un grave problema en cuanto a la localización del menor. De hecho, esta circunstancia está impidiendo que las decisiones judiciales sean respetadas".

  El Ministerio de Justicia expresaba que la falta de tipificación de ese tipo de conductas constituía un problema añadido en la búsqueda del menor sustraído

[119] *En el caso concreto de los países islámicos y según la información recibida en esta Institución, existe en la mayoría de ellos un marco jurídico tan protector hacia el ciudadano nativo de esos países que en muchos casos resulta imposible para el progenitor que reclama la devolución de su hijo que este vuelva al país del que fue ilegítimamente sacado.*

[120] Las propuestas pueden sintetizarse de la siguiente manera: creación de un Centro Nacional de Desaparecidos para la coordinación de las administraciones, la simplificación de trámites y la elaboración de estudios estadísticos que permitieran precisar la magnitud del problema, dada la falta de datos que existía en ese momento acerca del nivel de incidencia de la conducta de sustracción parental; invitación al Ministerio de Asuntos Exteriores a la creación de acuerdos bilaterales con otros países en esta materia (especialmente con países islámicos); impartición de instrucciones a todas las Embajadas y Oficinas Consulares españolas para que pudieran ejercer labores de asesoramiento, apoyo e información a los progenitores afectados; seguimiento del menor por parte de la Oficina Diplomática correspondiente una vez que aquel ha sido localizado, a fin de garantizar su seguridad hasta que la situación se resuelva; incremento del número de traductores jurados para que los ciudadanos pudieran traducir sin demora los documentos que debían presentar en los países con los cuales se encuentran en trámite para lograr la recuperación del hijo.

[121] En esta Recomendación, dirigida al Ministerio de Justicia, el Defensor del Pueblo se pronuncia en los mismos términos que en la Recomendación previa sobre la problemática de sustracción parental. Habiendo solicitado la misma información que la que había solicitado anteriormente al Ministerio de Asuntos Exteriores y que este no había aportado por no disponer de ella, al estar en disposición del Ministerio de Justicia, el Defensor del Pueblo logra obtener las respuestas que buscaba al dirigir las preguntas a este segundo órgano.

y del progenitor sustractor[122], mientras que el tiempo también constituía un gran inconveniente de cara a la lucha contra aquellas, pues la lentitud del proceso conformaba un claro obstáculo, en vista de que, conforme se alarga el plazo del retorno, mayor perjuicio se causa al sustraído, sin olvidar que a los 16 años, el Convenio dejaba de ser aplicable.

Todos estos datos condujeron al Defensor del Pueblo a realizar la siguiente reflexión: *En la práctica la sustracción de menores por sus propios progenitores en situación de crisis familiar, y también a veces en contra de las decisiones judiciales, no ha encontrado una respuesta adecuada en la aplicación de dicha norma, y más concretamente, de su artículo 163 - relativo a las detenciones ilegales y secuestro - toda vez que en la mayoría de las ocasiones los órganos judiciales no están aplicando este precepto para castigar este tipo de conductas. Se estima, por tanto, que es necesario un tratamiento específico para lo que la doctrina viene denominando "secuestro parental" y no solo por lo atentatorio que resultan este tipo de conductas para la libertad del menor, sino también para poder contar con un delito autónomo que permita iniciar los mecanismos internacionales de cooperación y así dar una respuesta más eficaz a la solución de estos conflictos.*

Por último y tras aludir a la admisión a trámite con fecha de 5 de julio de 1999 de la Proposición de Ley de Modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar, el Defensor del Pueblo realiza al Ministerio de Justicia una serie de propuestas, algunas de las cuales coincidían con las de la anterior Recomendación[123].

- **Recomendación 67/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores.** Como en las dos Recomendaciones anteriores, el Defensor del Pueblo se expresa en idénticos términos para exponer la problemática de la sustracción parental[124].

  De lo que sí existía constancia era de que, en los tres últimos años, el Servicio de la Policía Judicial había tramitado ocho expedientes a través de Interpol, de los cuales cinco eran casos de un progenitor español o con residencia en España

[122] Lo cierto es que esto había degenerado en la inexistencia de datos estadísticos, dado que la no existencia de esta figura como delito autónomo llevaba a integrar las conductas de sustracción en los delitos de detención ilegal (en los artículos 163 y 165 CP) o en un delito de desobediencia del artículo 556 del mismo Código.

[123] Dichas propuestas son las siguientes: creación del Centro Nacional de Desaparecidos; creación de un tipo autónomo, si bien el tenor literal de la Recomendación se refiere a tipificar "las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países", concepto que solo abarcaría los supuestos de sustracción internacional (los considerados más graves) pero no serviría de aplicación en el caso de que el progenitor trasladara al hijo a otro lugar dentro del territorio español; proceder a una reforma civil para promover que, en caso de que un menor deba abandonar el territorio nacional, haya de quedar constancia del consentimiento de ambos progenitores; creación de un Registro de guardas y custodias de menores para los casos de parejas con crisis de convivencia al que las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tuvieran acceso directo.

[124] En la presente Recomendación (dirigida al ministro del Interior), se alude a la solicitud de información realizada al Ministerio del Interior, información que solo pudo ser suministrada parcialmente al no disponerse de la totalidad de los datos solicitados.

que denunciaba al progenitor extranjero por haber sacado al hijo del país. En otro departamento se habían registrado diecisiete traslados, de los cuales solo cuatro menores habían conseguido volver a territorio español. Los traslados se habían producido frecuentemente a los países de Francia, Argelia y Estados Unidos. Al mismo tiempo, existían once casos en los que España había sido el territorio elegido por el progenitor denunciado para establecer residencia con el hijo. Como venía siendo habitual, esta información servía al Defensor del Pueblo para reiterar al ministro del Interior algunas de las propuestas anteriores y formular otras nuevas[125].

- **Recomendación 68/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores.** Con idéntica introducción a las tres Recomendaciones anteriores, el Defensor del Pueblo se dirigía esta vez al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales en un momento posterior a la solicitud de información realizada a este Ministerio, sobre todo en lo referente a las ayudas prestadas a las víctimas de sustracción.

  El Ministerio contestó alegando que las ayudas provenían por parte del Servicio Social Internacional[126], que cumple con la misión de informar al progenitor con el que el menor convivía antes de ser trasladado acerca de los pormenores relativos a las nuevas condiciones y el nuevo entorno en el que este se encuentra. Las recomendaciones sugeridas por el Defensor del Pueblo al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales se orientaban en este caso a la ayuda integral a las víctimas de las sustracciones y a sufragar los gastos que implica el proceso de retorno del menor[127].

A través de estas Recomendaciones puede percibirse el caldo de cultivo existente poco tiempo antes de la inclusión en el Código Penal de la figura de sustracción de menores. Se refleja en ellas la proliferación de los casos de sustracción y la frecuencia con que las mismas presentaban elementos internacionales, al ser trasladado el menor en no pocas ocasiones al extranjero. Es por este motivo por el que el Defensor del Pueblo en su momento (en 1999) abogaba por la asunción de acuerdos bilaterales con distintos Estados para conformar un protocolo de actuación que permitiera solventar el problema. Desafortunadamente, esta óptima recomendación no ha sido tenida en cuenta por el Estado Español, por lo que seguimos igual que entonces (con la sola presencia de un acuerdo bilateral, el existente entre España y Marruecos).

---

[125] En concreto, la creación del Centro Nacional de Desaparecidos; la creación de una Lista de Control de Pasaportes en la que se incluyeran los menores en riesgo de ser sustraídos de modo que, en caso de solicitud de expedición del pasaporte, esta circunstancia fuese puesta en conocimiento del otro progenitor o de la autoridad judicial que había ordenado la inclusión del menor en la lista; y la coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al efecto de proceder adecuadamente al cumplimiento de las órdenes judiciales de cierre de fronteras y formación de los funcionarios policiales en puestos fronterizos en materia de detección y protocolo de actuación ante un caso de sustracción parental de menores.

[126] Este recurso se dedica a la ardua tarea de posibilitar la coordinación y colaboración de los distintos servicios sociales de los diferentes niveles administrativos fuera de las fronteras españolas.

[127] Concretamente, las propuestas eran crear el Centro Nacional de Desaparecidos; constituir un Fondo de Coste o Gastos destinado a hacer frente (a modo de ayuda) a los distintos gastos que los ciudadanos afectados por este problema se ven obligados a sufragar, sobre todo en caso de que el reclamante acredite la insuficiencia de recursos económicos para hacer frente a dichos gastos; y ampliar las prestaciones a las víctimas distintas de aquellas de contenido económico, como podría ser la prestación de asesoramiento jurídico o de orientación y ayuda psicológica.

El Defensor del Pueblo ya apuntaba la necesidad de la creación de una figura autónoma y puede extraerse que la temática ya había sido objeto de discusión en la doctrina, dado que se menciona que estos casos eran bautizados con el nombre de "secuestro parental". Finalmente, la conducta delictiva decidió denominarse "sustracción de menores" y acertadamente, dadas las diferencias que presenta con la figura del secuestro, aunque parte de la doctrina sigue denominándola "secuestro parental".

Realmente, las Recomendaciones se hacen eco de la importancia y la problemática tan dificultosa que atañen los supuestos de sustracción internacional de menores y todas las líneas de actuación iban encaminadas a paliar dicha conducta, sin prestar apenas interés a la sustracción de menores sin el elemento de salida del territorio nacional. El legislador consideró oportuno, no obstante, tipificar ambas modalidades, previendo un tipo agravado para el caso de que el sujeto activo saliera con el menor del territorio español. Este criterio es correcto, pues el hecho de que la sustracción internacional del menor presente una solución enormemente compleja junto con la disminución de las posibilidades de que aquel sea restituido al país de origen (lo que ha supuesto un razonable aumento de pena con respecto al tipo básico), no resta la importancia de una sustracción en la que simplemente el progenitor sustrae al hijo sin trasladarlo fuera del territorio nacional. Siendo consciente de que, mientras que no se abandone el territorio español, la actuación de los poderes públicos logrará la localización y restitución del menor en un periodo de tiempo relativamente corto, la conducta presenta entidad suficiente como para hacerse un hueco en el Código Penal.

### 2. La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre

El 24 de abril de 2000 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la admisión a trámite de la Proposición de Ley Orgánica, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, *de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores (*número 122/000002)[128]. La Exposición de Motivos de dicha Proposición de Ley[129] ponía de manifiesto la necesidad de crear un tipo específico que regulara los supuestos en que es el propio progenitor el que sustrae o se niega a restituir a su hijo menor. Todo ello con el objetivo de perseguir el interés superior del menor.

Para ello se proponía la inclusión en el artículo 224 CP de tres nuevos apartados, quedando el tipo estructurado en cuatro apartados, de los cuales los tres primeros eran relativos a la sustracción de un menor, mientras que el cuarto conservaría el contenido original del artículo, que castigaba con una pena de prisión de seis meses a dos años al que indujera a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección (por aquel entonces, denominado incapaz) a abandonar el domicilio familiar o el lugar donde residiera con la anuencia de sus padres, tutores o guardadores[130].

---

[128] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 6-1, de 24/04/2000.

[129] Extracto de la Exposición de Motivos: *La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Carta Magna. […] En aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor son sus progenitores, cuando han sido legalmente del ejercicio de determinadas facultades inherentes a la patria potestad, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta al delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares, tanto en el ámbito penal como en el civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.*

[130] De este modo, el artículo 224 CP quedaría estructurado del siguiente modo:

Al mismo tiempo, se proponían ciertas modificaciones tanto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como del Código Civil. En el primer caso, se instaba a la modificación del artículo 544 ter en el sentido de establecer la posibilidad de privar al imputado de los derechos inherentes a la patria potestad y la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar en los casos en que se estuviera investigando un delito del artículo 57 o de los incluidos en los artículos 223 a 232 CP (delitos contra los derechos y deberes familiares), junto con la incapacidad para ostentar dichos cargos. En cuanto al Código Civil, se proponía la inclusión del artículo 102 bis que recogería medidas cautelares específicas para evitar que se llegara a producir la sustracción del menor, entre las que figuraban la prohibición de salida del territorio nacional del menor y de expedición de su pasaporte o el sometimiento del cambio de domicilio del menor a autorización judicial.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular presentó el 9 de junio de 2000 una Proposición de Ley Orgánica *de modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar (*número 122/000066)[131]. Tras aludir al artículo 39 de la Constitución, que establece la protección integral de los hijos, la Exposición de Motivos se expresa en términos muy similares a la Proposición de Ley socialista[132].

Contrariamente a lo acostumbrado, los dos grandes partidos políticos del momento estaban de acuerdo en dos aspectos: la sustracción de un menor por parte de sus propios padres constituía un problema para la sociedad española y ese problema no estaba gozando de una solución adecuada en términos legislativos. Por este motivo, ambos grupos parlamentarios proponían una modificación del Código Penal que se ocupase específicamente de este conflicto.

Sin embargo, pese a estar de acuerdo en la existencia del problema, la solución que proponían no era la misma. El Grupo Parlamentario Popular propugnaba la modificación del artículo 163 CP (regulador del delito de detención ilegal), incluyendo un nuevo apartado en el que se estableciera una pena expresa para el caso de que el sujeto activo

---

*1. El progenitor que sustrajere a un menor de su lugar de residencia, sin causa que lo justifique, con el fin de impedir la comunicación o estancia con el otro progenitor, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de dos a cuatro años. Incurrirá, además, en la pena prevista en el artículo 556 cuando los hechos se cometan quebrantando una resolución judicial.*

*2. Si se exigiese alguna condición para la restitución o se trasladase al menor a un país extranjero para dificultar su localización se impondrá la pena prevista en el apartado anterior en su mitad superior.*

*3. El responsable del delito previsto en el apartado uno de este artículo quedará exento de pena cuando proceda a la restitución del menor o lo deposite en lugar conocido y seguro sin haberle hecho objeto de acto delictivo alguno o haber puesto en peligro su vida, salud o integridad física o moral, siempre y cuando el lugar de estancia haya sido comunicado al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro, de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, o la ausencia no hubiera sido superior a dicho plazo.*

*4. Contenido tradicional del artículo: El que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

[131] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 75-1, de 09/06/2000.

[132] Así, menciona que *en la práctica la sustracción de menores por sus propios progenitores en situaciones de crisis familiar y, eventualmente, en contra de las decisiones jurisdiccionales, no ha encontrado una respuesta clara en la aplicación del Código Penal.*

fuese ascendiente, descendiente o hermano de la víctima, siendo aquella superior en grado si la víctima hubiese sido trasladada a un país extranjero. Esta modificación conllevaba, a su vez, la reforma del artículo 165[133], que debía excluir las agravaciones en él contenidas en el caso de que el sujeto activo fuese ascendiente, descendiente o hermano de la víctima. Además, se adoptaba un nuevo párrafo en los artículos 223[134] y 224, estableciendo responsabilidad penal al progenitor que no presentase a su hijo menor ante la persona legalmente habilitada para su cuidado o que lo indujese a abandonar su domicilio o a quebrantar el régimen de estancia judicialmente establecido, respectivamente[135].

---

[133] El artículo 165 del Código Penal indica que: *"Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones".*

[134] El artículo 223 CP indica lo siguiente: "*El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave".*

[135] Estas modificaciones plasmadas en el Código Penal, supondría que los tipos penales quedarían del siguiente modo:

- Artículo 163 (la reforma constituiría el apartado cuarto, quedando la misma redacción en los párrafos primero, segundo, tercero y quinto):
  1. *El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.*
  2. *Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.*
  3. *Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.*
  4. *Si el culpable fuera ascendiente, descendiente o hermano de la víctima la pena será de dos a cuatro años en el supuesto contemplado en el número 1 del presente artículo y de cuatro a seis años en el supuesto contemplado en el número 3. Se aplicarán, respectivamente, las penas superiores en grado, si siendo la víctima menor de edad o incapaz hubiera sido trasladada a un país extranjero para dificultar su localización.*
  5. *El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*
- Artículo 165. (El artículo permanecería invariable, salvo el inciso que hace referencia al apartado cuarto del artículo 163 y que está resaltado en negrita). *Las penas de los artículos anteriores,* ***salvo en el supuesto contemplado en el punto cuatro del artículo 163,*** *se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*
- Artículo 223:
  1. (Contenido tradicional del artículo). *El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.*
  2. *En las mismas penas incurrirá el progenitor que, en contra de lo dispuesto por la autoridad judicial en cuanto al régimen de estancia de los hijos con éste, no lo presentare ante la persona legalmente habilitada para su cuidado sin justificación para ello.*
- Artículo 224:
  1. (Contenido tradicional del artículo). *El que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

El 20 de junio del año 2000, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la toma en consideración de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista[136] y de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular[137]. El día 26 de junio del mismo año, se dictaron sendos acuerdos subsiguientes a la toma de consideración[138], calificándose ambas Proposiciones de Orgánicas y encomendándose Dictamen a la Comisión de Justicia e Interior, quedando establecido un plazo de quince días hábiles que finalizaría el 13 de septiembre del año 2000 para que los Diputados y Grupos Parlamentarios presentaran las enmiendas que considerasen oportunas. Además, en relación con la Proposición presentada por el Grupo Socialista, se solicitaba de la Ponencia un informe sobre el carácter no orgánico de las modificaciones propuestas relativas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil. Ese plazo sería ampliado hasta en cuatro ocasiones, concluyendo finalmente el día 10 de octubre del año 2000[139].

Durante el debate parlamentario, todos los grupos se mostraron favorables a ambas Proposiciones de Ley, si bien hubo un rechazo generalizado hacia la propuesta del Grupo Parlamentario Popular acerca de incluir el delito de sustracción de menores en sede de los tipos penales de detención ilegal y secuestro. Realmente, la ubicación de tal delito entre los delitos relativos a los derechos y deberes familiares resulta más acertada. La propuesta del Grupo Parlamentario Popular no se sostiene, por cuanto el bien jurídico protegido en el tipo de sustracción dista mucho del bien jurídico protegido en los primeros, en tanto los verbos típicos giran en torno a encerrar o detener, algo que no tiene por qué producirse en la conducta de sustracción, en cuyo caso podría producirse un concurso de delitos. Si la figura de sustracción de menores se incluyese entre los delitos anteriormente mencionados, se llegaría a la conclusión de que el bien jurídico que subyace a la figura de sustracción es la libertad del menor. Puede que el propio menor desee estar en compañía de la persona que lo ha sustraído, presente madurez suficiente para decidir y, por tanto, su libertad no se vea dañada. Es decir, es muy probable que un menor disfrute en compañía de ambos de sus progenitores y que, por tanto, su libertad personal no se vea afectada si alguno comete una sustracción. Además, los menores de corta edad no cuentan con la capacidad suficiente para decidir acerca de su propia

---

2. *En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor o incapaz a abandonar el domicilio donde conviva con su guardador legal o le induzca a quebrantar el régimen de estancia establecido por decisión judicial.*

[136] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 6-2, de 20/06/2000.

[137] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm.75-2, de 20/06/2000.

[138] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm.6-3 (en lo referente a la Proposición del Grupo Socialista) y núm. 75-3 (en lo referente a la Proposición del Grupo Popular), de 26/06/2000.

[139] Resulta curiosa la intervención de la diputada socialista Alberdi Alonso durante el debate de la toma en consideración de las Proposiciones de Ley Orgánica (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm.12, de 13/06/2000, págs. 460-469), al hacer referencia a que todos los grupos parlamentarios se mostraban de acuerdo en la problemática suscitada en torno a la sustracción de menores: *"La presente proposición de ley fue objeto de debate en la anterior legislatura, en diciembre de 1999, y decayó por disolución de las cámaras al finalizar la legislatura. Ya entonces todos los grupos parlamentarios, a pesar de nuestras discrepancias en cuanto a la forma de abordar el problema, estuvimos de acuerdo en que las distintas propuestas se tramitaran, conscientes de que había que regular mejor en el Código Penal la sustracción de menores.* […] *Vemos que existen muchos supuestos y que en la mayoría de ellos la conducta de sustracción o negativa a restituir a un menor se realiza precisamente por sus progenitores, incluso privados legalmente del ejercicio de determinadas facultades inherentes a la patria potestad. Ante estos casos es necesario dar una respuesta penal clara, que no quede al arbitrio de una interpretación judicial más o menos contundente y que vaya más allá del delito de desobediencia genérico"*.

libertad, con lo cual debería defenderse que el bien jurídico se concreta en la libertad ambulatoria, decidida por el progenitor que corresponda cuando el menor no cuente aún con capacidad de decisión a ese respecto. Es más, puede incluso que el menor desee estar en compañía del progenitor sustractor y no en compañía del otro. Y también es posible que el menor conviva con uno de sus progenitores y no quiera mantener contacto con el otro, es decir, que no quiera cumplir el régimen de visitas y, aun así, debe cumplirlo si así se ha dictaminado en una resolución judicial.

Por tanto, la libertad del menor tiene poca validez en este tipo de casos, pues aquel debe cumplir la resolución judicial pertinente, que se supone que ha seguido el principio del interés superior del mismo, aunque es muy posible que el interés superior del menor y lo que este desea o quiere no sean coincidentes, opinión compartida también por la Jurisprudencia. Así lo indica la Audiencia Provincial de Sevilla[140]: "*el interés de la menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales principios pedagógicos;* […] *es precisamente la inmadurez intelectual del menor la que obliga a sus progenitores a encauzar y reconducir sus aparentes deseos en el marco de un proceso educativo al que vienen obligados en el ejercicio de sus derechos-deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad.*

Como se ha adelantado antes, podría pensarse que un menor no tiene la capacidad suficiente como para decidir libremente acerca de su libertad, valga la redundancia, y que, en consecuencia, sí podría hablarse de libertad ambulatoria como bien jurídico protegido por el tipo de sustracción de menores, puesto que serían los progenitores (al que legalmente le corresponda) los que decidieran por él. Pero este argumento también es difícil de sostener debido a que el tipo de sustracción de menores determina como objeto material a los hijos menores de edad, sin establecer límite alguno. Por tanto, si se trata de un bebé o un niño pequeño, serán los padres los que decidan acerca de su libertad ambulatoria, pero no puede decirse lo mismo de un menor de 17 años, cuya capacidad de decisión acerca del lugar en el que quiere o no quiere estar es prácticamente plena.

Por último, si la libertad ambulatoria fuese lo que se estuviese protegiendo en el delito de sustracción de menores, sería suficiente con acudir al artículo 165 CP, que supone un tipo cualificado al incurrir ciertas circunstancias, entre ellas, el ser la víctima menor de edad, siendo posible la aplicación, al mismo tiempo, de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP al ser un progenitor el que lleva a cabo la conducta, sin necesidad de creación de ningún tipo nuevo ni adición de párrafo alguno a los ya existentes. Y ya se ha visto que la Jurisprudencia rechazaba la aplicación de este tipo penal al estimar que los elementos típicos no coincidían con el supuesto de hecho de la realidad.

Como se iba diciendo, el proceso legislativo siguió adelante y el 17 de octubre de 2000 se procedió a la publicación de las enmiendas presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios ante la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores, a cargo del Grupo Socialista[141]. La mayoría de grupos parlamentarios presentaron enmiendas que suponían mejoras técnicas o que implicaban una mejor redacción de los artículos pertenecientes al Código Penal, el Código Civil y la

[140] AAP Sevilla núm. 25/2000, de 3 de febrero.
[141] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm.6-8, de 17/10/2000.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como modificaciones parciales que no afectaban sustancialmente a la Proposición[142].

[142] Tal fue el caso del Grupo Parlamentario Vasco, el Grupo Parlamentario Mixto (que propugnaba la supresión de la exención prevista en el apartado tercero del artículo 224 CP para el caso de que existiera reiteración en la conducta; e incluir una cláusula en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que obligase al Juez a oír al Ministerio Fiscal antes de adoptar las medidas cautelares recogidas en tal precepto), el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria e incluso el Grupo Parlamentario Socialista. Sin embargo, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida se opuso enérgicamente a la Proposición de Ley socialista, proponiendo, entre otras mejoras técnicas, la supresión de la misma. Según su motivación, la Proposición de Ley intentaba "equiparar las penas a aplicar por las conductas realizadas por ciertos progenitores, con las de un tercero". Además, aducían que esta modificación del Código Penal implicaba obligatoriamente una reforma previa del Código Civil que clarificara las conductas consideradas contrarias a los deberes de guarda y custodia o al régimen de comunicación y visitas y sus correspondientes sanciones, que dicho Grupo Parlamentario consideraba "extremas". Izquierda Unida proponía la creación de un nuevo artículo dentro del Código Penal, pero en una ubicación distinta a la del secuestro para dejar claro que se trataba de ámbitos diferentes. El Grupo Parlamentario Popular tampoco se mostraba partidario de la Proposición socialista y propugnaba incluir el delito de sustracción de menores en el artículo 223 CP y no en el artículo 224. También se proponía la inclusión en el mismo precepto de la responsabilidad penal del progenitor que injustificadamente y en contra de lo dispuesto por la autoridad judicial, no presentase a su hijo menor ante la persona legalmente habilitada para su cuidado, castigándose ambas conductas con la misma pena, siendo esta de entre seis meses y un año. Por otra parte, proponía el aumento de la pena en un grado para el caso de que se exigiera alguna condición para la restitución del menor o si este era trasladado a un país extranjero (es necesario recordar en este punto que la Proposición del Grupo Socialista incluía una pena para el tipo básico de entre seis meses y dos años, que se aplicaría en la mitad superior de incurrir el culpable en el tipo cualificado. Resulta curioso que el Grupo Popular propusiera rebajar la pena del tipo básico y aumentar la del tipo agravado). En el tema relativo a la exención, se proponía aumentar el plazo de veinticuatro a cuarenta y ocho horas. Llama poderosamente la atención que una de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular aluda precisamente al aumento del plazo de tiempo previsto en la causa de exención, de veinticuatro a cuarenta y ocho horas, debido a que en el debate de toma en consideración de ambas Proposiciones de Ley, la Señora Barrios Curbelo, en representación del Grupo Popular, se expresó en los siguientes términos en relación a la causa de exención de responsabilidad: *"Respecto a la excusa absolutoria de que comunique en veinticuatro horas dónde se encuentra el menor, no nos parece adecuado. Quien lleva a cabo la sustracción del menor contraviniendo la libertad del mismo y los derechos que tiene a una familia, está cometiendo un delito, y aunque lo comunique en veinticuatro horas, puesto que lo podría hacer desde Brasil, Colombia o cualquier otro lugar, no elimina el delito".* El Grupo Popular también se mostraba completamente contrario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abogando por su supresión, al considerar que las medidas cautelares incluidas en la Proposición del Grupo Socialista eran sumamente graves para poder ser adoptadas con este carácter, debiendo adoptarse única y exclusivamente en sentencia firme. No obstante, se mostraba partidario de la reforma prevista para el artículo 102 bis CC, proponiendo simplemente pequeños cambios de redacción e incluso agregando la posibilidad de retirar el pasaporte al menor en el caso de que le hubiera sido expedido como medida cautelar. Por último, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), proponía modificar parcialmente la Exposición de Motivos de la Proposición. Además, consideraba necesaria la inclusión en el artículo 223 CP de un nuevo párrafo que hiciera referencia a la responsabilidad penal del ascendiente o colateral que cometiera el delito de no presentar al menor ante la persona legalmente habilitada para su cuidado (con una pena de prisión de dos a cuatro años), quedando el delito propio de sustracción de menores castigado con la misma pena pero ubicado en un nuevo artículo, a saber, el artículo 224 bis. También se proponía un tipo agravado consistente en durar el "secuestro" más de quince días, en cuyo caso la pena sería de prisión de cuatro a seis años, y un tipo hiperagravado consistente en el traslado del menor a un país extranjero o la exigencia de una condición para su restitución, en cuyo caso la pena debía ser aplicada superior en grado, al tiempo que se presentaba una modificación paralela de la antigua falta tipificada en el artículo 622 CP. Lo interesante de la propuesta de Convergència i Unió es que es el único grupo parlamentario que pretendía tipificar el delito de manera que el sujeto activo pudiera ser "el ascendiente o colateral", lo que incluiría a personas distintas de los progenitores, como pudieran ser los abuelos. El Grupo Parlamentario Catalán se mostraba de acuerdo en parte con la propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero defendía reducir los delitos para los cuales podía adoptarse cautelarmente la privación de los derechos inherentes a la patria potestad y la suspensión de la tutela, guarda o curatela. Por último, consideraba que la ubicación de las medidas cautelares que se pretendía incluir en el Código Civil, tenía mejor acogida en el artículo 158 del mismo, en sede del Título VII, dedicado a las relaciones paterno-

El día 11 de junio de 2001 se publicó el informe conjunto emitido por las Ponencias acerca de la *Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores* (a cargo del Grupo Parlamentario Socialista) y la *Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familia*r (a cargo del Grupo Parlamentario Popular), en el que se acordaba la unificación de ambas bajo el nombre "*Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores*" (número 122/66), al versar las sobre esta temática[143].

En el informe[144] se indica la propuesta de configuración de un tipo autónomo de sustracción de menores, en sede de los delitos contra las relaciones familiares y en

filiales. En cuanto a la propuesta del Partido Popular, el Grupo Parlamentario Vasco consideraba, acertadamente, que si el delito de sustracción de menores se pretendía ubicar mediante la inserción de un nuevo párrafo en sede de detención ilegal en el artículo 163 CP, la agravación de la pena superior en grado para el caso de que el menor hubiera sido trasladado a un país extranjero, debería aplicarse en todos los supuestos en que una víctima de detención ilegal era trasladada al extranjero, pues de lo contrario llegaríamos a la idea inadmisible de castigar más duramente al pariente que a un extraño. También abogaba por aplicar la agravación con independencia de que la víctima fuese mayor o menor de edad, pues el fundamento de la cualificación residía en dificultar la localización de la misma, siendo esa dificultad existente con independencia de la edad de la víctima. Sin embargo, si lo que se pretendía con esa agravación era la protección de los menores, el Grupo Parlamentario Vasco entendía que esa protección debería arbitrarse a través de la reforma de otros preceptos penales o civiles. También dicho Grupo Parlamentario defendía la supresión de la introducción del nuevo párrafo en el artículo 223 CP, al considerarlo un delito específico del delito de desobediencia a la autoridad judicial, siendo suficiente con la existencia del artículo 556 CP. Por otra parte, la pretendida introducción venía a decir lo mismo que la antigua falta del artículo 622 CP, estimando el Grupo Parlamentario Vasco que era preferible contar con los artículos 556 y 622 dependiendo de si la gravedad de la conducta hacía necesaria su calificación de delito o falta, respectivamente, que la conversión en delito de todas las conductas recogidas en la falta del artículo 622 CP. En lo relativo a la modificación prevista para el artículo 224 CP, el Grupo Parlamentario Vasco solicitaba su eliminación al considerar desproporcionado equiparar la conducta de un extraño que induce a un menor a abandonar el domicilio familiar a la conducta de un progenitor que induce a su hijo menor a abandonar dicho domicilio, sobre la base de que el riesgo que corre el menor es presumiblemente inferior si permanece en compañía del padre. La solución que se aportaba para el caso de que se produjese tal inducción por parte del progenitor al hijo pasaba por la aplicación de un delito de desobediencia como autor mediato o inductor. En caso de que la reforma siguiera adelante, se defendía que la pena aplicable fuese de prisión de seis meses a un año para que no quedara equiparada la inducción de un extraño con la inducción de un progenitor. El Grupo Parlamentario Mixto proponía cambios de redacción en lo que respectaba a la modificación prevista para el artículo 163 CP y la inclusión en el artículo 224 de la inducción a un menor "a quebrantar el régimen de estancia establecido por decisión judicial". Por su parte, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida se manifestaba prácticamente en los mismos términos que en caso de la Proposición de Ley del Grupo Socialista, reiterando la necesidad de modificar previamente el Código Civil y calificando de "disparate" la equiparación de las conductas del secuestro de un menor por parte de su progenitor y por parte de un extraño. Coalición Canaria presentó una única enmienda en la que planteaba que el párrafo que pensaba añadirse al artículo 163 CP no debería incluir como sujetos activos al descendiente, ascendiente o hermano, sino única y exclusivamente al progenitor, en coherencia con las subsiguientes reformas penales presentadas por el Grupo Popular, que hacían referencia exclusiva al progenitor. El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) reprodujo exactamente en los mismos términos las enmiendas presentadas con motivo de la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Socialista, junto con las mismas motivaciones; y el Grupo Parlamentario Socialista defendía, lógicamente, su propia propuesta.

[143] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 6-10 y núm. 75-10 de 11/06/2001.

[144] El informe de la ponencia se expresa en los siguientes términos en las cuestiones relativas a las modificaciones en el Código penal: "*Se propone a la Comisión la creación de una nueva sección en el Capítulo III del Título XII del Libro II relativa al delito de sustracción de menores. Dicha sección estará*

consonancia con el Convenio de La Haya de 1980, al tiempo que se incluía un nuevo inciso en el artículo 224[145] y la modificación de la falta tipificada en el artículo 622[146]. Se asiste, pues, al primer momento en el que se menciona la inclusión de la figura de sustracción de menores como delito autónomo de nuevo cuño mediante la creación de una nueva sección en el Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal, apartado de las figuras relativas a la detención ilegal y el secuestro.

Así las cosas, se proponía la inclusión de una nueva sección en el Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal, entre medias de las dos existentes en aquel momento, dedicadas al *quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio* y al *abandono de familia, menores o incapaces* (actualmente personas discapacitadas necesitadas de especial protección) respectivamente. Esta sección llevaría por rúbrica *"De la sustracción de menores"* y contendría un artículo único, el artículo 225 bis[147].

En cuanto a las modificaciones operantes sobre el Código Civil, la Ponencia propuso incluir medidas de carácter cautelar al objeto de impedir la sustracción de un menor,

---

*integrada por un nuevo artículo, con el número 225 bis, en el que se describen las nuevas conductas penadas y se delimitan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Todo ello de conformidad con el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. La ponencia considera más adecuado, desde un punto de vista técnico-jurídico, incorporar esta nueva figura dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares que en otra sede diferente del Código Penal. Se propone también a la Comisión la inclusión en el artículo 224 del Código Penal del delito de inducción a la infracción del régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa cuando sea cometido por uno de los progenitores. Finalmente se propone modificar el artículo 622 al objeto de armonizar su contenido con el nuevo artículo 225 bis".*

[145] El artículo 224 CP, dedicado a la inducción a un menor o a la persona con discapacidad necesitada de especial protección (por aquel entonces incapaz) a abandonar el domicilio familiar, incluía el siguiente párrafo: *En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.*

[146] Las modificaciones anteriores hacían necesaria la reforma de la antigua falta tipificada en el artículo 622 CP, que quedaba redactada de la siguiente manera: *Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*

[147] La redacción del artículo era la siguiente:

1. *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.*
2. *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 de presentarlo al progenitor con quien conviva habitualmente o a las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*
3. *Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*
4. *Cuando el culpable restituyere al menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción quedará exento de pena. Si lo hiciere dentro de los quince días siguientes a la sustracción le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. En el supuesto del apartado 2.2.° estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.*
5. *Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.*

siguiendo, por tanto, la iniciativa planteada en una de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán. De esta forma, el anexo incluía un nuevo párrafo en el artículo 103.1ª[148], dedicado a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, medidas que volverían a reiterarse en el artículo 158, en el seno del Capítulo I del Título VII (dedicado a las relaciones paterno-filiales), del mismo Libro[149].

El 24 de octubre de 2002, el Congreso de los Diputados accedió a tramitar por el procedimiento de urgencia la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores (número 122/000135)[150].

El 29 de octubre de 2002 se publicó el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, que mantenía prácticamente las mismas modificaciones que las propuestas por la Ponencia, si bien se incluían pequeños cambios en cuanto a la redacción del artículo 225 bis, permaneciendo el resto de las propuestas invariables[151]. Dos días más tarde, el 31 de octubre de 2002, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la Proposición de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores[152]. Pocos días después de la aprobación del texto en el Congreso, este fue remitido al Senado, con fecha de 5 de noviembre de 2002. La Cámara disponía ahora de un plazo de seis días (hasta el 11 de noviembre del mismo año) para presentar enmiendas[153], que fueron publicadas el día 13 de noviembre[154].

El 18 de noviembre de 2002 se publicó el Dictamen de la Comisión de Justicia, en el que se incluía la Exposición de Motivos propuesta por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el texto definitivo del artículo 225 bis del Código Penal y las modificaciones mencionadas anteriormente concernientes a los artículos 224 y 622 del Código Penal y los artículos 103.1ª y 158 del Código Civil[155]. El Dictamen fue aprobado por el Senado el 20 de noviembre de 2002 sin introducir modificaciones en el mismo[156]. El 28 de noviembre del mismo año se produjo la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica

[148] Este artículo se encuentra ubicado en el Capítulo X del Título IV (*Del matrimonio)* del Libro I.
[149] Dichas medidas son las siguientes: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
[150] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 152-2, de 24/10/2002.
[151] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 152-3, de 29/10/2002.
[152] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 152-4, de 06/11/2002.
[153] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie III B, núm. 10-a, de 05/11/2002.
[154] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie III B, núm. 10-b, de 13/11/2002. El Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria, el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió y el Grupo Parlamentario Popular en el Senado aprovecharon para proponer la suspensión de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, a los infractores de entre dieciocho y veintiún años y, por tanto, la derogación de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. El Grupo Parlamentario Popular en el Senado propuso la introducción de una Exposición de Motivos, que aludiera a la protección del interés superior del menor y a la necesidad de otorgar una respuesta penal a los casos en que un progenitor sustrae al hijo menor de edad o se niega a restituirlo y de crear medidas cautelares civiles que impidieran este tipo de acciones. También propuso la modificación del primer apartado del artículo 225 bis CP para incluir la duración de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, fijándola por tiempo de cuatro a diez años.
[155] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie III B, núm. 10-c, de 18/11/2002.
[156] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie III B, núm. 10-d, de 27/11/2002.

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores[157].

El nacimiento formal del delito de sustracción de menores se produjo mediante 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, publicada en el B.O.E. el 11 de diciembre de 2002, entrando en vigor al día siguiente de su publicación. Esta Ley Orgánica consta de una breve Exposición de Motivos, seis artículos, tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

La Exposición de Motivos[158] sirve de justificación de la inclusión del tipo de sustracción de menores. Viene a decir que, pese a que encontramos tipos cualificados de detención ilegal y secuestro, cuando el sujeto pasivo sea un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, la práctica jurídica demandaba un tipo más específico caracterizado por que el sujeto activo es el progenitor de aquel. Asimismo, nos transmite la importancia del establecimiento de medidas cautelares civiles para tratar de evitar la perpetración de este delito, dejando al Derecho penal como *ultima ratio*, cuando el resto de ramas jurídicas se muestren insuficientes. Por tanto, deben establecerse medidas cautelares en el ámbito civil que eviten la sustracción del menor. Sin embargo, si esas medidas fallan y como resultado uno de los progenitores sustrae a su hijo menor de edad, el caso debería reconducirse a la vía penal, para lo cual se estaba creando este delito.

La Ley Orgánica 9/2002 no solo contiene la creación del delito de sustracción de menores, ubicado en el artículo 225 bis CP y compuesto por cinco párrafos que, como se verá *infra*, no coinciden plenamente con la redacción original del Proyecto; sino que incluye asimismo un nuevo párrafo que debía ubicarse en el artículo 224 CP, el tipo consistente en inducir al menor a infringir el régimen de custodia establecido judicial o administrativamente, siendo igualmente el sujeto activo el progenitor del menor inducido. A esto se une la creación de una nueva falta, insertada en el artículo 622 CP, para los casos en que uno de los progenitores infrinja el régimen de custodia establecido sin llegar a constituir un delito contra las relaciones familiares o de desobediencia, castigándose con una pena de multa de uno a dos meses. Sin embargo, esta falta no continúa vigente en la actualidad puesto que la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 llevó consigo la supresión del Libro III relativo a las faltas.

Por su parte, los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 9/2002 están dedicados al establecimiento de las medidas cautelares de ámbito civil que se impondrán con el objetivo de evitar la consumación del delito de sustracción de menores, cuales son: la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial; la prohibición de

[157] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 152-6, de 04/12/2002.
[158] La Exposición de Motivos expresa textualmente: *El Código Penal de 1995, […] procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.*

expedir pasaporte al menor o su retirada si ya se hubiera expedido; y el sometimiento a autorización judicial previa de cambios de domicilio del menor[159].

Desde el momento de su creación, el delito se mantuvo intacto durante sus casi dos décadas de vigencia. Ha sido recientemente cuando ha sufrido su primera reforma, que, como se verá más adelante, se valora positivamente, dado que sirve para disipar dudas de extrema relevancia que se reflejaban en la dificultad de interpretación del delito. Pese a que la tipicidad o atipicidad de ciertas conductas era de notoria claridad, esto es, con la antigua redacción existía la certeza de que el traslado no podía ser cometido por el progenitor custodio, toda vez que era este precisamente quien debía consentir dicho traslado, al tiempo que era evidente que el progenitor no custodio podía cometer cualquiera de las dos modalidades en las que se puede concretar la sustracción, existían algunos supuestos limítrofes que presentaban una amplia dosis de incertidumbre. Así, por ejemplo, no quedaba claro si uno de los dos progenitores podía cometer una sustracción si se trasladaba con el menor antes de existir una resolución judicial relativa a la guarda y custodia ni tampoco si el progenitor custodio podía ser el sujeto activo del delito en la modalidad de retención. Aun cuando en el presente trabajo se abraza la idea de la tipicidad de ambas conductas, lo cierto es que la doctrina y la Jurisprudencia no estaban muy por la labor de aceptar esta conclusión. La confusión era aún mayor si se revisan las decisiones jurisprudenciales, pues algunas determinaban la posibilidad de apreciar un delito de sustracción de menores antes de la existencia de una resolución judicial que determinara la custodia del menor, sobre la base de que era una decisión que correspondía a ambos progenitores, y otras, por el contrario, determinaban la atipicidad de este tipo de casos, entendiendo que cualquiera de ellos tenía derecho a fijar su residencia y la del menor mientras no existiera una resolución en contrario.

Todas estas dudas quedan resueltas con la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que incluye expresamente al progenitor custodio como posible sujeto activo del delito, de forma que ya cualquiera de los dos, mientras sean ejercientes de la responsabilidad parental, necesita el consentimiento del otro para llevar a cabo el traslado. Esta modificación implicará un cambio de la aplicación jurisprudencial del tipo que llevará al aumento del número de condenas impuestas, en vista de la cantidad de supuestos de atipicidad que se producían con la antigua redacción.

### 3. Ubicación y estructura

En cuanto a la ubicación, cuando el legislador español decidió crear un tipo regulando la sustracción de menores, podía haber optado por incluirlo en distintos Títulos del Código. De hecho, en la propia elaboración de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, se discutía si el delito debía formar parte de los delitos contra la libertad o, por el contrario, debía ubicarse entre los delitos contra las relaciones familiares. Por consiguiente, existían distintas opciones, adelantándose que resulta acertada la ubicación finalmente escogida.

Así las cosas, podría pensarse que el delito de sustracción de menores integra un **delito de violencia doméstica o de violencia de género[160]**, en cuanto herramienta para poder hacer sufrir a la madre, como un supuesto de la denominada violencia vicaria, en la que

[159] Estas medidas cautelares pueden encontrarse en los artículos 103 y 158 CC.
[160] Propuesta sostenida por ALONSO CARVAJAL, A. *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 116.

se daña a una persona por medio de la lesión a un tercero (por ejemplo, un padre o una madre que lesiona a los hijos como medio de producir un daño en el otro). Ello sobre la base de que el padre no sustractor puede percibir un acto continuado de agresión hacia su dignidad, un trato degradante hacia su persona[161]. El hecho de que la sustracción de menores se pueda incardinar entre los delitos de violencia de género no parece plausible, en tanto el delito puede ser llevado a cabo tanto por el padre como por la madre. Además, el ánimo que guía al sustractor no tiene por qué concretarse en un deseo de hacer daño al otro progenitor, sino que, frecuentemente, se actúa por el deseo de permanecer con el menor sustraído.

Lo mismo cabe decir sobre la violencia doméstica, pese a que la conducta de sustracción de menores es, evidentemente, una figura que afecta plenamente a las relaciones familiares, no por ello acaba convertido en un delito de violencia doméstica, dado que los elementos típicos no requieren, como se verá más adelante, que el menor sufra violencia física o psíquica alguna. Ello conlleva que, de ser así, se deba acudir al correspondiente concurso de delitos, frecuentemente a un concurso real.

Es perfectamente posible que la seguridad del menor, entendida como integridad física y psíquica no se vea menoscabada como consecuencia de la sustracción, pues la conducta no ha sido creada con motivo de que el menor vaya a correr peligro o se pueda ver menoscabado física o psicológicamente por esa sustracción. Se ha creado para proteger los derechos del progenitor que se ve privado ilícitamente de la compañía del menor, salvo que el mismo haya sido sometido a la tutela de un centro público, en cuyo caso será el centro el que disfrute de dicho derecho.

Por esta razón, ante la posibilidad de considerar que las conductas de sustracción de menores se insertan en la denominada violencia doméstica, me sumo a la demanda de cautela planteada por la doctrina en los siguientes términos: "Ciertamente, la pérdida de contacto con el hijo genera una situación de angustia difícil de sobrellevar en los padres y en las madres, pero la solución no tiene por qué pasar necesariamente con su identificación con una situación de violencia, ni debe incardinarse entre las conductas que se conocen como de violencia de género, pues, aunque es cierto que, generalmente, suele ser el padre no custodio el que sustrae al hijo del ámbito de compañía del custodio, no siempre se produce este binomio y en la práctica se producen también las conductas sustractoras o de retención, tal y como son entendidas en este trabajo, por la madre custodia o no custodia"[162].

Efectivamente, y como ya se ha reiterado, una conducta de sustracción de menores no tiene por qué ser identificada de manera automática con una situación de violencia doméstica o, más aun, de violencia de género, en tanto en cuanto el elemento violento no es de obligada aparición en dicha conducta, al contrario de lo que ocurre en otros tipos penales (por ejemplo, en el caso del delito de coacciones) en los que el componente violento o intimidatorio constituye directamente un elemento del tipo.

Con el término "violencia", ya sea violencia doméstica o de género, se alude, como su propio nombre indica, a una situación de violencia o de intimidación en el seno de la familia o de una relación de pareja, ya sea esta actual o pasada. Por el contrario, una

[161] ALONSO CARVAJAL, A. *La sustracción interparental*…, Ob. cit., p. 116.
[162] LLORIA GARCIA, P. "Introducción", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel Madrid, 2008, p. 24.

conducta de sustracción de menores no presenta obligatoriamente un componente violento, lo cual no significa en absoluto que tal conducta sea trivial y, por supuesto, es igualmente apta para causar graves perjuicios a nivel personal y familiar. Sin embargo, el mero hecho de que la conducta pueda ser realizada sin violencia ni intimidación impide que se pueda categorizar mecánicamente como una conducta violenta. Por supuesto, ello no obsta a que la sustracción de menores pueda realizarse con violencia e intimidación, elemento que podría ser castigado de forma separada. Tampoco existe obstáculo para que la conducta pueda integrar un supuesto de violencia vicaria, pero la esencia del delito no es propicia para ser incardinado entre los delitos de violencia doméstica o violencia de género, respondiendo mejor a la ubicación en la que se encuentra actualmente, esto es, los delitos contra las relaciones familiares.

En suma, no toda sustracción de un menor constituye una forma de violencia doméstica pues, a pesar de poder producir perjuicios psicológicos de distinta índole, el concepto de violencia doméstica se refiere a una situación diferente, como se ha dicho antes, a una esfera presidida por la violencia física o psicológica ejercida por un miembro de la familia. En relación con la violencia de género, debe tenerse en cuenta que esta se refiere a la violencia ejercida contra una mujer justamente por su condición de tal, por lo que no puede afirmarse la identificación de sustracción de menores con violencia de género.

Por otro lado, la conducta de sustraer al hijo menor ha sido denominado por el legislador "sustracción de menores", lo que obliga a poner el acento en el hijo y no en la madre. Finalmente, una identificación de sustracción de menores con violencia de género forzaría a considerar que el delito nunca podría ser cometido por una mujer, sino siempre por el hombre, que es el que presenta las cualidades aptas para ser sujeto activo de un delito de violencia de género. Pues bien, ello no siempre es así, dado que existe casuística y bastante reciente en que el sujeto activo ha sido precisamente una mujer (por ejemplo, el caso Juana Rivas[163], que fue condenada por un delito de sustracción de menores pese a la campaña mediática que organizó para obtener el apoyo de la ciudadanía con ayuda de los medios de comunicación). Comoquiera que una mujer puede, igual que un hombre, cometer la conducta de sustraer al hijo menor de edad, no debe caerse en el error de considerar el delito de sustracción de menores como una nueva modalidad de violencia de género. Probablemente esta línea responda a la idea de que la sustracción se realiza como forma de dañar a la madre. Sin embargo, por los motivos que acaban de exponerse, aquella no puede sostenerse. Ni puede asegurarse que la finalidad del sustractor sea la de dañar a su ex mujer en cada caso de sustracción que existe, pues puede que la conducta se encuentre dirigida al deseo de pasar más tiempo con el menor o que no exista la figura materna, si se trata de un sustractor que extrae al hijo de la institución en la que este último se encuentra; ni tampoco se puede afirmar que no existan mujeres sustractoras, sobre todo, cuando estadísticamente se está observando una elevación de casos de sustracciones cometidos por la madre y no por el padre.

Otra opción pasaría por integrar la figura entre los **delitos contra la integridad moral.** Sin embargo, no parece adecuado sostener que la integridad moral del menor y del progenitor no sustractor sea el bien jurídico protegido por la conducta por cuanto implicaría la presencia en todo caso de un trato degradante[164]. No es cierto que en todo caso se produzca un trato degradante hacia el menor en el seno de una conducta de

[163] Este caso se analizará con más detenimiento en el epígrafe correspondiente.
[164] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 28.

sustracción interparental, pues, como se ha expuesto anteriormente, es perfectamente posible que el progenitor sustractor cuide de su hijo y ejerza las obligaciones inherentes a la patria potestad diligentemente.

En el mismo sentido se manifiesta algún sector doctrinal cuando indica que "esta posición sólo podría mantenerse si consideramos que el progenitor que realiza las conductas descritas en el artículo 225 bis CP inflige al otro progenitor y al menor un trato degradante […] Esta tesis es difícilmente defendible porque parte de la presunción de que, siempre y en todos los casos, la sustracción provoca en el menor y en el otro progenitor una situación de tensión y miedo"[165].

En definitiva, no tiene por qué existir trato degradante ni tiene por qué aparecer tensión y miedo para la comisión del delito de sustracción de menores, por lo que no puede concluirse que la integridad moral del menor y del progenitor no sustractor sea el bien jurídico protegido por este delito.

En tercer lugar y debido a la redacción del tipo (sobre todo en el caso de la retención), la sustracción de menores podría configurarse como un **delito de desobediencia**. Así, MUÑOZ CONDE la define como "un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores"[166], si bien posteriormente reconoce que no es necesaria la existencia de resolución judicial en la primera modalidad (la de traslado)[167].

No puede olvidarse la idea de que ubicar esta figura entre los delitos de desobediencia solo sería viable en el caso de la conducta de retención, no así en la modalidad de traslado, dado que solo aquella es la que exige un incumplimiento de una resolución judicial o administrativa. Ciertamente, parte de la doctrina y de la Jurisprudencia (como después se tendrá ocasión de analizar más pormenorizadamente) defienden que tal incumplimiento debe verificarse en ambas modalidades de conducta, pero realmente el tipo solo lo exige en la segunda.

En cualquier caso, el bien jurídico protegido no es, al menos en exclusiva, el principio de autoridad, por lo que debe descartarse la pertenencia de este delito a los tipos de desobediencia. El principio de autoridad no tiene por qué verse afectado por la sustracción de menores. No comparte elementos típicos con los delitos de orden público y la ubicación entre aquellos resultaría anticuada y obsoleta, pues la sustracción afecta al círculo concreto de personas de ese núcleo familiar: el menor y la persona con la cual este debía permanecer (ya sea en desarrollo de un derecho de custodia o de visitas). El orden público es algo de naturaleza colectiva que no encaja con este tipo penal. De ahí que se hayan planteado, igualmente, penas de inhabilitación para la patria potestad, en consonancia con el tipo de delito cometido, si bien es discutible que sea apropiada la duración tan extensa de la misma, algo que se analizará más detalladamente *infra*.

Existen sectores doctrinales que se oponen a esta idea de que el delito de sustracción de menores sea un delito contra el orden público bajo el pretexto de que se parece más a un delito contra las relaciones familiares, dado el *modus operandi* de aprovechamiento de la relación de parentesco, la configuración del mismo como un delito especial, la

[165] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., pp. 28-29.
[166] MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 304.
[167] *Ibídem*, p. 305.

posibilidad de imponer una pena de inhabilitación especial y la previsión de una excusa absolutoria para el caso de que el sujeto activo pueda reparar el daño cometido[168].

Como ya se ha dicho, esta tesis se comparte, pues el delito de sustracción de menores presenta ciertas características que le acercan en mayor medida a los delitos contra las relaciones familiares, a saber, que se trata de un delito que se produce en el marco de una relación familiar, que la existencia de una relación de parentesco entre el sujeto pasivo y el sujeto activo fue precisamente lo que determinó su expresa tipificación, que se trata de un delito especial puesto que una persona sin la cualificación de ser el progenitor del menor no puede cometer el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis[169], y la naturaleza de las penas (no solo de prisión, sino también relativas a la patria potestad). En resumen, se ha expuesto que el hecho de que afluyeran los casos en que son los padres los que sustraen al hijo (trasladándolo o reteniéndolo), es decir, el hecho de que la sustracción se produjera por parte de un miembro de la familia (el progenitor u otros parientes) hacia otro miembro de la familia (el hijo menor de edad) fue lo que motivó la tipificación expresa de este delito, el cariz familiar tan presente en esta figura aconseja la ubicación en el Título XII relativo a los delitos contra las relaciones familiares.

Otras posturas estiman que el delito es pluriofensivo y se protegen, entre otros bienes jurídicos, el buen funcionamiento de los poderes públicos, requiriendo siempre la existencia de una resolución judicial[170], algo que supone una conexión con el delito de desobediencia, conexión existente únicamente en la modalidad de retención.

Por supuesto, la propuesta original de incluir el tipo entre los **delitos contra la libertad**, ya ha quedado descartada por lo expuesto *supra,* quiere decirse, el bien jurídico protegido no es la libertad ambulatoria, por cuanto esa ubicación habría sido sumamente desacertada. La posibilidad de enmarcar este tipo penal entre los delitos de detención ilegal y secuestro constituía una incoherencia sistemática, dado que se pretendía dar una respuesta penal a situaciones que se producen en el seno de la familia, por lo que el bien jurídico protegido queda bastante lejos de la libertad ambulatoria.

En el caso de que se produjera la sustracción del menor por un desconocido, no habría duda acerca de que la conducta constituiría un delito de detención ilegal o de secuestro (dependiendo de la exigencia o no de una condición para su puesta en libertad) de los tipos comprendidos entre los artículos 163 y 168 CP. Pero en el caso de la figura del artículo 225 bis, el elemento clave y crucial viene dado por el hecho de que es un progenitor el que sustrae a su propio hijo. Se trata, por tanto, de una conducta que siempre ha de producirse en el seno de la familia y es precisamente por este motivo por el cual queda configurado como un delito especial, puesto que solo el progenitor puede llevarlo a cabo (además del resto de parientes mencionados en el último apartado del precepto).

De manera que, al no ser la libertad ambulatoria el bien jurídico protegido por el delito y al producirse siempre este en el contexto de una relación familiar, la ubicación en el Título VI relativo a los delitos contra la libertad resultaría ilógica, sin que pueda olvidarse,

[168] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 34.
[169] Sin contar con la cláusula extensiva del último apartado del precepto, que incluye algunos parientes cercanos.
[170] GARCÍA PÉREZ, O., "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, p. 9.

igualmente, la negativa de los tribunales a aplicar estos tipos en casos en que el padre o la madre sustrae al hijo al considerar este hecho por ser insubsumible en ellos.

Sin embargo, la conexión entre estos delitos es evidente, lo que ha llevado a GUARDIOLA GARCÍA a afirmar que la sustracción de menores recoge una modalidad privilegiada del delito de detenciones ilegales, si no desde un punto de vista lógico, sí en sentido funcional, debido a que si la misma conducta fuese realizada por un sujeto ajeno a los previstos en el artículo 225 bis CP, la conducta integraría un delito de detenciones ilegales, por lo que ambos tipos cubren un abanico de conductas relacionadas aunque pueden afectar a bienes jurídicos diferentes[171].

Por consiguiente, se aplaude la decisión del legislador de incluir la figura entre los **delitos contra las relaciones familiares.** Pese a la existencia de distintas posibilidades acerca del lugar del Código penal en el que debía quedar ubicado el delito de sustracción de menores, la más correcta es la ubicación actual en el Título XII, relativo a los delitos contra las relaciones familiares[172].

El Código Penal de 1995 presenta como novedad el hecho de que recoge expresamente un Título que engloba los delitos contra las relaciones familiares[173]. Realmente parece que este Título XII supone una especie de fusión de los Títulos XI y XII del Código Penal de 1973. Esto es así porque los delitos comprendidos en los Capítulos Primero y Segundo se encontraban en el Título XI del Código de 1973, que bajo la denominación de "Delitos contra el estado civil de las personas"[174] englobaba los delitos de suposición de parto y usurpación del estado civil en el Capítulo Primero y sancionaba los denominados delitos "De matrimonios ilegales" en el Capítulo Segundo; mientras que el Título XII ("De los delitos contra la libertad y seguridad") englobaba, entre otros, el delito de sustracción de menores[175] y el delito de abandono de familia y de niños[176].

Inicialmente, el Código Penal de 1995, no contenía una figura de sustracción de menores *per se*. Se ha podido observar que, tradicionalmente, este delito estaba configurado bajo el paraguas de tres conductas delictivas diferentes pero con una estrecha relación entre sí: sustracción de un menor de siete años; la no presentación del menor a sus padres o guardadores sin justificación alguna por parte de la persona encargada de dicho menor; y la inducción a un menor mayor de siete años al abandono del núcleo familiar. Esta clasificación se ve distorsionada en el Código de 1995, por cuanto en la Sección Primera del Capítulo III del Título XII (denominada "Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio) solo se

[171] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008, p. 87.
[172] En el mismo sentido, TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1815.
[173] Este Título XII del Libro II abarca los artículos 217 a 233 y se encuentra dividido en tres Capítulos: el primero de ello tiene por rúbrica "De los matrimonios ilegales"; el segundo "De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor"; y el tercero "De los delitos contra los derechos y deberes familiares". El delito de sustracción de menores se incardina en este último.
[174] Abarcaba los artículos 468 a 479.
[175] Comprendía el Capítulo II, artículos 484 a 486.
[176] Ubicados en el Capítulo III, artículos 487 a 489.

incluyen las dos últimas conductas mencionadas, desapareciendo temporalmente el delito de sustracción[177].

En 2002, la figura se recupera con un conjunto de elementos típicos diverso del históricamente acostumbrado, introduciéndose un nuevo artículo (el 225 bis CP) entre los delitos contra las relaciones familiares. Sin embargo, hay quien opina que habría sido preferible incluir esta figura en el artículo 223 o como artículo 223 bis, entendiéndose que se trata de una infracción de los deberes de custodia[178], postura superada con la nueva redacción otorgada por la LO 8/2021, de 4 de junio.

El artículo 225 bis se encuentra ubicado en la Sección Segunda del Capítulo III del Título XII del Código Penal, bajo la rúbrica "De la sustracción de menores". Se trata de una rúbrica algo escueta que no induce a pensar que se trata de una separación del menor de su entorno familiar pero por parte de uno de los progenitores, algo que ya se especifica en la redacción del tipo. Esta rúbrica presenta la misma denominación que las que se incluían en los anteriores Códigos Penales españoles, aunque la redacción y la conducta típica son completamente distintas. De hecho, se suele enlazar esta expresión (sustracción de menores) con los casos de niños robados, pues la misma no es intuitiva, no induce en absoluto al concepto del padre o la madre que sustrae al menor, algo que no es apreciable hasta el momento en que se comienza a leer la descripción típica. Debería haberse introducido una rúbrica más concreta e intuitiva que condujera a pensar que se trata de un delito cuyo sujeto activo ha de ser forzosamente un progenitor[179].

De hecho, la confusión es máxima si se atiende a la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. En ella se utiliza el término "sustracción de menores" con un significado bien distinto al contenido en el artículo 225 bis del Código porque se refiere

[177] De esta manera, nos encontramos con tres artículos que mantienen un paralelismo con la regulación de antaño, pero al mismo tiempo, suponen un cambio, a la vez que incluyen entre los sujetos pasivos, la figura no solo del menor de edad, sino también del incapaz (que actualmente se denomina "persona con discapacidad necesitada de especial protección"), quedando las conductas delictivas redactadas de la siguiente manera:

- El artículo 223 establece lo siguiente: "*El que, teniendo a su cargo, la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave"*. Puede decirse que la tipificación de este delito es semejante a la contenida en los Códigos anteriores, dado que sigue tratándose de un delito común y la conducta típica es prácticamente la misma (a salvo las modificaciones pertinentes en cuanto a penalidad se refiere, pues con el Código penal de 1995, la pena de prisión se convierte en la "pena estrella").
- El artículo 224 se refiere a la inducción en los siguientes términos: "*El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años"*. La conducta típica sigue consistiendo en inducir a un menor a abandonar el lugar en el que vive con su familia, si bien ya ha desaparecido el límite de edad característico de esta figura (los Códigos Penales anteriores exigían que el sujeto pasivo fuese un niño mayor de siete años).
- El artículo 225 contiene un tipo atenuado, una disminución de pena para el caso de que el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección no haya estado ausente por más de veinticuatro horas o se haya comunicado a sus padres, tutores o guardadores el lugar en el que se encuentran. Este tipo atenuado, también de nuevo cuño en el Código penal de 1995, supone una rebaja de la pena, quedando la conducta castigada con una pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, con una pena de multa de cuatro a ocho meses.

[178] TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1811.

[179] Posteriormente se verá que también pueden cometer la conducta otros parientes cercanos.

a lo que coloquialmente se conoce como "bebés robados", consistiendo el *modus operandi* en que *se informaba a la madre y familiares que un menor recién nacido había fallecido, ofreciéndose el centro hospitalario a hacerse cargo de los restos. Ese menor era entregado a otras personas.*

Por consiguiente, la expresión "sustracción de menores" se utiliza en esta Circular para referirse a aquellos casos acontecidos fundamentalmente en España entre 1950 y 1990 en los que se les hacía creer a los progenitores que su bebé había muerto para venderlo a otra familia. Este supuesto entra perfectamente en el tipo de sustracción de menores (menores de 7 años) que se mantuvo vigente en España hasta el Código de 1995, que ya no recogía propiamente tal conducta. Ahora, los mismos deben reconducirse a los tipos de detención ilegal, orden que se refleja en la propia Circular para que todos los fiscales realicen sus acusaciones por el mismo delito.

Así las cosas, la rúbrica no refleja correctamente el contenido del tipo, por lo que sería recomendable su modificación. Siendo que la tacha de la rúbrica es precisamente que no contiene una alegación a que es uno de los dos progenitores el que lleva a cabo la sustracción, sería suficiente con añadir el término "parental". De esta manera, se propone de *lege ferenda* su modificación, pues "De la sustracción parental de menores" refleja mejor la naturaleza de la conducta típica.

La doctrina también ha criticado este desacierto nominativo, prefiriendo algunos autores la expresión "secuestro parental", pues el término sustracción de menores "solo da cuenta de la acción de separar, apartar o extraer al menor de su entorno propia de este delito y que a falta de más precisión induciría a concebir el alcance de lo penalmente relevante con una extensión mayor que la que concretan el resto de los elementos de los tipos contenidos en el artículo 225 bis y que lo reducen al contexto de las relaciones paterno filiales de un menor de edad con sus dos padres"[180].

En palabras de TORRES FERNÁNDEZ "la denominación de estos delitos de nueva creación como "secuestro parental" parece ser la que mejor expresa su naturaleza, pues el secuestro define la retención indebida de una persona para algún fin, mientras que el vocablo parental nos sitúa en el contexto de las relaciones familiares en el que se produce esa acción, precisamente realizada por uno de los padres. Dicha expresión pone de manifiesto la salida o la extracción del hijo menor del ámbito familiar en el que convivía, llevada a cabo precisamente por el padre o por la madre"[181].

Sin embargo, la expresión "secuestro parental" tampoco parece la más acertada. En el ámbito jurídico-penal, la principal diferencia entre un delito de detención ilegal y un delito de secuestro es que, en este último, el sujeto activo exige una condición a cambio de la entrega de la persona. Si ese término va acompañado de la palabra "parental", es indicativo de que la acción va a ser realizada por el padre o por la madre. Empero, el sujeto activo no tiene por qué exigir condición alguna para que el tipo quede completamente realizado. De hecho, precisamente esa exigencia configurará uno de los tipos agravados, siendo que el tipo básico se concibe como un traslado o retención sin

[180] TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1818.
[181] *Ibídem*, p. 1818.

exigencia de condición. Por ello, secuestro parental de menores no es la denominación más acertada, siendo preferible "sustracción parental de menores"[182].

Por otra parte, puede resultar criticable que se haya utilizado el término "sustracción" para referirse a este tipo de conductas y ello porque dicho verbo es el utilizado por el legislador en repetidas ocasiones en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico en los artículos 234 y siguientes del Código Penal. Por esta razón, existe una asunción de la sustracción ligada a una entidad material, más que a una persona, por lo que habría sido más conveniente hacer uso de algún otro verbo más asociado a un ente vivo.

Con todo, no se valora negativamente la opción por el verbo sustraer dado que es el verbo empleado por los instrumentos internacionales más importantes, cuya existencia y vigencia es anterior al delito del Código Penal español, como es el caso del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles en la sustracción de menores de 1980, sin olvidar que tradicionalmente los Códigos españoles se han referido a la sustracción de menores, aun cuando la conducta era más parecida a un rapto que al tipo penal actual.

La propia Jurisprudencia ha otorgado también un concepto de sustracción, identificando la sustracción de personas con la de objetos, indicando la Audiencia Provincial de Madrid[183] que *la acción de sustraer supone un apoderamiento material de una persona o de un objeto. En esto no se diferencian la de personas y la de bienes.*

Por cuanto respecta a la estructura, una primera lectura del tipo[184] nos muestra que se trata de un delito que obedece a la siguiente estructura:

---

[182] Si se utiliza el término "secuestro parental" jurídicamente hablando estaría afirmándose la idea de que en todas y cada una de las ocasiones en que se lleve a cabo la conducta de sustracción del menor, el sujeto activo exigirá algo a cambio de poner fin a tal situación. Más aún, si cambiamos la expresión "sustracción de menores" por "secuestro parental" quizá ni siquiera podría aplicarse el tipo en caso de no exigirse una condición o recompensa por parte del autor del delito, pues en ello reside la esencia del secuestro. Esto se produciría únicamente en el tipo agravado.

[183] AAP de Madrid núm. 302/2004, de 17 de junio.

[184] El artículo queda redactado de la siguiente manera:

1. *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*
2. *A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*
   *1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*
   *2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*
3. *Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*
4. *Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.*
   *Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.*
   *Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.*

- Un tipo básico de sustracción, que puede ser cometido de dos maneras distintas, configurándose como un tipo mixto alternativo, por cuanto el segundo apartado del precepto nos otorga una definición del término "sustracción", ofreciendo dos modalidades diferentes de comisión que se analizarán pormenorizadamente *infra*: el traslado y la retención. El tipo básico ya se refiere expresamente al progenitor que lleve a cabo la conducta, lo que lo convierte en un delito especial propio, dado que no cualquier persona puede cometerlo, sino solo aquella que reúna ciertas cualidades especiales. La pena para este tipo básico es de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad.

- Un tipo agravado para el caso de que el menor sea trasladado fuera del país o se exija algún tipo de condición para proceder a la restitución. Ello implica dos elementos alternativos, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos (o incluso de ambos) determinará la imposición de las penas indicadas en el tipo básico en la mitad superior.

- Una causa de exención de pena para el supuesto de que el menor sea devuelto antes de veinticuatro horas o se comunique a quien corresponda, y en ese mismo plazo de tiempo, el lugar donde se encuentra aquel con un compromiso de devolución que realmente se lleve a cabo. También en este caso el plazo empieza a computar desde la interposición de la denuncia.

- Un tipo privilegiado que incluye una atenuación penológica para el supuesto de que se reintegre al menor antes de quince días, plazo que comienza a computarse desde el momento de la interposición de la denuncia. Para este supuesto se elimina ya la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, subsistiendo solo la pena privativa de libertad, que se impondrá por un periodo comprendido entre seis meses y dos años.

- Una condición de perseguibilidad, en tanto ya se ha visto que la referencia al cómputo de plazos se realiza sobre la fecha de interposición de la denuncia, por lo que es un delito perseguible a instancia de parte.

- Finalmente, un tipo que amplía el círculo de posibles sujetos activos del delito, una cláusula extensiva de sujetos que hace que no solo el progenitor pueda configurarse como sujeto activo, sino también algunos parientes, concretamente, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

---

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

# CAPÍTULO PRIMERO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

## I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Antes de entrar de lleno en el estudio del bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, resulta conveniente aportar algunas ideas acerca de qué es el bien jurídico protegido y cuáles son las fuentes principales que nos permiten extraerlo.

El bien jurídico no deja de ser el interés que el legislador desea proteger y que sirve de sustrato a la tipificación de la conducta. Es aquello que dota de sentido al tipo, de suerte que ha de considerarse ilícito cualquier tipo penal en el que no quepa identificar un bien jurídico concreto, toda vez que la función principal del Derecho penal es la de proteger bienes jurídicos[185]. Además, no cualquier interés merece protección penal, solo aquellos que se estimen más importantes, de lo contrario se desatendería el principio de intervención mínima. Para ello, será de vital importancia la Constitución Española, como fuente principal de emanación de bienes jurídicos, pues en ella se reflejan los valores más importantes para la sociedad: vida, integridad, libertad, patrimonio, etc. Asimismo, debe realizarse una tajante distinción entre Derecho y Moral, de forma que no se tipifiquen conductas que supuestamente lesionen el bien jurídico "moral". Estas consideraciones serán desarrolladas más detalladamente a continuación.

El origen del bien jurídico se ha señalado en la democracia, pues la democracia es un concepto dinámico que se encuentra en constante apertura, de forma que solo en una sociedad democrática puede surgir aquel: en dicha sociedad primero se van a definir los objetos que van a ser protegidos por el Ordenamiento jurídico y ahí, teniendo siempre el carácter residual y fragmentario del Derecho penal, surgirán los bienes jurídicos; todo esto expresa que el carácter de bien jurídico vendrá determinado por aquellos objetos que se originan en el seno de una sociedad democrática y gocen de protección penal[186]. Por otro lado, el concepto de bien jurídico se formuló originariamente más como un límite que como una exigencia en la intervención del Derecho penal[187].

Ya decía VIVES ANTÓN que el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática penal porque se discute todo en él: desde su condición

---

[185] ALCÁCER GUIRAO, R. ha identificado numerosos factores en favor de esta teoría del bien jurídico: el criterio del peligro que deriva del fin de protección de bienes jurídicos aporta racionalidad y seguridad jurídica en el enjuiciamiento de las acciones, por remitirse a la desvaloración de aquellas a un elemento fáctico, perteneciente al mundo causa-naturalístico, susceptible de una suficiente determinación y contrastación fáctica en cada caso concreto; además, entender el delito como una lesión hacia un bien jurídico es más adecuado para establecer el contenido del injusto, distinguiéndose un desvalor de acción y un desvalor de resultado que se basan en el peligro y la lesión del mismo, siendo además, el peligro, susceptible de graduación, de suerte que se pueden establecer diferentes niveles de lesividad, elemento que conduce a la posible determinación de un injusto gradual; por otro lado, también esta teoría permite deslindar la desvaloración existente entre la tentativa y el resultado; y, finalmente, si lo que se protege es el bien jurídico, se ha de exigir que cualquier conducta jurídico-penalmente relevante encierre un mínimo de peligrosidad, de modo que se producirán menos adelantamientos de la barrera punitiva que en el caso de que se siga la teoría del fin de la vigencia de la norma. En *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 353-354.

[186] HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, p. 143.

[187] MUÑOZ CONDE, F. "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 568.

intra normativa o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad para actuar como límite a los posibles excesos del legislador[188].

Tiene razón MORILLAS CUEVA al apuntar que, si existe algo evidente en cuanto al bien jurídico, es precisamente que no hay absolutamente nada claro sobre él, por lo que se puede objetar la falta de concreción conceptual a pesar de los numerosos intentos que se han desarrollado para delimitarla[189]. De ahí la afirmación de PORTILLA CONTRERAS acerca de que "la historia del bien jurídico es la historia de una búsqueda incansable en pos del hallazgo de ese catálogo de valores que merezca la protección penal"[190].

Mientras que ROXIN trata de aportar una aproximación a la noción de bien jurídico, afirmando que estos son las "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"[191], FERRAJOLI ha apuntado que realmente no es posible alcanzar una definición exclusiva y exhaustiva del bien jurídico, por lo que la teoría del bien jurídico no puede indicar si una determinada proposición penal es justa o no en la medida en que protege un determinado bien jurídico, señalando el autor que tampoco serviría de nada que lo hiciera; lo que sí puede ofrecernos son una serie de criterios negativos de deslegitimación, como la irrelevancia del bien tutelado, la desproporción de las penas, la posibilidad de brindar una mayor protección por medio de instrumentos no penales, la inidoneidad de una pena para ofrecer una tutela eficaz, la ausencia de lesión en un determinado comportamiento, que nos permite identificar que un determinado precepto penal es innecesario y carece de justificación[192]. No obstante, concluye el autor en cita que realmente esto es todo lo que cabe pedir a la categoría del bien jurídico, cuya función de límite o garantía se traduce justamente en la exigencia de que la existencia de una lesión es una condición necesaria, aunque no suficiente, para justificar la punición del comportamiento y su configuración como delito[193].

En la búsqueda del concepto de bien jurídico, algún sector doctrinal ha tratado de arbitrar uno que sea común para todos ellos, sobre la base de que todos ellos han de tener algo en común y surge así la concepción procedimental del bien jurídico, que va más allá de reconocer como bienes jurídicos aquellos seleccionados por el legislador a través de un proceso democrático, concibiendo el bien jurídico no como un objeto, sino en términos de justificación, constituyendo un objeto ideal que sirve para justificar el delito y la pena, un momento del proceso de justificación de la limitación racional de la libertad[194].

---

[188] VIVES ANTÓN, T. "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico", *Repositorio de la Universidad de Lusíada*, núm. 4/5, 2007, p. 159.
[189] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte General,* Dykinson, Madrid, 2018, p. 74.
[190] PORTILLA CONTRERAS, G. "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos", *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (edit. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. - GARCÍA AMADO, J. A.), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 491.
[191] ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª ed. alemana, (trad. LUZÓN PEÑA, D. et al.), Civitas, Madrid, 2006, p. 56.
[192] FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. et al.), 6ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 471.
[193] *Ibídem*, p. 471.
[194] VIVES ANTÓN, T. "Sistema democrático y…", Ob. cit., p. 185.

Efectivamente, el bien jurídico sirve para justificar la existencia del delito, para justificar esa limitación de libertad que se realiza a todos y cada uno de los ciudadanos que no pueden actuar de cualquier manera, debiendo respetar los bienes jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, el bien jurídico sirve como justificación a la pena, pues esta se impone precisamente para salvaguardarlo. Los ciudadanos tienen absoluta libertad para hacer o deshacer cuanto les plazca, teniendo como único límite el respeto a los bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro englobará un hecho delictivo que será sancionado con una determinada pena[195].

Como señala MORILLAS CUEVA, actualmente existen dos direcciones que tratan de aportar un contenido a los bienes jurídicos protegidos: la constitucionalista y la sociológica[196], decantándose el autor por la primera al entender que es la Constitución la que aporta las bases para la elaboración del concepto de bien jurídico[197]. De esta manera, extrae del artículo 1.1 CE relativo al Estado social y democrático de Derecho que la función del Derecho penal no es otra que la de protección de bienes jurídicos y que dichos bienes encuentran legitimación primaria en los valores e intereses constitucionales y en la realidad social en la que se ubica esa concepción del Estado basado en los derechos humanos que alcanzan a todos los ciudadanos[198].

Algún sector doctrinal opina que el bien jurídico se conforma no solo a partir de los tipos penales, sino también de la Constitución y, concretamente, de los derechos fundamentales, que son los que marcan hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima, por lo que el bien jurídico no preexiste al Derecho, pero sí a los tipos penales[199]. Por consiguiente, el nacimiento de los bienes jurídicos se produce cuando se plasman a modo de derechos fundamentales en la Constitución y, posteriormente, se acaban convirtiendo en bienes jurídicos protegidos penalmente cuando el legislador tipifica una conducta que pone en peligro o lesiona alguno de ellos[200].

---

[195] SANZ MORÁN, A. señala cuatro funciones se le han asignado a los bienes jurídicos: función dogmática, que otorga contenido material a las infracciones penales, pues se consideran antijurídicas las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico (luego habrá que determinar la posible existencia de una causa de justificación que elimine tal antijuridicidad); función clasificatoria o sistemática, como consecuencia de lo anterior, si se caracteriza el delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, se ofrece un criterio para la ordenación de las distintas conductas delictivas; función interpretativa, pues los bienes jurídicos sirven para interpretar teleológicamente los elementos típicos establecidos por el legislador; y función político criminal, dado que los bienes jurídicos auxilian a la hora de determinar qué comportamientos deben ser castigados con una pena, por lo que sirve de límite al *ius puniendi* estatal. En "Reflexiones sobre el bien jurídico", *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, (dir. CARBONELL MATEU, J. C. *et al.*), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1754.

[196] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 71.

[197] *Ibídem*, p. 75.

[198] *Ibídem*, 76.

[199] VIVES ANTÓN, T. "Sistema democrático y…", Ob. cit., pp. 186-187.

[200] ALONSO ÁLAMO, M., sostiene que, desde la óptica constitucional, se debe dar respuesta a dos cuestiones: la primera consiste en decidir si en la Constitución se hallan contenidos expresa o implícitamente los bienes jurídicos que deben ser protegidos penalmente y si en aquella se contienen o no mandatos expresos o implícitos de incriminación, es decir, si se puede construir a partir del bien jurídico penal una prohibición de defecto constitucional, o si la Constitución se contenta con la imposición de límites al legislador en materia penal, lo cual engloba en pocas palabras la cuestión de qué es lo que se debe proteger penalmente; la segunda cuestión consiste en saber cómo incide la Constitución en la protección de bienes jurídicos y ello con independencia de si los bienes jurídicos se encuentran en ella o no, es decir, en conocer qué función desempeñan aquellos en relación con la prohibición de exceso constitucional, lo que en pocas palabras sería responder a la pregunta de cómo proteger. El mismo autor llega a las siguientes conclusiones para dar respuesta al primero de los interrogantes: el reconocimiento del principio de la

Resulta del todo rechazable defender que los bienes jurídicos protegidos se encuentran solo y exclusivamente en el catálogo de derechos fundamentales recogido entre los artículos 15 y 29 de la Constitución. Los bienes jurídicos provienen de los derechos fundamentales, pero también de los derechos de los ciudadanos, de los principios rectores de la política social y económica y, en general, de todos los apartados (pues existen delitos contra el Estado, contra la monarquía, etc.)[201].

El bien jurídico protegido por la figura de sustracción de menores encuentra su origen en el artículo 39 de la Constitución, que establece la protección social, económica y jurídica de la familia. En este precepto constitucional cabe situar la justificación de la existencia del Título XII del Libro II del Código Penal, pues todos los delitos incluidos en dicha ubicación se refieren a las relaciones familiares. En otras palabras, el delito objeto de este estudio en este trabajo, la sustracción de menores, protege un bien jurídico cuyo respaldo constitucional viene proporcionado por el artículo 39 de la Constitución, que engloba la protección a la familia, a los hijos y a los niños en general, estableciendo asimismo la obligación de los padres de asistir a sus descendientes durante su minoría de edad y con independencia de su filiación. Este precepto no se incluye en el seno de los derechos fundamentales, sino entre los principios rectores de la política social y económica. Constituye, por tanto, un derecho constitucional sin ser un derecho fundamental.

---

exclusiva protección de bienes jurídicos no implica que los mismos se encuentren en la Constitución y que el legislador se limite a extraerlos de ella; tampoco implica que el legislador tenga la obligación de incriminar las conductas que atenten contra los derechos fundamentales, lo que significa es que los tipos penales deben dirigirse a la protección de bienes jurídicos de acuerdo a la Constitución, ya sean provistos o no por ella, frente a las conductas más intolerables y de acuerdo también con el principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere al segundo de los interrogantes propuestos, las conclusiones han sido las que siguen: las Constituciones modernas contienen mandatos expresos de sanciones penales, tales como las relativas al medio ambiente (artículo 45.3 de la Constitución); el patrimonio histórico, artístico o cultural (artículo 46 de la Constitución); suspensión de derechos (artículo 55 de la Constitución); etc., por lo que el legislador se encuentra obligado a seguir las directrices constitucionales si no quiere incurrir en una vulneración de la prohibición de defecto constitucional; por otro lado, son los mandatos tácitos los que realmente entroncan con la cuestión acerca de si los bienes jurídicos proceden de la Constitución y son reconocibles a partir de los derechos fundamentales, pues el Estado tiene el deber de respetarlos pero no el de sancionar penalmente su vulneración, por lo que un reconocimiento de la existencia de esos mandatos tácitos podría entrañar un riesgo de "invasión" del Derecho penal de la Constitución, más allá de los derechos fundamentales, lo que redundaría en la función limitadora del bien jurídico y supondría una intromisión inadmisible por parte del Tribunal Constitucional y el descontrol que conllevaría la aceptación de bienes jurídicos en los que se reconoce la ausencia de derechos fundamentales. En "Bien jurídico penal: más allá del Constitucionalismo de los derechos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, p. 67 y ss. La existencia de mandatos expresos de tipificación penal presente fuera del catálogo de derechos fundamentales constituye un argumento de legitimación de lo que se acaba de apuntar. Se ha comprobado que la Constitución contiene mandatos expresos dirigidos al legislador para que configure como tipos penales el ataque a determinados bienes, como el medio ambiente, o el patrimonio histórico, artístico y cultural. Si la Constitución establece este tipo de mandatos con relación a derechos no fundamentales, con mayor motivo será necesario tipificar las conductas atentatorias contra aquellos, reiterándose nuevamente que no se trata de tipificar todas y cada una de ellas, sino solo las que sean de tal gravedad que ninguna de las demás ramas jurídicas pueda proteger la incolumidad de los derechos fundamentales. En cuanto a la posible invasión por parte del Derecho penal en el caso de admitir la existencia de obligaciones tácitas de tipificación allí donde no se vulneran los derechos fundamentales, es innegable que un proceso de estas características está teniendo lugar en el Ordenamiento jurídico-penal español.

[201] Con esto quiere decirse que es cierto que los bienes jurídicos cuentan con respaldo constitucional, pero no solo a nivel de derechos fundamentales, sino que se encuentran diseminados en las distintas partes de la Carta Magna. El Derecho penal protege múltiples bienes jurídicos que no se encuentran entre los derechos fundamentales, tales como la monarquía; el medio ambiente; la propiedad privada; la familia; la salud; el patrimonio histórico, artístico y cultural, la intimidad; etc.

Por ende, el legislador ha decidido proteger un sinnúmero de bienes jurídicos más allá de los derechos fundamentales, tanto es así que, algunos de los delitos de mayor incidencia en España, como son los delitos relacionados con el patrimonio o con el tráfico de drogas, afectan a bienes jurídicos no conectados con ningún derecho fundamental[202].

Todo esto conforma una única idea: el bien jurídico sirve para limitar el poder estatal[203]. Más allá de si los bienes jurídicos se encuentran en la Constitución o si proceden del Derecho natural, lo crucial es que se configuran como una herramienta destinada a limitar el poder punitivo estatal. Si el *ius Puniendi* estatal no girase alrededor de la protección de los bienes jurídicos, acabaría constituyendo un poder ilimitado y desproporcionado, digno de los sistemas totalitarios[204].

La relevancia de la categoría del bien jurídico no reside tanto en el propio concepto de bien jurídico, como en las deducciones que de ella pueden extraerse. De hecho, actualmente existen distintas tesis que abogan por iniciar la búsqueda de los bienes jurídicos en unas u otras fuentes pero, sea cual sea la fuente de la que aquellos se extraigan, la resolución siempre es la misma: todos estamos de acuerdo en que la lesión o puesta en peligro ha de ser una condición necesaria para que una determinada conducta presente relevancia penal, constituyendo cualquier idea contraria a esta una vulneración de los principios sobre los que se asienta el Derecho penal y, especialmente, del principio de intervención mínima y del principio de proporcionalidad[205].

---

[202] La propiedad privada aparece en el artículo 33 de la Constitución y es el derecho que presenta mayor conexión con el bien jurídico protegido por este grupo de delitos (el patrimonio, como un concepto más amplio que el de propiedad, pues engloba otros derechos distintos a aquel) y el derecho a la salud aparece en el artículo 43 de la Constitución, que recoge no solo el derecho a la salud, sino el mandato de protección de la salud pública.

[203] El hecho de que se exija que las normas penales se hallen focalizadas en la protección de bienes jurídicos impide que el legislador pueda castigar cualquier tipo de conducta. Además, y al menos en el plano teórico, la naturaleza de ultima ratio y de intervención mínima que caracteriza a la rama jurídico-penal también imposibilita al legislador la creación de tipos penales que impliquen ataques nimios a los bienes jurídicos. Y digo en el plano teórico porque precisamente las últimas reformas legislativas se encuentran encaminadas a una expansión punitiva escasa o nulamente justificada que incluso ha sobrepasado los límites que provienen de la existencia de bienes jurídicos, de ahí la presencia de preceptos penales en los que el bien jurídico concreto que protegen no termina de estar claro, de preceptos penales que realmente protegen bienes jurídicos que ya están siendo protegidos (y correctamente) por otras ramas del Derecho y, por supuesto, de preceptos penales que comportan penas desproporcionadas. Vivimos tiempos en los que ni siquiera el bien jurídico puede frenar el movimiento expansionista del legislador jurídico-penal.

[204] HORMAZÁBAL MALARÉE, H. ha afirmado que un Derecho penal basado en la exclusiva protección de bienes jurídicos no es tanto un planteamiento político criminal sujeto a la discrecionalidad del poder, como una verdadera exigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho centrado en su actividad y desarrollo en el hombre como fin, lo cual constituye asimismo una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad como sujeto participativo en los procesos sociales; de ahí que el Derecho penal actúe como sistema de garantías y la responsabilidad penal no dependerá, por consiguiente, de la simple realización de la conducta definida como delito, sino que se requiere igualmente que dicha conducta esté dotada de significación social, algo que solo puede venir de la mano de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico: una conducta será socialmente significativa cuando tenga capacidad para afectar y afecte efectivamente a un bien jurídico. En *Bien jurídico y Estado Social …,* Ob. cit., pp. 169-170.

[205] Esto es así debido a que el Derecho penal consta de una función protectora, quiere decirse, su existencia se debe al objetivo de amparar a los bienes jurídicos. En el mismo sentido, SANZ MORÁN, A. "Reflexiones sobre…", Ob. cit., p. 1769; MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 69.

Por otro lado, si la función del Derecho penal recae sobre la protección de bienes jurídicos[206], en el momento en que quede patente que dicha protección se obtiene en mayor medida a través del uso de otras ramas, la misma deberá ser sometida a la rama jurídica en cuestión, absteniéndose el Derecho penal de intervenir salvo en los supuestos en que sea estrictamente necesario. Y es que "ningún bien justifica una protección penal - en lugar de una civil o administrativa - si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena"[207].

Ahora bien, aun admitiendo que el legislador pueda acudir a otros preceptos constitucionales para seleccionar los bienes jurídicos cuando la relevancia del derecho en cuestión así lo justifique, aquel debe actuar con cautela, para no dar lugar a la consecuencia catastrófica que vaticinaba la doctrina: la invasión del Derecho penal.

Esta consecuencia ya ha ocurrido. El legislador ha ido seleccionando como bien jurídico prácticamente cada interés constitucionalmente relevante, de manera que existen tipos penales para todos los gustos y colores contenidos en un Código Penal cada vez de mayor densidad y en leyes penales especiales (como las relativas a los delitos electorales o al contrabando) que aún continúan vigentes a pesar de encontrarse separadas del Texto punitivo principal.

Realmente no parece incorrecto que el legislador haya recogido una pluralidad de bienes jurídicos más allá de los derechos fundamentales, pues siempre y cuando un interés tenga relevancia suficiente como para encontrarse en la Constitución o derivarse de ella, su importancia es suficientemente alta como para merecer protección penal. El problema, por consiguiente, no reside en que el legislador haya recogido una pluralidad de bienes jurídicos, sino en que no ha respetado el principio de proporcionalidad y se han tipificado cientos y cientos de conductas que afectan a un interés importante (motivo por el cual se ha considerado bien jurídico digno de protección penal) pero que no presentan la gravedad suficiente como para constituir una conducta típica[208].

---

[206] En contra, por ejemplo, REAÑO PESCHIERA, J. L., que niega que la función del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos y fundamenta la punición de los delitos dolosos en el deber de garantizar la expectativa de la norma que ha sido conscientemente desobedecida y de los delitos imprudentes en la necesidad de asegurar estándares objetivos de peligro. En "El error de tipo … como reverso del dolo", *Ius Et Veritas,* núm. 37, 2008, p. 307 o POLAINO NAVARRETE, M., que aboga por un Derecho penal protector de la vigencia de la norma, pero distinguiendo entre legitimidad formal y material, residiendo la primera la aprobación de leyes con base en la Constitución de cada Estado y enlazando la segunda con los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento. En "El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado", *Revista del Poder Judicial*, núm. 72, 2003, pp. 73-74.

[207] FERRAJOLI, L. *Derecho y…,* Ob. cit., p. 472.

[208] La invasión del Derecho penal no solo se está produciendo por incluir demasiados bienes jurídicos, sino sobre todo por incluir demasiadas conductas que afectan a dichos bienes. Se ha reiterado una y otra vez que solo deben incardinarse en el Derecho penal las conductas que representen gravedad suficiente para ello. Esta parte el legislador parece que no la ha entendido y, por ese motivo, conductas que incluso se solapan con otras recogidas en otras partes del Derecho (fundamentalmente en Derecho civil o en Derecho administrativo) han acabado engrosando el Código Penal hasta el punto de resultar prácticamente imposible, en no pocas ocasiones, no solo identificar las conductas típicas (no hay nada más que ver la parte de los daños informáticos y su farragosa redacción), distinguir unas de otras (por ejemplo, algunas conductas relativas a las insolvencias punibles presentan supuestos de hecho casi idénticos y resulta difícil saber si ha de aplicarse un apartado u otro) e incluso saber delimitar en qué momento interviene el Derecho penal (por ejemplo, la regulación de la figura del alzamiento de bienes constituye una legislación prácticamente propia del Derecho civil, de forma que al final parece que el ciudadano en cuestión puede elegir, a la carta, por medio de qué ramas desea defender sus derechos, algo que resulta inadmisible si

Así, se ha afirmado que una de las principales consecuencias positivas de la teoría del fin de protección de bienes jurídicos no es otra que la de calificar como conductas merecedoras de pena solo a aquellas que posean cierta peligrosidad para el bien jurídico, siendo la peligrosidad *ex ante* el margen mínimo de relevancia penal y, por consiguiente, el contenido mínimo del injusto penal[209].

A este respecto, se ha criticado el hecho de que no parece poder deducirse de la Constitución un catálogo concreto de bienes penalmente relevantes, mientras que suponer que todo lo que aparece en la Constitución como valioso debe ser protegido penalmente sería exigir demasiado, convirtiendo esa protección en un instrumento obligado de política legislativa, lo que desembocaría en que el bien jurídico no actuaría como límite del Derecho penal, sino que se convertiría en una invitación permanente a la incriminación[210].

Un Estado que seleccione bienes jurídicos sin miras a la Constitución no estaría siendo coherente con la propia dinámica del Ordenamiento, pues si la Constitución es la norma de referencia, la norma que se posiciona en la cúspide del mismo, desconocer de ella para establecer los bienes jurídicos que han de ser protegidos con la rama más agresiva del Derecho no parece lógico [211].

Sin embargo, a pesar de que teóricamente es cierto que el Derecho penal debe regirse por los dictados constitucionalistas, no es menos cierto que estamos viviendo un proceso de expansionismo punitivo en el que cada vez existen más bienes jurídicos y, a los que

---

realmente el Derecho penal actúa como *ultima ratio*, en cuyo caso las conductas que merecen sanción penal han de quedar solo y exclusivamente reservadas al mismo en vista de su gravedad y la descripción típica ha de ser lo suficientemente clara como para poder identificar qué precepto o preceptos son aplicables).

[209] ALCÁCER GUIRAO, R. *La tentativa…,* Ob. cit., pp. 355-356.

[210] PRIETO SANCHÍS, L. "Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico", *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (edit. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. - GARCÍA AMADO, J. A.), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 470.

[211] Ninguna rama del Derecho puede desvincularse de la Constitución. De hecho, cualquier norma que contradiga lo que en ella aparece debe ser declarada nula. El Derecho penal no puede ser una excepción, antes al contrario, debe ser la rama que más se ajuste a aquella y ello porque si el Derecho penal debe regirse, entre otros, por el principio de intervención mínima, actuando como *ultima ratio*, debe ser extremadamente cuidadoso a la hora de seleccionar bienes jurídicos y para ello no existe mejor guía que aquello que aparece como fundamental. Por consiguiente, un buen criterio en el que el Derecho penal puede basarse para seleccionar bienes jurídicos son los derechos que para la Constitución son fundamentales, aquellos derechos que bajo ningún concepto se pueden negar a todo ciudadano. Esto no significa considerar como valioso todo lo que aparece en la Constitución, sino considerar como valioso lo que la Constitución considera que es especialmente valioso, fundamental para toda persona. Por tanto, la primera fuente de la que emanan los bienes jurídicos son los derechos fundamentales. Pero ahí no acaba la influencia de la Constitución. Los derechos fundamentales han quedado configurados como los derechos cruciales, aquellos que bajo ningún concepto pueden negarse a las personas. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan otros intereses igualmente importantes que merezcan protección penal. Así las cosas, el legislador no puede limitarse a seleccionar como bienes jurídicos los derechos fundamentales, sino que debe atender al resto de derechos y principios que la Constitución recoge y otorgarles la protección penal que precisen, siempre recordando la máxima de que dicha protección será solo y exclusivamente frente a los ataques más graves, aquellos que no puedan ser contrarrestados por ramas penales menos gravosas. Esto es lo que debería ser, quiere decirse, el legislador solo debería seleccionar los bienes jurídicos más importantes y protegerlos frente a los ataques más graves. Empero, en la actualidad nos encontramos en un proceso de expansionismo punitivo que ha propiciado la criminalización de múltiples conductas cuya gravedad para ser incluidas en el Código Penal es muy dudosa, toda vez que podrían ser reguladas por otras ramas del Derecho. De esta manera, el Derecho penal no es ya la *ultima ratio*, ahora es el recurso principal al que se acude a la hora de resolver conflictos, desconociendo el legislador que el Derecho penal no es la solución, pues este llega tarde, por lo que el quid de la cuestión radica en la educación y en la prevención.

ya existían antes, se les van añadiendo nuevas formas de ataque[212]. De ahí, que el Código Penal sea cada vez más extenso, pues el legislador ha perdido la idea inicial de que solo ha de proteger los bienes jurídicos más importantes y solo frente a los ataques más graves[213].

El Derecho penal es una rama jurídica seria, contundente, reservada para cuando todo lo demás ha fallado, guardada en una recámara dispuesta a ejercer su poder como último recurso. Después del Derecho penal no existe ningún otro. Y eso genera una gran responsabilidad, en tanto en cuanto, la recurrencia a lo que está pensado para ser el último recurso, implica dos consecuencias, que pueden ser compatibles entre sí: el Derecho penal está dejando atrás su función de *ultima ratio* y se ha convertido en el primer (y por tanto, único) recurso al que acudir para proteger bienes jurídicos; no se están trabajando o explotando correctamente las otras ramas del Derecho cuando tenemos que acudir al Derecho penal tan frecuentemente debido a la insuficiencia de aquellas. Llegados a este punto, está claro que la línea de actuación correcta es resolver las lagunas del resto de ramas del Derecho para que puedan ser eficientes, la solución no se encuentra en aumentar el número de asuntos que se derivan al proceso penal, sino en configurar el resto de ramas menos gravosas de forma que sean eficaces y permitan que el Derecho penal ocupe el lugar que siempre le ha correspondido, quiere decirse, el último.

## II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

El bien jurídico protegido en la figura de sustracción de menores no es, en absoluto, un tema pacífico y existen distintas posturas, refrendadas con argumentos más o menos razonables. Sin embargo, esta cuestión es de vital importancia, dado que de ella derivarán otras consecuencias, como los sujetos activos y pasivos del delito. Y es que la determinación del bien jurídico no es una suerte de añadido académico de floritura, sino una opción de base con importantes consecuencias[214].

### 1. Los intereses implicados en los delitos contra las relaciones familiares

La Constitución Española de 1978 incluye la protección de la familia en el seno del Capítulo III ("De los principios rectores de la política social y económica). Como de sobra es conocido en el ámbito jurídico, los principios rectores de la política social y económica no gozan de la misma protección que los derechos fundamentales, en tanto aquellos son directrices que deben ser seguidas y objetivos que han de ser alcanzados por parte de los poderes públicos. Es el artículo 39 de la Constitución quien se encarga de proteger a la familia como institución[215].

---

[212] Para más información, véase VV.AA. *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, MORILLAS CUEVA, L. (dir)., Dykinson, Madrid, 2016.

[213] No se necesita más que echar un vistazo, por ejemplo, a los delitos de insolvencias punibles, que contiene una legislación civil convertida en legislación penal, de manera que incluso bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el Derecho civil (por ser la rama más adecuada para ello) actualmente encuentran una doble protección también por la vía penal, lo cual supone mayor complejidad a la hora de establecer una separación del objeto de protección de cada rama y, en muchas ocasiones, esa separación es prácticamente imposible, de forma que los mismos supuestos de hechos son protegidos doblemente, lo que conlleva asimismo un colapso de los instrumentos judiciales penales.

[214] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. p. 78.

[215] Según el artículo 39 de la Constitución, *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos,*

Así, con la llegada de la Democracia, los niños pasan a tener una mayor protección. El artículo 39 de la Constitución protege a la familia en general y a los niños en particular. Así, puede observarse que ya el párrafo segundo se refiere a una "protección integral de los hijos, con independencia de su filiación*",* pues hasta ese momento solo se protegía a los hijos nacidos dentro del matrimonio, relegando al olvido a los denominados "bastardos" (hijos cuyos padres no estaban unidos en matrimonio). Esta idea, que ya se plasmaba en la Constitución de 1931, vuelve a reiterarse en el tercer párrafo, cuando se menciona que los padres deben asistir a *los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.* Se empieza a fraguar una protección constitucional de la familia y, muy particularmente de los hijos, que determinará la posterior protección penal de la misma, culminando dicha protección penal con la tipificación, entre otras, de la figura de sustracción de menores, que supone una lesión a la familia por parte de la propia familia. De ahí que se haya afirmado que la repercusión del artículo 39 de la Constitución Española en la creación de los 'Delitos contra las relaciones familiares' es patente e inmediata[216]. Es en este Título donde se aúnan una serie de tipos penales de muy diversa índole, que tratan de proteger a la familia, tanto a la institución como tal, como individualmente a los miembros que la componen, si bien esto no siempre ha sido así.

Señala la doctrina que "sea como fuere, lo cierto es que nuestro Derecho Penal nunca protegió a los integrantes de la familia en cuanto tales, sino que tradicionalmente vino recogiendo *de facto*, un conjunto de *relaciones* que se derivaban - por imperativo las más de las veces del Derecho Civil - de la existencia de esa comunidad familiar"[217].

En referencia a la escasa o prácticamente nula protección de la familia que ha existido tradicionalmente, se sostenía que "se deduce una justificación, formal y material, para el legislador español del siglo pasado que no introdujo una expresa rúbrica legal de delitos contra la familia. Y es lógico, pues expresaba, en el más reducido ámbito penal, una concepción del Estado que marginalizaba la expresa protección de los derechos sociales, y no ya en sus textos penales, sino en sus cartas constitucionales"[218].

Ciertamente, en un Estado en el que la protección de la familia brilla por su ausencia, no puede esperarse que el Código Penal recoja delitos contra aquella. Debe existir primero una conciencia social y estatal de protección de la institución que, posteriormente, habrá de plasmarse en la normativa penal. Con la protección constitucional de la familia, aparecieron los delitos contra las relaciones familiares, delitos cuyo número y profundidad ha ido aumentando con el paso del tiempo.

Sin ir más lejos, el delito de sustracción de menores no se encontraba incardinado en el Código Penal de 1995, sino que se introdujo años después mediante la Ley Orgánica 9/2002. Se ha pasado de una nula protección de la familia como institución a una situación en la que dicha protección intenta ser cada vez mayor, pese a que se pueda estar más o menos de acuerdo en la forma en que el legislador español ha decidido llevarla a cabo.

---

*iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

[216] CORTÉS BECHIARELLI, E. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores,* Edersa, Madrid, 1996, p. 33.

[217] *Ibídem*, p. 16.

[218] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas…", Ob. Cit, p. 218.

Lo que resulta a todas luces innegable es la tendencia de la sociedad y la legislación española de proteger y actuar en pro de la familia, aunque aún queda un largo camino por recorrer.

Empero, indica RAMÓN RIBAS que, pese a que el Título XII constituye una novedad en el Código Penal de 1995, la mayoría de las conductas que aparecen en el mismo ya se encontraban tipificadas desde antes, lo cual hace que se trate de una novedad relativa, en vista de que no se protege nada nuevo, si bien se logra una unidad sistemática construida en torno a la familia[219]. Algo parecido sostiene CUGAT MAURI, indicando que la novedad del Título es relativa, en tanto responde más bien a una reubicación de los delitos que antes se encontraban dispersos por todo el Código, ganando coherencia sistemática, por lo que no se protege nada nuevo ni de modo más estricto[220].

Los delitos contra las relaciones familiares no protegen la familia de forma directa, sino una serie de derechos y obligaciones que nacen en ella. No se salvaguardan los intereses de todos y cada uno de sus miembros, sino que se hace especial hincapié en las personas más vulnerables, quiere decirse, los menores de edad y las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, aun cuando todavía permanece el delito de bigamia, un delito con tintes moralistas cuya presencia en el Código Penal es discutible. Por eso sorprende que, en contra de lo deseable y del espíritu de la Ley Orgánica 9/2002, el delito de sustracción de menores no haya conseguido el propósito inicial de tutelar los intereses de aquellos y haya acabado arrojando un tipo penal que protege exclusivamente los derechos de otras personas o instituciones.

En parecidos términos se expresa la doctrina cuando afirma que "lo que el legislador trata de proteger, genéricamente, en los delitos del Título XII es un conjunto de derechos y obligaciones de naturaleza civil cuya omisión afecta gravemente a los miembros de la comunidad familiar perjudicados. Es decir, acude en auxilio del Derecho civil en aquellas situaciones en las que esta rama del Ordenamiento no puede aportar sus propios mecanismos correctores como consecuencia de la especial lesividad de la conducta, siempre con la escrupulosa observancia del principio de intervención mínima como parámetro rector"[221].

En efecto, el principio de intervención mínima nos impide tipificar como delito cualquier conducta que afecte a cualquier bien jurídico. En primer lugar, no todos los bienes jurídicos tienen entrada en el Derecho penal, únicamente los más importantes. En segundo lugar, una vez seleccionados los bienes jurídicos merecedores de protección penal, estos no serán protegidos frente a cualquier tipo de ataque, sino, de nuevo, frente a los más importantes. El Código Civil cuenta con sus propios mecanismos para intentar impedir que se cometa un delito contra la familia. En el momento en que esta rama se muestra insuficiente es cuando entra en juego el Derecho penal.

Así, en el tema objeto de investigación, los artículos 103 y 158 del Código Civil contemplan medidas tendentes a evitar la comisión de un delito de sustracción de menores, tales como la prohibición de salida del territorio nacional del menor o el cambio

[219] RAMÓN RIBAS, E. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, p. 547.
[220] CUGAT MAURI, M. *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 541.
[221] CORTÉS BECHIARELLI, E. *Aspectos de los delitos…,* Ob. cit., p. 34.

de domicilio sin autorización judicial o la no expedición o retirada de su pasaporte. Con todo, una vez que estas medidas se muestran insuficientes y se produce la comisión de un delito de sustracción de menores, es necesario que intervenga el Derecho penal, pues la envergadura del ataque al bien jurídico protegido así lo precisa[222].

Por ello, señala LLORIA GARCÍA que el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal debe quedar patente en el cumplimiento de las obligaciones familiares, motivo por el cual con buen criterio las infracciones cometidas en el seno de la familia se han reservado para el Derecho privado, lo cual resulta razonable cuando se trata de resolver conflictos que no atañen a intereses fundamentales o las partes pueden alcanzar acuerdos razonables; sin embargo, el proceso cultural y social propio del momento histórico actual incrementa los problemas de multiculturalidad, globalizándose las relaciones familiares, lo que puede desembocar en un conflicto internacional, razón por la que existen casos en los que la jurisdicción privada se muestra insuficiente, como sería el caso de la sustracción de menores[223].

En definitiva, podría concluirse afirmando que el actual Título XII del Libro II del Código Penal, relativo a las relaciones familiares, mantiene una conexión directa con el artículo 39 de la Constitución, de manera que puede encontrarse un bien jurídico con respaldo constitucional, como viene siendo costumbre, diseñado para solucionar los conflictos que sobrepasan al ámbito jurídico-privado. Este Título, incardinado por primera vez en el Código Penal de 1995, fue creado para proteger los derechos y deberes que tienen relación con la familia. De esta forma, no centra su atención en los miembros de la familia, sino en ciertos derechos que el legislador ha considerado dignos de protección en el Ordenamiento jurídico-penal, especialmente (aunque no siempre es así) aquellos que pertenecen a los miembros más vulnerables, es decir, los menores y las personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

## 2. Los intereses implicados en la concreta figura de sustracción de menores

### *2.1 El interés superior del menor*

Una vez introducido el nuevo tipo penal de sustracción de menores por la Ley Orgánica 9/2002 y ubicado en el artículo 225 bis CP, en el Título XII relativo a los delitos contra las relaciones familiares, el concepto sobre el bien jurídico protegido por esta conducta sufre un gran cambio con respecto a la regulación del mismo en códigos anteriores.

El delito de sustracción de menores consiste en la conducta del progenitor que, ostentando o no la custodia, sustrae físicamente al hijo del ámbito de la relación familiar, trasladándolo de su lugar de residencia dentro o fuera del país donde habitualmente vive, en la mayoría de ocasiones impidiendo o dificultando la relación entre el hijo y el otro progenitor. Alternativamente, la sustracción puede cometerse mediante la retención del menor por parte de quien lo tenía legítimamente en su poder pero no lo entrega en el momento que debe hacerlo, siempre y cuando dicha retención integre un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa.

[222] En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, P. "Introducción…", Ob. cit., p. 29.
[223] *Ibídem*, pp. 28-29.

El bien jurídico fundamental debería ser el interés superior del menor[224], interés superior que podría haber sido plasmado en una resolución judicial o administrativa que haya decidido las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, tutela, etc., aun cuando puede no existir resolución judicial o administrativa alguna. Este criterio no es pacífico, como se comprobará con ocasión del análisis de la conducta típica, pero se puede adelantar en este momento que la sustracción puede verificarse en la modalidad de traslado o en la modalidad de retención y solo se exige la presencia de resolución judicial o administrativa en esta última, si bien gran parte de la doctrina y de la Jurisprudencia abogan por exigir ese elemento típico en ambas modalidades. El menor se encuentra viviendo en un lugar concreto, en un círculo delimitado, acude a un centro escolar determinado y lleva una vida cotidiana específica. La sustracción pasa por arrancarlo de ese núcleo en el que se encuentra arraigado para posicionarlo en otro distinto, produciéndose consecuencias negativas con motivo de ese cambio.

El interés superior del menor no es un concepto que haya existido desde siempre, pues ni los menores ni la familia han estado protegidos en términos legislativos desde Antiguo. De hecho, los niños han permanecido en una época oscura durante mucho tiempo. De ahí que se haya afirmado que la historia de la infancia ha sido definida como una pesadilla de la que nos hemos despertado muy recientemente y que, cuanto más atrás nos remontamos en la Historia, menor era el nivel de cuidado que se dispensaba a los niños y mayor probabilidad presentaban estos de ser asesinados, abandonados, maltratados, asustados o sexualmente atacados[225]. De esta forma, las relaciones entre niños y adultos en el pasado han estado marcadas por grandes contradicciones, en vista de que los niños eran, al mismo tiempo, queridos y odiados, recompensados y castigados, malos y adorables[226]. Por esta razón, se ha criticado que los historiadores se hayan centrado demasiado en ciertas partes de la Historia, en los fantásticos castillos y las magníficas batallas, mientras que han estado ignorando lo que ocurría dentro de las casas, alrededor del patio[227].

LASARTE ÁLVAREZ ha plasmado el tipo de familia que existía en la Antigüedad, describiendo un esquema familiar presidido durante un buen número de siglos por el principio de jerarquía, por el principio de absoluta desigualdad entre hombre y mujer, un esquema de crudo sometimiento de la mujer al hombre. Compara al *paterfamilias* con Zeus, que jugaba a capricho con todas las deidades mitológicas, especialmente con las femeninas, pues la mujer quedaba sometida a tutela primero durante su infancia y adolescencia, después durante su matrimonio y aún también durante su viudedad[228]. En España, hasta el año 1981, la patria potestad correspondía al padre y, solo en su defecto, a la madre[229], existiendo una marcada desigualdad[230].

---

[224] Tesis defendida por ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p. 441.
[225] DEMAUSE, L. *The history of childhood,* Souvenir Press, Londres, 1976, p. 1.
[226] *Ibídem*, p. 8.
[227] *Ibídem*, p. 1.
[228] LASARTE ÁLVAREZ, C. "Constitución y Derecho de familia", *Academia Matritense del Notariado*, Tomo LIII, 2012/2013, p. 496.
[229] PÉREZ SALAZAR-RESANO, M. *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos y procesales* (coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. - GONZÁLVEZ VICENTE, P.), Sepín, Madrid, 2005, p. 159.
[230] DELGADO, B. explica que esta desigualdad data del principio de los tiempos, pues ya en las leyes mesopotámicas se indicaba que las niñas (que podían casarse a los doce años) permanecían bajo la autoridad de los parientes masculinos, en tanto que los niños probablemente pudieran establecerse por cuenta propia. En *Historia de la infancia*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 18-19.

Por tanto, en la Edad Antigua, los niños eran considerados como una simple propiedad de sus padres, representantes de la comunidad política (por ejemplo, en Esparta la vida de los recién nacidos dependía de lo que decidiera el Consejo de Ancianos[231]) o terceras personas, a cuya voluntad se encontraban sometidos, por lo que se negaba que fuesen sujetos de derechos[232]. Ello era así porque los niños se tenían por seres imperfectos, en contraposición con la perfección que caracterizaba a los adultos[233].

No obstante, aun concebidos como seres imperfectos, pensadores de la talla de Platón y Aristóteles, partían de la base de que cualquier reforma del orden social debía arrancar con la buena formación de los niños si lo que se pretendía era una construcción firme, por lo que al mismo tiempo eran la esperanza para la formación de la sociedad a la que cabía aspirar[234].

Por su parte, GARCÍA CAMPOY ha indicado que, pese a que algunos historiadores situaban la razón fundamental por la que el niño presentaba un escaso valor para las sociedades de la época en la alta tasa de mortalidad infantil existente[235], de manera que no era posible la creación de un fuerte vínculo entre padres e hijos, dicha razón no puede justificar plenamente esa ausencia de valor propio de la persona de los niños y ello porque las altas tasas de mortalidad han existido siempre y hasta hace relativamente poco, porque dichas tasas servirían como mucho para acreditar la falta de valor del niño durante los primeros años pero se muestra insuficiente para evidenciar el porqué de dicha ausencia de valor durante toda la niñez y porque que una alta tasa de mortalidad infantil sea la causa del escaso valor del niño es contradictorio con la tan extendida práctica del infanticidio por aquel entonces[236]. El hecho de que las altas mortalidades infantiles impidieran que los adultos se preocupasen por los niños no parece convencer a toda la doctrina[237]. También se ha apuntado a que el niño era apartado pronto de la familia, aunque luego regresara a ella, convertido en adulto, ergo ello impedía un sentimiento profundo entre padres e hijos. Por otra parte, ese sentimiento se producía más en virtud de lo que los niños podían aportar a la obra común que por el propio afecto, por lo que parece que la familia era una realidad moral y social más que sentimental[238].

Fue con la aparición del cristianismo cuando comienzan a replantearse las ideas que identificaban al niño con una propiedad, sobre todo debido a que empieza a otorgarse un valor propio a la vida humana. El valor del niño emprende un camino desligado de la apreciación como futuro adulto y aparecen cualidades positivas de la infancia[239]. Uno de los resultados más importantes que se produjeron con la estimación del valor del niño fue la creación de hospicios, donde se recogían a los niños huérfanos y abandonados[240].

---

[231] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 62.
[232] *Ibídem*, p. 42.
[233] *Ibídem*, p. 45.
[234] *Ibídem*, p. 48.
[235] Por ejemplo y en referencia a la sociedad persa, DELGADO, B. *Historia de…,* Ob. cit., p. 25.
[236] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de…,* Ob. cit., pp. 55-58.
[237] Vid. GOLDEN, M. *Children and Childhood in Classical Athens*, The Johns Hopkins University Press, Londres, 1990, p. 86.
[238] ARIÉS, P. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen* (trad. GARCÍA GUADILLA, N.), Taurus, Madrid, 1987, p. 488.
[239] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de…,* Ob. cit., pp. 69-70.
[240] *Ibídem*, p. 189.

Así, el cristianismo terminó de afianzar la concepción del padre como cabeza de familia pues, aunque las normas cristianas dictaban que había de deberse honor y respeto también a la madre, se defiende desde el principio la posición central del padre en la familia[241]. Y es que la diferencia entre géneros tenía lugar desde el propio nacimiento, pues se realizaban distintas ceremonias de aceptación para niños y niñas y siempre se tendía a asegurar la preeminencia social y familiar del varón sobre la mujer[242]. Sin embargo, el hecho de que las leyes contra las prácticas violentas y el infanticidio no fueran promulgadas hasta el siglo IV, pone de manifiesto que las medidas crueles contra los niños no desaparecieron automáticamente con la expansión del cristianismo[243].

Durante la Edad Media también se produjo un cambio relevante en la concepción de la infancia con motivo de la incorporación de los niños como aprendices en familias ajenas o gremios, algo que solía ocurrir a la temprana edad de siete años, pues al insertarse en el mundo laboral como adulto y prestar sus servicios, el trabajo realizado era importante y eso determinó el aumento también en el valor como persona[244].

Posteriormente, la llegada del individualismo jugó un papel importante en la consideración de los niños, configurado como una corriente que abogaba por valorar a las personas de forma independiente al valor que puedan poseer como parte de un grupo, ya sea familia, estamento o gremio[245]. Por tanto, la Antigüedad y la Edad Media se caracterizaron por otorgar preponderancia a la sociedad frente al individuo, mientras que fue en la Modernidad cuando aparece la importancia central del individuo[246].

No obstante, existe quien defiende que la concepción de la infancia que hoy tenemos no apareció hasta principios de la Edad Contemporánea, relacionando su descubrimiento con la aparición de la familia moderna o conyugal (surgida a raíz de la disminución de la sociabilidad), en la que las relaciones entre los padres y los hijos eran más importantes que el honor de la estirpe, la integridad de una herencia o la antigüedad de un apellido, constituyendo un régimen opuesto al concepto del "gran hogar", en el que había algunas personas por encima de otras (señores y sirvientes, padres e hijos) en un hogar siempre abierto a la indiscreción de las visitas[247].

Ya en la época industrial, empieza a tomar gran importancia el trabajo en fábricas, llegando a afirmarse que "la modernización del puesto de trabajo no llevó automáticamente a la modernización del comportamiento familiar. Aunque la familia cambió mucho con el fin de adaptarse a nuevas condiciones laborales y a la vida urbana, su comportamiento no se modernizó al mismo ritmo que la conducta de los trabajadores en la fábrica"[248]. Esto supone que realmente la familia se modificaba a un ritmo más pausado que las condiciones sociales y laborales.

---

[241] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de…,* Ob. cit., p. 88.
[242] *Ibídem*, p. 124.
[243] DEMAUSE, L. *Historia de la infancia* (trad. LÓPEZ MARTÍNEZ, Mª. D.), Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 105.
[244] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de…,* Ob. cit., p. 75.
[245] *Ibídem*, pp. 78-79.
[246] *Ibídem*, p. 82.
[247] ARIÈS, P. *El niño y la vida familiar…,* Ob. cit., p. 534 y ss.
[248] HAREVEN, T. K. "Historia de la familia...", Ob. cit., p. 125.

Por tanto, aunque en todos los pueblos y culturas la familia posee una importancia central en la vida social[249], el abandono, la brutalidad, la violencia y el abuso son las circunstancias que han tenido que enfrentar los menores a lo largo de la historia[250], una situación de no reconocimiento de los derechos de los niños que se mantuvo hasta el siglo XVII, momento en el cual se sigue concibiendo a los niños como seres imperfectos, empezando a reconocerse que estos poseen un valor intrínseco que ha de ser protegido[251], situándose el primer modelo real de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños en el proteccionismo, cuyas líneas maestras vinieron formuladas por el filósofo inglés John Locke en el siglo XVII[252].

Sin embargo, la cruda realidad es que ni en las Declaraciones de derechos y/o Constituciones de finales del siglo XVIII (nacimiento de la sociedad contemporánea), ni en las Constituciones del siglo XIX, ni tampoco en las del primer tercio del siglo XX existía una mínima idea de igualdad de las relaciones familiares, representando la obediencia a las decisiones del marido los cimientos de la organización familiar[253]. Es precisamente a partir del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX se produce un gran avance[254], principalmente en este último[255].

---

[249] ALSINA, J.M. "El valor personal y social de la familia", *Retos del siglo XXI para la familia* (coord. BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M. y LLOPIS GINER, J.M), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, p. 11.

[250] GARCÍA MEDINA, J. *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 161.

[251] CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de…,* Ob. cit., pp. 59-60.

[252] *Ibídem*, p. 41.

[253] LASARTE ÁLVAREZ, C. "Constitución y Derecho…", Ob. cit., p. 500.

[254] No solo se crearon los hospicios (ya mencionados), sino también los consultorios para los niños pequeños y las denominadas "Gotas de Leche", que proporcionaban gratuitamente leche higiénica a las madres que no podían lactar a sus hijos. Por otra parte, surgen las "Salas-Cunas", que cuidaban todo el día de niños que se encontraban en época de lactancia y no podían ser atendidos por sus madres al estar ellas trabajando. Las había de tres tipos: "asilos", para niños sanos; "hospitales", para niños enfermos; e "industriales", sufragadas por las propias fábricas. RODRÍGUEZ GÓMEZ, J. "Evolución histórica de los derechos del niño", *50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño* (coord. CARMONA LUQUE, Mª. R.), Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 1999, p. 171.

[255] Como ha puesto de manifiesto, GARCÍA CANTERO, G., la igualdad de los cónyuges y de los hijos se anticipó en la segunda década del siglo XX en los países escandinavos y la Unión Soviética, aunque debe concederse primacía cronológica a los primeros: los países escandinavos comenzaron a elaborar normas sobre la filiación extramatrimonial, destacando el protagonismo de la madre; por lo que respecta a la URSS, después de la Revolución de Octubre y una vez que se superó el periodo de anarquía legislativa y administrativa en relación con el Derecho de familia, el legislador soviético introdujo algunos principios fundamentales en los textos constitucionales, como son el principio de protección jurídica de la familia, igualdad entre el hombre y la mujer, y no discriminación frente a los hijos. En "¿Derecho de familia europeo?", *Derecho Privado Europeo* (coord. CÁMARA LAPUENTE, S.), Colex, Madrid, 2003, pp. 1177-1178. Por su parte, BARLETTA VILLARÁN, M.C., explica que, en Latinoamérica, este proceso se ha estructurado en tres fases: las primeras décadas del siglo XX se caracterizan por el rol de contención social de los padres. Las normas jurídicas relativas a los menores empezaron a considerar en "situación irregular" al menor que sufriese agresión, desidia o abandono por parte de sus progenitores, contemplándose el internamiento del mismo como forma de control y protección; la segunda etapa se desarrolla en la década de los ochenta y se caracteriza por la consideración del menor como sujeto de derechos; en la tercera etapa propia de la década de los noventa, se trata de ofrecer al menor un papel protagonista y activo en cualquier tipo de proceso administrativo o judicial en que sus intereses se encuentren involucrados. Se aboga por identificar tanto las necesidades como los intereses de los menores, que en muchas ocasiones distan de los que corresponden al padre o a la madre. En "Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho,* núm. 55, 2002, pp. 419 y ss. En nuestra patria, IGLESIAS DE USSEL, J. - FLAQUER, L. se han referido a la evolución de la familia durante el siglo XX, distinguiendo cuatro fases: la primera, que abarcaría, el primer tercio del siglo

En todos los países europeos occidentales se desencadenó una campaña (parece que sin planificación alguna) entre la década de los cincuenta y de los setenta que originó una profunda reforma de los Códigos civiles europeos que ha cristalizado, en el ámbito civil, en la igualdad entre el hombre y la mujer[256].

Lo cierto es que no existe mayor logro que obtener cobertura a nivel constitucional. Y eso es precisamente lo que ocurrió en la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919, Constitución que establece por primera vez una regulación dirigida a la protección de los derechos sociales, entre los cuales se encontraban los derechos de la familia, institución que gozaría de la protección del Estado de acuerdo con el artículo 119, al tiempo que equiparaba los derechos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales en el artículo 121.

Por su parte, España debió esperar unos cuantos años más hasta la Constitución de la República, de 1931 (derogada en 1939 con el inicio de la Dictadura franquista), cuyo artículo 43 mencionaba que la familia quedaba bajo la salvaguardia del Estado, al tiempo que reflejaba igualdad de deberes de los padres con respecto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Finalmente, la Constitución de 1978 contempla en el artículo 39 la protección de la familia y la igualdad de todos los hijos, con independencia de la filiación, al tiempo que establece la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos y reconoce todos los derechos de que gozan los niños en virtud de los acuerdos internacionales.

En conclusión, puede decirse que, con el paso del tiempo, la figura del niño ha ido evolucionando. La variedad de instrumentos nacionales e internacionales de protección a los derechos y a la persona del niño pone de manifiesto la idea de que este, que antes era considerado un elemento pasivo dentro de la familia, es ahora un sujeto cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos[257].

Se ha sugerido que el descubrimiento del menor ha tenido lugar en dos fases: primero se toma conciencia de que el menor necesita protección y, actualmente, se ha producido el reconocimiento del menor como miembro a todos los efectos de la sociedad, dado que "hoy se proclama su ciudadanía de pleno derecho, en el sentido de miembro activo de la

---

XX caracterizada, entre otros agentes, por "el debate sobre la mujer y las consecuencias de los cambios en su papel en la familia, los efectos de su trabajo fuera del hogar, del derecho a la educación a todos los niveles, etc."; la segunda, que abarcaría el período de la Segunda República y la Guerra Civil (entre los años 1931-1939) y cuya importancia "proviene de las consecuencias de la separación entre la Iglesia y el Estado que permitirá replantear la política familiar" y por la aparición de la posibilidad para los matrimonios de divorciarse y la eliminación de la discriminación entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos; la tercera, que abarcaría parte de la Dictadura franquista, en concreto, los años 1939 a 1959, se encontraría marcada por que "en ella se van a suprimir todas las medidas innovadoras adoptadas en el período republicano y se impone una política familiar de rígido corte autoritario que, con el auxilio de la Iglesia, pondrá a la familia al servicio de los intereses del nuevo Estado. Y al individuo al servicio de la institución familiar. La exclusión de la mujer del trabajo extradoméstico, la moralización de las costumbres y el incremento de la natalidad constituyen objetivos prioritarios de la nueva situación política"; y la cuarta, que se desarrollaría durante la segunda parte del franquismo (1959-1975), caracterizada por "la existencia de un acusado desfase entre los comportamientos y demandas sociales, por una parte, y la legislación y los discursos oficiales, por otra. […] Durante la agonía del franquismo, la sociedad era la avanzada y la legislación la retrasada". En "Familia y análisis sociológico: el caso de España", *Reis: Revista Española de investigaciones sociológicas,* núm. 61, 1993, pp. 59-6

[256] GARCÍA CANTERO, G. "¿Derecho de familia…", Ob. cit., p. 1178.

[257] JIMÉNEZ FRANCO, E. *Legislación del menor,* Tecnos, Madrid, 1999, p. 15.

comunidad en cuyos asuntos (públicos) participa y para cuyo bienestar general trabaja"[258].

Por tanto, poco a poco se va fraguando el concepto de interés superior del menor, un concepto no demasiado antiguo, del que se ha apuntado que "es tanto un principio general que debe presidir cualquier interpretación y decisión que afecte a un menor como un estándar de interpretación que se comprende desde la concepción del menor como persona, como sujeto y no meramente objeto de derecho"[259].

El interés superior ha de enlazarse con otros conceptos como bienestar, conveniencia, seguridad o identidad. Es decir, el menor debe crecer y desarrollarse en un ambiente óptimo, en el que pueda sentirse bien, siendo parte de un determinado lugar y, viviendo en una esfera de estabilidad, algo que se pone en riesgo cuando acontece una sustracción. Además, resulta necesario que el entorno se encuentre absolutamente desprovisto de violencia, en el que pueda ir adquiriendo su propia identidad y que posea sus principales necesidades cubiertas.

Por consiguiente, podría afirmarse que el interés superior del menor alude a una realidad beneficiosa para este, un entorno desprovisto de violencia y dotado de paz y de cariño, donde pueda desarrollar su personalidad hasta convertirse en persona adulta, en el seno de una esfera de estabilidad en la que pueda entablar relaciones con su familia y grupo de iguales. El interés superior del menor nos llevará a tomar siempre las decisiones que mayor beneficio puedan causarle.

En esta línea, se afirma que el interés superior "debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural"[260].

El interés superior no tiene por qué coincidir con los deseos del niño, puesto que los menores de edad, sobre todo los más pequeños, no tienen capacidad suficiente para saber lo que más les conviene. Esto expresa que "el interés superior no coincide con lo más cómodo para el menor, porque no se trata de dejarlo en paz, sino de ayudarle a educarse y desarrollarse"[261].

Es por ello que un acuerdo entre los padres o una resolución judicial o administrativa no tiene por qué ir en la dirección de los deseos del menor, si se estima que existe otra opción que le repercute un mayor beneficio a nivel personal. A medida que van creciendo, sus deseos son cada más apreciados conforme van adoptando capacidad de raciocinio.

---

[258] MARTÍ, J. Mª. *Evolución del Derecho de Familia en Occidente* (coord. CATALÁ RUBIO, S.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 190-191.

[259] BELLOSO MARTÍN, N. "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, núm. 10, 2017, p. 18.

[260] ALONSO PÉREZ, M. "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil*, núm. 1, 1997, p. 24.

[261] BUENO ARÚS, F. "Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad de los menores", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 70, enero-abril 2007, p. 155.

Al interés superior del menor se han referido diversas normas a nivel nacional y supranacional, sin que se haya adoptado un concepto específico acerca de lo que debe entenderse por interés superior hasta tiempos muy recientes.

Dentro de nuestras fronteras, el Código Civil establece en el artículo 154 que la patria potestad se ejerce siempre en interés de los hijos y de las hijas; la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores también contiene referencias al interés superior del menor; y, sobre todo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude al mismo en sucesivas ocasiones[262]. Poco a poco el menor se va concibiendo como un sujeto autónomo respecto de los padres, que irá ejercitando los derechos que posee en función de su grado de desarrollo y madurez hasta alcanzar la plenitud de la capacidad de obrar con el cumplimiento de la mayoría de edad[263].

Sin embargo, a pesar ser una expresión frecuentemente utilizada, no era posible encontrar un concepto normativo de "interés superior del menor", convirtiéndose, por tanto, en un concepto jurídico indeterminado, lo que obligaba a acudir a la doctrina especializada en esta temática en aras de poder dotar de contenido al mencionado término. De hecho, se afirmó que el interés del menor se recogía como criterio directivo pero no era fácil determinar el contenido del mismo al tratarse de una noción demasiado amplia y genérica como para no significar nada concreto y ser susceptible de diversas interpretaciones[264].

Así las cosas, ha sido considerado como "un principio que tiene como finalidad proteger a los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía"[265], una definición bastante acertada, pues se trata de tomar las decisiones en representación de quien no se encuentra aún preparado para decidir y presenta por ello mayores dosis de vulnerabilidad.

---

[262] La Exposición de Motivos de esta última demuestra el paulatino incremento de protección que se hace de la infancia, en tanto los Estados van adquiriendo conciencia de que los menores son sujetos con derechos, con capacidad para ejercitarlos y con capacidad para ir desarrollándose a su manera. Concretamente, establece que *el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.*

[263] De hecho, el Capitulo Primero de dicha Ley Orgánica, se encuentra dedicado a esta materia. El artículo 2 realiza un mandato expreso a todos los órganos públicos y privados a perseguir siempre dicho interés: *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.* No solo ordena el respeto en todo caso al interés superior del menor, por encima siempre de cualquier otro interés que pueda existir, sino que también establece que las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores han de interpretarse restrictivamente y en atención al interés superior. Sin embargo, es erróneo pensar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, protege solo y exclusivamente a los menores, menospreciando los derechos de otras personas, puesto que el apartado cuarto del artículo 2 recuerda que siempre que se tome una decisión que afecte al menor deberán también valorarse los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse vulnerados. Por tanto, se trata de proteger a los menores y de encaminarse hacia el interés superior, aunque no a costa del perjuicio de cualquier otro derecho. La norma menciona el carácter primordial del interés superior del menor pero también obliga a valorar otros intereses y derechos en juego.

[264] CRUZ BLANCA, Mª J. *Derecho Penal de Menores*, Editoriales de Derecho Reuindas. EDERSA, Madrid, 2002, p. 312.

[265] RODRÍGUEZ LLAMAS, S. "La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menos. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)", *Revista boliviana de derecho*, núm. 19, 2015, p. 569.

En esta búsqueda de un concepto de "interés superior del menor", en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, "la mejor definición moderna del significado de *welfare*[266] es la dada en Nueva Zelanda, en el caso *Walter v. Walter and Harrison* (1981), por el Juez Hardy Boys, quien dice que *welfare* es una palabra omnicomprensiva. Incluye el bienestar material tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño"[267].

Se comparte con el Juez Hardy Boys esa idea de que la capacidad de los padres para satisfacer las necesidades materiales de sus hijos es relevante, si bien lo crucial es poder cubrir las necesidades afectivas. Indudablemente, es necesario que el padre o la madre o ambos tengan capacidad económica suficiente como para sufragar los gastos de alimentación, vestido, educación y salud de sus hijos. Pero es aún más importante la capacidad del progenitor de aportar cariño y amor a sus hijos, dadas las consecuencias irreversibles que este tipo de carencias puede conllevar en el futuro. De ahí que la doctrina afirme que "una vez garantizados al menor unos mínimos vitales (materiales y morales, incluidos sus derechos fundamentales, aquéllos de que pueda gozar a su edad), importa más a un niño o adolescente una felicidad mínima, ciertos afectos, sus risas (y sus lágrimas a escondidas), algunos sentimientos, y los resentimientos (que evitar), como las frustraciones y complejos de inferioridad que puede arrastrar e influir en su vida adulta"[268].

Esta es también la línea seguida jurisprudencialmente, pues la Audiencia Provincial de Sevilla, afirma que no necesariamente el progenitor con mejor posición económica ha de ser el más capacitado para el cuidado de su hijo, sino que, sin restar importancia al aspecto material (dado que cualquier persona presenta necesidades que solo pueden cubrirse si se dispone de cierto caudal económico), es también crucial el aspecto afectivo[269].

Tras años de indeterminación acerca de qué podía entenderse por interés superior del menor[270], la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de

---

[266] *Welfare* es el término anglosajón que designa la palabra "bienestar".

[267] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2007, p.122.

[268] *Ibídem*, p. 165.

[269] El AAP Sevilla 25/2000, de 3 de febrero, se expresa de la siguiente manera en cuanto a la forma de concebir el interés superior del menor: "*El interés del menor no consiste pues en procurarle, «encontrarle» el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad, por lo que es esto lo que habrá de analizarse y ponderarse".*

[270] No faltaban propuestas doctrinales. Así, GOIRIENA LEKUE, A. afirma que "el niño necesita para desarrollarse adecuadamente de un progenitor psicológico, es decir, de un adulto que, partiendo de una relación diaria y continua, satisfaga sus necesidades biológicas y emocionales. Este ha de ser, por lo tanto, el criterio para asignar la guarda del menor. Si ambos progenitores poseen potencialmente las aptitudes necesarias para desarrollar esta labor existe un segundo criterio: el principio de continuidad, en virtud del cual, el niño necesita mantener la continuidad de sus relaciones […] El interés del menor reside habitualmente en permanecer al cuidado del progenitor con quien posee una relación afectiva más fuerte,

protección a la infancia y a la adolescencia, asumió la ardua labor de otorgar un concepto o, al menos, aportar claves para su posible configuración. Con esta Ley Orgánica sobreviene la reforma del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero, de manera que se facilita una concreción del interés superior del menor. Han sido múltiples las interpretaciones que se han otorgado de este concepto, por lo que una reforma en tal sentido se hacía necesaria[271].

Así, el artículo 2 de la citada norma aporta en el segundo apartado una serie de criterios que servirán de orientación a la hora de perseguir el interés superior del menor, sin

---

que a su vez recaerá en aquél que ha asumido su cuidado diario durante la convivencia". En "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 16, 2005, pp. 53-54. Asimismo, la autora en cita comenta las distintas interpretaciones judiciales que se han producido en torno al interés superior del menor: doctrina de los años tiernos, en virtud de la cual se considera que el niño debe permanecer con la madre durante los primeros años de vida al tener ella una capacidad superior a la del padre en lo que respecta al cuidado de los hijos. Esta doctrina se mantuvo vigente en España hasta la década de 1990. La doctrina de los años tiernos tuvo su auge en el siglo XIX y fue considerada tanto una victoria como un fracaso para las mujeres, dado que acabó finalmente con la idea de que el padre debía tener prioridad en la custodia de los hijos pero acabó relegándolas al rol tradicional de madres amas de casa; doctrina del interés superior del niño o niña, en virtud de la cual debe medirse la capacidad del padre y de la madre para cubrir las necesidades de sus hijos, teniendo en cuenta diversos factores. En España, no existe un criterio específico que permita establecer los elementos que sirven de base para la determinación del interés del menor, por lo que es algo que se deja a la discrecionalidad del juez; doctrina de la custodia compartida, basada en que el padre y la madre son igualmente importantes en la vida de sus hijos y que, por tanto, ambos deben asumir responsabilidades, tomar decisiones y compartir autoridad. Es una forma de asegurar el contacto de los hijos con los padres, al pasar gran cantidad de tiempo con uno y otro; y doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos: esta doctrina consiste en atribuir la custodia del menor al progenitor que más se haya involucrado en su vida durante el tiempo anterior a la llegada de la ruptura matrimonial, creando, por tanto, un vínculo más fuerte con el niño que el otro progenitor. GOIRIENA LEKUE, A. "La custodia compartida…", Ob. cit., pp. 54-55. Como propuesta alternativa, CZAPANSKIY. K, sugiere la fórmula de "responsabilidad dual o dualidad parental", definida por en la que ambos progenitores participan a la hora de cubrir las necesidades de los hijos: "El progenitor con el que el menor reside continúa siendo responsable del niño durante la mayor parte del día. El padre con el que no se reside también es requerido para cuidarlo aunque en una menor cantidad de tiempo […] El énfasis no reside solamente en el número de horas que un padre pasa con su hijo, sino en la regularidad y en la normalidad de la participación del padre en la vida del niño". En "Child Support and Visitation: Rethinking the Connections", *Rutgers Law Journal*, Vol. 20, 1989, p. 659.

[271] El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015 menciona expresamente la falta de concreción del concepto de interés superior del menor y la necesidad de determinarlo: *Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.*

perjuicio de que luego existan otros plasmados en normas más específicas que sean de aplicación al caso concreto[272]. De entre ellos, destaca la protección de la vida y de sus necesidades básicas, sus deseos y sentimientos en relación con el grado de madurez, la presencia de un entorno favorable exento de violencia y la preservación de su identidad e idiosincrasia, sin ningún tipo de discriminación.

Como se ha podido comprobar, la Ley Orgánica 1/1996, no aporta un concepto concreto y específico de "interés superior del menor", quizá debido a la imposibilidad de explicar en pocas palabras un término tan amplio, pero supone un avance enorme en la materia porque hasta el año 2015 existía una conciencia generalizada de que el interés superior del menor era algo relacionado con la toma de decisiones más beneficiosas para él. Con todo, podían manejarse muchas interpretaciones de la mano, sobre todo, de la doctrina civilista, pero se hacía necesaria una concreción legislativa. Actualmente, es más fácil determinar con la máxima precisión posible a qué se refiere el legislador cuando una y otra vez menciona el "interés superior del menor", pues mientras que antes solo se disponía de hipótesis doctrinales, ahora existe una regulación específica gracias a la reforma operada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

Por otra parte, el interés superior del menor posee tal grado de relevancia que incluso presenta interés casacional, no cuando se pretenda que el Tribunal Supremo valore nuevamente la prueba practicada en el proceso, sino cuando se procure que dicho Tribunal revise si, atendidos los hechos, se ha realizado una correcta valoración de lo que constituye el interés del menor[273].

A nivel supranacional, son muchos los instrumentos que aluden al interés superior del menor. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959 ya mencionaba en el Principio II la protección especial debida a los niños[274], idea que se reiteraba en la

---

[272] En concreto, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, indica:
*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:*

*a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*

*b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*

*c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*

*d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

[273] RODRÍGUEZ LLAMAS, S. "La atribución de la guarda y custodia…", Ob. cit., p. 571.

[274] *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del menor.*

Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989[275].

Son precisamente estos instrumentos internacionales en los que se basa la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia para introducir el concepto de parentalidad positiva, que se define en el artículo 26 como *el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.* Es decir, se vuelve a mencionar el interés superior de menor concretado en el crecimiento en un entorno afectivo exento de violencia y con una correcta educación que fomente el desarrollo de las capacidades del menor.

Justamente el concepto de parentalidad positiva brilla por su ausencia cuando se produce un caso de sustracción de menores, dado que la sustracción supone una falta a los deberes básicos de los padres con respecto a los hijos, por cuanto normalmente supone una ruptura de las relaciones con el padre no sustractor, al tiempo que se establece un entorno nuevo y no siempre favorable para el niño, máxime si se consigue el traslado fuera de España.

Pero es que, además, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, ha modificado también el artículo 46 CP relativo a la pena de inhabilitación y privación para el ejercicio del derecho de patria potestad, en el sentido de imponer al juez la valoración del interés superior del menor a la hora de valorar los derechos subsistentes de los menores o personas con discapacidad y las personas con respecto a las cuales se impone dicha pena de privación.

Una vez delimitado el concepto de interés superior del menor y vista la relación que plantea con los casos de sustracción de menores, debe ahora volverse al planteamiento inicial acerca del bien jurídico protegido por el tipo. La tesis que defiende el interés superior del menor como bien jurídico protegido por la figura de sustracción de menores es secundada por algunos sectores doctrinales. Por ejemplo, GARCÍA PÉREZ, tras realizar varias alusiones al interés superior del menor, concluye que "se tutela el bienestar personal de los menores acreditado, siquiera sea provisionalmente, por una resolución judicial"[276].

En la misma línea, LLORIA GARCÍA señala que "el bien jurídico protegido puede quedar cifrado en la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar, lo que se plasma en el interés del menor en su correcto desarrollo y evolución, así como el derecho de los padres (y en su caso de los abuelos) a tenerlo en su compañía, pues no hay que olvidar que nos encontramos en el ámbito de los delitos contra los derechos y deberes

[275] *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño* (artículo 3).
[276] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 9.

familiares, y los padres, como integrantes del núcleo familiar, también quedan incluidos como titulares del derecho de custodia y el derecho de visita"[277].

Incluir los derechos del progenitor no sustractor en el bien jurídico protegido es acertado, lo cual supondría, al mismo tiempo, configurarlo como sujeto pasivo del delito. Cuando uno de los dos progenitores sustrae al hijo menor, en cualquiera de las modalidades que el tipo permite, los derechos del otro se ven afectados igualmente, por lo que parece lógico considerar que también se están protegiendo estos derechos a través de la tipificación de la conducta.

De hecho, aunque en el apartado dedicado a la toma de postura se redundará en la idea, lo cierto es que el tipo ha sido pensado solo y exclusivamente para proteger los derechos del progenitor no sustractor o los de otra persona o institución que los posea. El legislador ha errado estrepitosamente intentando crear una figura diseñada para proteger a los menores, un delito que se acompasara a los instrumentos internacionales relativos a la materia, y ha terminado despreciando el interés del menor y salvaguardando solo los de otros sujetos. De acuerdo con esta idea, no puede compartirse ninguna otra teoría que fluctúe en torno a los derechos del menor, ya sea en relación al interés superior en general, ya sea concretado en el derecho a relacionarse con ambos padres o algún otro similar. La realidad es que el menor ni es sujeto pasivo del delito ni sus derechos configuran el interés tutelado, quedando configurado meramente como objeto material.

Sin embargo, también a nivel jurisprudencial pueden encontrarse resoluciones en las que se afirma que el bien jurídico protegido es el interés del menor. Esta cuestión es mucho más importante de lo que a priori pueda parecer puesto que, en virtud de lo que se considere protegido, se constatará la existencia o no del delito. En un criterio distinto al mantenido por otras secciones de la misma Audiencia, pues la Jurisprudencia mayoritaria sostiene que el interés tutelado en la sustracción de menores es el derecho del menor a mantener contacto con ambos padres, Audiencia Provincial de Barcelona desestima la existencia de un delito de sustracción del menor al entender que el interés superior no se había visto vulnerado en un caso en el que la madre abandona con los hijos el domicilio familiar poniendo así punto y final al matrimonio[278].

---

[277] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008, p. 42.

[278] Según el AAP Barcelona, de 22 de junio de 2006, *lo que viene a defender el apelante es 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 domestica de los menores está amparado por la norma penal que cita. Su consideración resulta sin embargo equivocada. El bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del CP no es otro que el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para –en supuestos de discrepancia- ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor* (algo reiterado en la SAP Barcelona número 571/2009, de 16 de junio). *Este bien jurídico* [...] *no resulta contravenido en el caso de autos pues: 1. El abandono de la vivienda familiar no supuso el quebranto del entramado de relaciones que se ha descrito, habiéndose acreditado una inicial permanencia de los menores no solo en la misma ciudad, sino en idéntico marco escolar y familiar, evidenciándose incluso el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales que se niegan, si bien con las convulsiones y el desorden propio de una ruptura unilateral y traumática; 2. La final modificación de la ciudad de residencia no solo fue conocida en su día por el apelante, sino que quedó judicialmente*

Este auto realmente inicia una nueva línea jurisprudencial en torno al bien jurídico protegido por la conducta. Ya no se alude a ese derecho del menor a relacionarse regularmente con ambos progenitores (tesis doctrinal mayoritaria, como se verá *infra*), sino de otro bien distinto, el de mantener el ámbito familiar afectivo. Este derecho es concretado por el Tribunal en el mantenimiento de la relación de educación y cariño que hasta el momento el menor poseía y en una estabilidad en el desarrollo de manera que no se vea afectado por el enfrentamiento de los padres. Siendo este el bien jurídico protegido, la Audiencia Provincial no considera que se haya visto vulnerado, dado que inicialmente los niños permanecen en la misma ciudad y en el mismo marco escolar y familiar, lo que permitió la permanencia, asimismo, de las relaciones paterno-filiales entre el padre y los hijos; y en un momento posterior en el que sí se produce el cambio a otra ciudad de residencia, el tribunal considera que tampoco existe vulneración del bien jurídico en tanto la madre se encontraba legitimada para tomar tal decisión con motivo de que la guarda de los hijos le había sido atribuida judicialmente.

Sin embargo, yerra el Auto cuando estipula esta última idea, en tanto la atribución de la guarda y custodia no implica en ningún caso la exclusividad del custodio a la hora de tomar decisiones tan importantes como es la fijación del lugar de residencia del menor, sino que esto corresponde a ambos progenitores siempre y cuando ambos sigan manteniendo el ejercicio de la patria potestad. El único supuesto en que el custodio puede decidir por sí mismo el lugar de residencia pese a ostentar el otro el ejercicio de la patria potestad es que tal extremo se encuentre expresamente previsto en la resolución judicial que atribuya la guarda y custodia del menor. Por tanto, no se comparte la interpretación de la Audiencia en la línea de que la adjudicación de la guarda y custodia implica automáticamente la legitimación de la madre para cambiar de ciudad de residencia, sino que mientras que el no custodio siga manteniendo el ejercicio de la patria potestad tiene derecho a participar en tal decisión y, a falta de acuerdo, deberá ser un Juez quien decida. Esto será explicado más detalladamente un poco más adelante.

En cualquier caso y para disipar estas dudas definitivamente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia prevé en su disposición final segunda la modificación parcial del artículo 154 CC, en el sentido de incluir dentro del concepto de patria potestad la decisión del lugar de residencia del menor, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o por medio de autorización judicial, indicando la Exposición de Motivos que dicha facultad solo se pierde en caso de suspensión o privación de la patria potestad o atribución exclusiva de la misma a uno de los padres.

Por tanto, con esta modificación del artículo 154 cabe prever que los juzgados y tribunales dejarán de entender que el custodio cuenta con dicha facultad o, lo que es peor, que cualquiera de los dos mientras no se haya atribuido la custodia al otro está en su derecho de trasladar al menor a donde le plazca, razón por la cual ha de valorarse positivamente también esta reforma, al margen de que la propia modificación del delito de sustracción de menores ya sea suficiente para fomentar este cambio en la comprensión de la figura delictiva.

---

*refrendada – en consideración precisamente a los intereses de los menores – por una casi inmediata atribución del régimen de su guarda y con ello de la facultad de decidir al respecto, respetando claro está el régimen de visitas judicialmente fijado.*

Otras resoluciones jurídicas incluyen varios bienes jurídicos, como la patria potestad o la custodia, junto con el interés del menor concretado en el derecho del niño a convivir con la persona a la que judicialmente se le haya atribuido la guarda y custodia[279].

No obstante, el interés superior del menor es tan importante que incluso puede contradecir lo estipulado en una resolución previa. Tal es el criterio manifestado por la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso del padre de un niño que denuncia a la madre por incumplimiento del régimen de visitas, exigiendo responsabilidad en los términos previstos en el artículo 225 bis CP. La Audiencia confirma la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Barcelona de derivar el asunto al Juzgado de Faltas al entender que la conducta no presenta la relevancia necesaria para ser considerada delito y entendiendo que tenía cabida, en todo caso, en el artículo 618 CP (ya derogado) y justifica la escasa relevancia penal de la conducta aludiendo precisamente al interés del menor[280]. Como puede apreciarse en el Auto, el régimen de visitas se presenta perjudicial para el menor y así se acredita en un informe psicológico (aunque incompleto a fecha de la publicación del Auto), por lo que el incumplimiento del mismo por parte de la madre no se considera de entidad suficiente como para integrar un delito de sustracción de menores en la modalidad de retención, especialmente al haber procedido la supuesta sustractora a la modificación del régimen de visitas por otro más acorde con los intereses del menor.

Con todo, el criterio de defender que el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es, entre otros, el interés superior del menor, no es pacífico y existen otras muchas teorías, algunas de las cuales ya han quedado desfasadas con motivo de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio.

### *2.2 La relación familiar. La paz en las relaciones familiares. La familia*

Hay quien concibe a la relación familiar como bien jurídico protegido, concretándolo en el peligro que supone para el menor el cambio del lugar donde reside, sin riesgo para su libertad o su persona[281]. Con todo, también se apunta a esa relación familiar como interés protegido, si bien definido de forma distinta, englobando el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del derecho

[279] La SAP de Barcelona núm. 148/2009, de 23 de febrero, determina lo siguiente: *El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del art.225 bis del Cp es esencial y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia y de ahí la ubicación del precepto en la Sección 2° bajo el Capítulo III "DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES", del Titulo XII "Delitos contra las relaciones familiares".*

[280] De acuerdo con el AAP de Barcelona número 100/2006, de 9 de enero, *resultaría inicuo seguir un proceso por delito a la denunciada por incumplir un régimen de visitas que se ha demostrado en exceso rígido y aflictivo para el menor, al verse implicado de lleno en el virulento conflicto que opone a sus padres, y cuyo interés, no hay que olvidar, debe primar ante todo en la materia, hasta el punto de que a la postre dicho régimen ha pretendido ser modificado a través de un incidente de modificación de medidas de efectos de sentencia por la madre, con soporte en un informe psicológico sobre el menor, que no ha podido culminarse por causa imputable al propio recurrente* [...]*; modificación en términos tales que pueden desactivar la situación criminógena que ha dado lugar al proceso y que por su origen y contenido relativiza la gravedad de la conducta incumplidora imputada.*

[281] GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones de derecho penal, parte especial,* 1ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 102.

privado, debiendo integrar la vulneración de los mismos el núcleo del injusto en estos preceptos[282].

Con esta teoría se pone igualmente de manifiesto que la seguridad del menor no ha de verse comprometida con motivo de la sustracción. El término "relación familiar" es bastante amplio y serviría para integrar, asimismo, los supuestos de sustracción por ambos progenitores cuando el niño se encuentra en un organismo público, pues este ambiente podría considerarse su familia.

Del mismo modo, si se vincula la relación familiar con el conjunto de derechos definidos por el Derecho privado, se puede abarcar cualquier supuesto de sustracción y no solamente aquellos ejecutados por quien no dispone de la custodia del menor, en tanto en cuanto, un no custodio al que se le ha atribuido un régimen de comunicación ya posee esa comunicación como un derecho establecido por el Derecho privado. Por tanto, esta teoría permitía integrar como interés tutelado también los derechos del progenitor no custodio, incluso en la redacción anterior a la reciente reforma de 2021, que adolecía de una gran dosis de ambigüedad.

Ya se denomine relación familiar o se concrete en los derechos de patria potestad o de custodia, la idea es esencialmente la misma: el delito de sustracción de menores es un delito que, aunque afecta al menor, protege a otras personas cuyos derechos puedan verse vulnerados con motivo de la conducta típica. Por otro lado, otros autores siguen esta misma línea de interpretación pero con alguna modificación, habiéndose defendido que el bien jurídico protegido es "el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares" [283].

Esta postura es muy debatible, por cuanto el hecho de que no se produzca el delito de sustracción no implica necesariamente que el menor pueda disfrutar de una relación personal con sus padres ni tampoco que las relaciones familiares sean pacíficas. Así, existen otros medios para impedir el legítimo disfrute de las relaciones con ambos progenitores, como, por ejemplo, la manipulación del menor por parte de un progenitor para que no desee estar en compañía del otro y así lo haga saber a la autoridad judicial. Es muy frecuente encontrar casos en los que los menores han sido víctimas de la manipulación de sus padres, hasta el punto de llegar a odiarlos. De ahí la tan sonada expresión de "ante una crisis matrimonial, los niños son usados como monedas de cambio".

Por otra parte, el hecho de proteger la paz en las relaciones familiares tiene poco sentido, en tanto pueden existir relaciones familiares tormentosas a pesar de que ninguno de los progenitores incumpla lo que se ha establecido legalmente. En este sentido, cabe la posibilidad de que los progenitores mantengan una mala relación entre ellos y hagan a sus hijos menores partícipes de sus conflictos o se critiquen mutuamente en presencia de ellos, lo cual dista bastante de lo que se entiende por una relación familiar pacífica, salvo que esa paz se interprete de otra forma.

---

[282] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 5ª ed., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 597.

[283] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. "Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", *Tendencias actuales en el Derecho de familia (ed. LÓPEZ SAN LUIS, R. – PÉREZ VALLEJO, A. Mª.)*, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2004, p. 162.

Así, la Jurisprudencia también se ha hecho eco de esta posición, situando el bien jurídico protegido en la *protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos*[284]. Por supuesto, el recurso a las vías legales disponibles como medio de solución de conflictos sería lo ideal. Si uno de los padres desea trasladar al menor no puede hacerlo de manera unilateral, sino que se requiere el consentimiento del otro o la autorización judicial. Del mismo modo y para el caso de la retención, se necesitaría la misma autorización.

En un intento de ampliar esta idea, también se ha abogado por el derecho del menor a vivir sus relaciones familiares en un clima de paz en convivencia con el padre custodio, sin que la misma se vea alterada unilateralmente por el otro padre, así como el respeto a las formas legales de resolución de conflictos[285]. Con la nueva redacción, recientemente aprobada, esta tesis ha quedado completamente superada, en vista de que el padre custodio puede ser el autor del delito.

En cualquier caso, ese bien jurídico es demasiado abstracto, debiendo optarse por otro más concreto, que cubra las exigencias del principio de lesividad. La paz en las relaciones familiares resulta un concepto algo ambiguo, se presta a muy distintas interpretaciones. Por esta razón, resulta preferible optar por un bien jurídico más específico.

Finalmente, también se ha sugerido como bien jurídico protegido la familia[286]. El problema de esta teoría es que no es concreta, plantea un bien jurídico demasiado amplio. De hecho, el Código Penal no protege la familia de manera directa, sino las relaciones familiares. Tendría mayor sentido defender que se protege la familia como institución si se plantease una conducta en la que el sujeto activo es alguien ajeno a ella, pero en la sustracción de menores es alguien de la familia quien ejecuta la acción, por lo que debe buscarse algo más concreto para que el bien jurídico no quede vacío de contenido.

Esta línea tenía mayor sentido cuando la conducta estaba tipificada en los Códigos Penales antiguos, cuando se refería a un extraño que se apodera del menor y lo arranca de la esfera familiar. Ahí sí era lógico defender que se protegía la familia, aun cuando se ubicaba entre los delitos contra la libertad y la seguridad. Empero, no parece que ningún delito del Código Penal proteja la familia, sin más. Cada tipo está pensado para proteger algún derecho concreto que surja con ocasión de la familia, de ahí que las figuras no se integren entre delitos contra la familia, sino contra las relaciones familiares, conceptos diferentes. Aquí el Código Penal difiere de otros, como el italiano, donde la sustracción de menores sí se encuentra en el Título dedicado a los delitos contra la familia. Mientras que en España se tipifican delitos contra las relaciones familiares, en Italia se tipifican directamente los delitos contra la familia[287]. Por otro lado, la afirmación de un bien jurídico como la familia podría presentar tintes moralistas indeseados en Derecho penal, siendo más apropiado tutelar intereses jurídicamente reconocidos, quiere decirse, derechos o deberes que, aun teniendo su origen en la familia, presenten un carácter absolutamente jurídico. De hecho, la doctrina italiana dominante estimó en un primer

---

284 AAP Madrid núm. 344/2008, de 6 de noviembre.

285 STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., pp. 6-7.

286 CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *Sustracción internacional de menores y adopción internacional* (dir. ADAM MUÑOZ, Mª. D. y GARCÍA CANO, S.), Colex, Madrid, 2004, p. 25.

287 Dichos delitos se insertan en el Título XI del Libro II del Código Penal.

momento que era precisamente la familia el bien jurídico protegido, algo que posteriormente quedó concretado en la responsabilidad parental, si bien ahora parece que se está apreciando un nuevo cambio de mentalidad, por influencia del Tribunal Constitucional, dándose entrada a los intereses del menor[288].

Por consiguiente, la paz en las relaciones familiares o la familia, son intereses poco específicos, cuya interpretación induce a confusión, debiendo optarse por bienes determinados, concretos, en los que se aprecie claramente el principio de ofensividad. No debe pasarse por alto la dificultad de concreción actual del concepto "familia", con la diversidad de formas que esta presenta. El bien jurídico protegido debe ser siempre tangible, por lo que es necesario acudir a fórmulas concretas que no dejen lugar a dudas acerca de lo que se está protegiendo.

### *2.3 El derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores*

Algunos autores opinan que el bien jurídico protegido por la conducta de sustracción de menores es el derecho del niño a relacionarse con sus dos padres en caso de crisis familiares[289], algo que no solo es un criterio doctrinal, sino también jurisprudencial, como queda establecido en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona número 502 de 28 de noviembre de 2003. Dicha posición doctrinal puede basarse en lo reflejado por algunos instrumentos supranacionales que incorporan tal derecho en el catalogo de derechos que se reconocen a los niños.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, recoge en el artículo 9.3 la obligación de los Estados Partes de respetar *el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.* En idéntico sentido se expresa el apartado 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño[290], que ha servido de base a ciertos sectores doctrinales cuando afirman que es el derecho del menor a relacionarse con sus dos padres el bien jurídico que se protege con la sustracción de menores[291].

No obstante, no cabe secundar que el bien jurídico protegido sea este derecho del niño a mantener una relación regular con sus padres, en la medida en que ambos progenitores pueden ser sujetos activos de un delito de sustracción de menores cuando la custodia de su hijo o hijos menores ha sido atribuida a un organismo público de manera temporal o permanente. Por tanto, en este caso se estaría castigando a los padres precisamente por tratar de mantener esa relación con sus hijos, dado que la patria potestad o la custodia les

---

[288] DOLCINI, E. – GATTA, G. L. *Codice penale commentato*, Tomo II, 4ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015, pp. 2778 y ss; MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 48, si bien la autora añade la paz en las relaciones familiares, otorgando un carácter pluriofensivo.

[289] Así, MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos al Código penal,* vol. II (dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 860.

[290] DOCE N° C 241, de 21 de septiembre de 1992: *En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño* (artículo 14).

[291] CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al Código Penal* (coord. CRUZ DE PABLO, J. A.), 1ª ed., vol. I, Difusión, Madrid, 2008, p. 522.

ha sido retirada a través de una resolución judicial o administrativa justificada que ha debido tener en cuenta el interés superior del menor. Si el interés superior del menor puede pasar justamente por no mantener una relación regular con los padres o mantenerla solamente a través de un régimen de visitas, la conducta contraria de los padres hacia esa resolución a través de la comisión de una sustracción sería constitutiva de delito, lo cual impide sostener el derecho de los hijos a mantener relaciones regulares y contacto directo con sus padres como bien jurídico protegido, pues no en todos los posibles casos de sustracción se tiene como objetivo la protección de tal derecho.

En otro orden de cosas, si un progenitor se niega a ver a su hijo cuando legítimamente le corresponde, tal conducta no podría ser objeto del tipo de sustracción de menores dado que no está trasladando ni reteniendo al menor, antes al contrario, no desea tener contacto físico con él. Pero dicha conducta sí impide que el menor pueda disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres. No son pocos los casos en los que el progenitor no custodio no cumple el régimen de visitas y tiene menos contacto personal con el menor de lo que legalmente le corresponde, lo que perjudica seriamente la subsistencia de las relaciones filioparentales. En estos supuestos, podría decirse que el progenitor está impidiendo el derecho de su hijo a mantener una relación personal con él, pero no lo hace mediante un traslado o una retención, sino, negándose a cumplir con las visitas previstas judicialmente. La solución, posiblemente, pasaría por aplicar el artículo 226 CP, pero la pena es sensiblemente menos grave que la prevista para la sustracción. Así, sería extraño e incoherente defender la idea de que el legislador ha fijado dos penas tan sumamente diferentes (piénsese que el delito de abandono de familia mencionado puede quedar en una pena de multa y el de sustracción puede alcanzar los cuatro años de prisión) para proteger la misma lesión al bien jurídico.

En esta línea se pronuncia también algún sector doctrinal, aportando argumentos tan razonables como el siguiente: "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"[292].

El hecho de que sí existan mecanismos, tanto civiles como penales, y bastante contundentes por cierto (no hay más que ver la pena prevista para el delito de sustracción de menores) para tratar de atajar una situación de sustracción parental, pero no los haya tan rotundos cuando se alude a un progenitor que se niega rotundamente a relacionarse con el hijo, hace pensar que realmente el bien jurídico protegido no pasa por ser el derecho del menor a relacionarse con sus dos padres. Quiere decirse, siempre el progenitor custodio podrá solicitar de la autoridad judicial la ejecución de la sentencia para que se obligue al no custodio a cumplir con el régimen de visitas. Asimismo, podría pensarse en un delito del artículo 226 o en un delito de desobediencia del artículo 556. Pero queda patente que el legislador no ha considerado tan grave la sustracción como la negativa a tener al menor en compañía de quien corresponda, puesto que no solo no se ha tipificado de manera expresa ese supuesto sino que, además, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, existía una falta tipificada en el apartado segundo del artículo 618 consistente en el incumplimiento de lo establecido en un convenio en casos de separación,

[292] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 5.

divorcio, nulidad o procesos de filiación o de alimentos, pero esta conducta ha quedado destipificada con la desaparición de las faltas, sin que el legislador la haya contemplado de manera expresa como delito o delito leve.

Así las cosas, parecería más coherente indicar que el bien jurídico protegido por este delito es el derecho del progenitor a relacionarse con el hijo menor cuando así lo desea, pues no solo pueden verse lesionados los derechos del niño, sino también los del progenitor que se ve impedido forzosamente o, al menos, obstaculizado, su deseo de disfrutar de la compañía del hijo, siempre y cuando tenga derecho a ello y con ello no se vulnere el interés superior de aquel.

Otras posturas mezclan distintos bienes jurídicos, siguiendo la misma concepción anterior pero más desarrollada, pues se determina el carácter pluriofensivo de la conducta de sustracción de menores, englobando tanto ese derecho del menor a relacionarse con ambos padres aunque se haya producido una crisis familiar, como el respeto a los derechos de patria potestad, guarda y custodia determinados en resolución judicial o administrativa[293].

Pese a no compartir la idea de que el derecho del menor a relacionarse con sus padres sea uno de los bienes jurídicos protegidos por esta conducta por los motivos expresados anteriormente, sí es cierto que la conducta trata de proteger los derechos de patria potestad, guarda y custodia en su conjunto, dependiendo de las circunstancias del caso. Esto expresa que, cuando la custodia del menor la ejerza uno de los progenitores y el otro tenga atribuido un régimen de visitas, ambos siguen ejerciendo la patria potestad, aunque de diferente forma, dado que el hecho de que el progenitor no sea titular de la custodia de sus hijos no implica en absoluto la pérdida de dicho ejercicio. Por tanto, si se habla de protección del derecho de patria potestad en general, ambos progenitores recibirían la misma protección, con independencia de que sean o no titulares de la custodia.

Ahora bien, si nos limitásemos a establecer la protección de la patria potestad como bien jurídico protegido por la conducta, la teoría quedaría incompleta porque no abarcaría los supuestos en que ambos padres carecen de la titularidad de la custodia cuando esta se ha atribuido a otra persona o al órgano público correspondiente porque así se haya determinado con base en el interés superior del menor. En estos supuestos, resulta preferible referirse a la protección del derecho de guarda y custodia, extendiéndose dicha protección a los derechos de la persona o institución a quien le corresponde legalmente la compañía y el cuidado del menor en el momento de ejecución de la conducta.

Ante un supuesto de crisis matrimonial en la que el menor debe encontrarse en compañía de alguno de los progenitores y es el otro quien lleva a cabo la sustracción, bien trasladándolo del lugar de residencia habitual, bien reteniéndolo en incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa, no cabe defender que el bien jurídico protegido sea el derecho de guarda y custodia, en tanto que también el progenitor custodio puede ser sujeto activo del delito gracias a la nueva redacción. Antes de la reforma de 2021, aun cuando el sujeto activo no podía ser el progenitor custodio en la modalidad de traslado (en la cual el tipo hacía referencia expresa a la ausencia del consentimiento del progenitor con quien el menor convivía o la persona o institución que ejerciera la guarda y custodia), sí en la modalidad de retención (nada obstaba a que el progenitor custodio

[293] RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (coord. LAMARCA PÉREZ, C.), Dykinson, Madrid, 2016, p. 288.

decida retener al menor en su compañía impidiendo así el régimen de visitas estipulado administrativa o judicialmente y dando lugar al incumplimiento mencionado en el tipo, al igual que el progenitor no custodio también puede retener y no devolver). Tanto antes de la reforma como ahora, esta teoría se mostraba insuficiente, pues solo abarca una parte de los intereses tutelados por el precepto penal.

Por el contrario, si ambos progenitores o incluso uno solo deciden trasladar al menor de la institución en la que se encuentra o sustraerlo de la persona que legalmente ejerce la guarda y custodia (por ejemplo, una familia de acogida), ahí sí se estaría protegiendo tal derecho de guarda y custodia, por lo que sería lógico pensar que, en general, esta figura delictiva trata de proteger los derechos de la persona o personas a quien corresponde legalmente el cuidado y la compañía del menor en el momento en que tiene lugar la conducta típica.

Aún queda otro argumento adicional para rebatir esta teoría: se protege algo más que la guarda y custodia porque con esta expresión se hace referencia a una serie de derechos que se encuentran plasmados en una resolución judicial o administrativa, siendo que dicha resolución no va a ser necesaria en la modalidad de traslado, como se defenderá más adelante cuando se entre en el estudio de los distintos elementos típicos.

Finalmente, hay quien sitúa el bien jurídico en la pertenencia del menor a un determinado núcleo familiar, lo que se plasma en el interés del menor en un correcto desarrollo y evolución, así como en el derecho de los padres y los abuelos a tenerlo en su compañía[294]. Realmente el acuerdo entre los padres conllevaría la atipicidad del delito, por tanto, no es posible indicar que se protege ningún derecho del menor, en vista de que este puede dejar de tener contacto con uno de los padres si el otro lo autoriza. Esto es, si, por ejemplo, uno de los padres traslada al menor con el consentimiento del otro, la conducta sería atípica porque faltaría la ausencia de consentimiento exigida en el tipo. En este caso, el menor seguiría sin tener contacto con ambos progenitores y, sin embargo, el padre o la madre que verifica el traslado quedaría impune. Esto nos lleva a buscar el bien jurídico en otra parte.

### *2.4 La seguridad del menor*

Se ha mencionado que el bien jurídico protegido es la seguridad de los miembros de la familia que depende del cumplimiento de deberes especiales de protección establecidos por ley o sentencia judicial[295]. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS se decanta por esta corriente, indicando que se protege la seguridad personal del menor, que se ve afectada cuando el pariente asigna al menor un lugar de residencia distinto del que han establecido los titulares de la guarda, es decir, se protege la seguridad del menor, vinculada a un área de convivencia[296].

Lo cierto es que esta teoría acerca de que el bien jurídico protegido es la seguridad es demasiado ambigua, pues cualquier conducta puede atentar contra la seguridad de una persona aunque se haya tipificado para proteger otro bien jurídico concreto: el robo, las agresiones sexuales, la detención ilegal, el secuestro, etc., son conductas que

[294] Así, BOIX REIG, J. *Derecho Penal. Parte Especial* (dir. BOIX REIG, J.), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012, p. 49.
[295] CUGAT MAURI, M. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 577.
[296] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., pp. 290-291.

perfectamente pueden poner en peligro la seguridad del sujeto pasivo y, aun así, no se defiende que vayan encaminadas a proteger dicho bien jurídico. Por ello, no parece plausible que el bien jurídico que subyace al delito objeto de estudio en este proyecto sea realmente la seguridad, y este es también el sentir del Tribunal Supremo[297], pues la aplicación del tipo en ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido confrontaría los principios más importantes que constituyen la base del Derecho penal español. En virtud del principio de ofensividad, para que una conducta constituya delito es necesario que lesione o, al menos, ponga en peligro un bien jurídico protegido, según se trate de un delito de lesión o de peligro[298]. Si el bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito de sustracción de menores fuese la seguridad, no podría aplicarse el tipo en aquellas ocasiones en que el menor no haya sido puesto en peligro ni se haya visto afectada su seguridad, debido a que el progenitor sustractor, a pesar de haber llevado a cabo la conducta de sustracción, ha cuidado de él con la diligencia de un buen padre de familia.

Esta idea es también defendida por la doctrina, en tanto "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 penal solo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, […] 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"[299].

Desde otras posiciones también se aboga por dejar de lado la seguridad del menor porque "el progenitor realiza la conducta prohibida por el legislador con el fin de tener a su hijo en su compañía de una manera permanente, realizando las funciones inherentes a la patria potestad que, como es sabido y conforme al artículo 154 CC, consisten en velar por el hijo, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Por consiguiente, el deseo de cuidar al menor, en principio, no debe implicar un atentado contra su seguridad, sino que, en la mayoría de las ocasiones, ocurrirá todo lo contrario, porque el progenitor sólo pretende custodiarlo"[300].

Esta postura resulta acertada, el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores no puede ser la seguridad, por cuanto ello supondría que el menor debería ser puesto en peligro y esto no siempre ocurre. En efecto, esto no debería ocurrir en la mayor parte de las ocasiones. Cuando uno de los progenitores lleva a cabo la conducta de sustracción del hijo menor, ya sea trasladándolo propiamente dicho o reteniéndolo, dicho menor no tiene por qué sufrir ningún peligro. Lo normal será que el progenitor sustractor haya actuado de esa manera para poder disfrutar de la compañía de su hijo en mayor medida de lo que legalmente le corresponde. Si se estableciese que el bien jurídico protegido por la conducta es la seguridad, sería como decir que la seguridad del menor se ve en entredicho todas y cada una de las veces que se comete este delito. No debe perderse de vista que se está en presencia de un delito que se comete en el seno de una relación familiar, que siempre será el progenitor el sujeto activo de la conducta (a salvo de lo dispuesto en el último apartado del art. 225 bis CP) y, por regla general, los padres actúan en persecución del bien de sus hijos.

---

[297] STS 339/2021, de 23 de abril.
[298] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 33.
[299] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 8.
[300] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 25.

Igualmente, hay quien se basa en el tipo privilegiado contenido en el cuarto apartado del artículo 225 bis para negar también la posibilidad de considerar la seguridad del menor como bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, ergo lo contrario no justificaría en absoluto la presencia del privilegio con respecto a los tipos más graves, lo cual es significativo de que el bien jurídico es la relación familiar [301].

Por consiguiente, el bien jurídico protegido no puede ser la seguridad del menor, pues la sustracción no tiene por qué implicar una vulneración de la misma. Quiere decirse que el menor no tiene por qué sufrir una situación de riesgo a consecuencia de esa sustracción, al encontrarse en compañía de su progenitor. Por regla general, el menor estará "seguro" con cualquiera de sus progenitores (salvo que exista algún tipo de maltrato físico o psicológico en el núcleo familiar). Cosa distinta es que se haya estipulado con quién debe permanecer el menor en cada momento y uno de los progenitores actúe en contra de dichas estipulaciones. Incluso cuando el menor es trasladado por el progenitor no custodio a otro lugar sin el consentimiento del progenitor custodio con la idea de propiciar una ruptura del vínculo entre el menor y el progenitor custodio, no puede decirse que su seguridad vaya a verse mermada forzosamente. Pero aún cuando la seguridad del menor puede no verse puesta en peligro, está claro que debe existir una figura penal que actúe ante de este tipo de situaciones que en nada le benefician y que perjudican también al progenitor, cuyos derechos se ven vulnerados como consecuencia de la sustracción.

Tampoco puede dejar de mencionarse la opción de aquellos que estiman la seguridad del menor pero entendida en un sentido muy amplio, abarcando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a relacionarse regularmente con ambos progenitores[302]; o por verse separado del lugar en el que habita bajo la guarda o custodia de las personas o instituciones con quienes convive, que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar donde se encuentra[303]. No obstante, extender el concepto de seguridad al libre desarrollo de la personalidad y a relacionarse con los progenitores no es sino forzar dicho concepto. Igualmente, tampoco parece un interés lo suficientemente concreto como para justificar su presencia en el Código Penal, sin olvidar el argumento ya esgrimido acerca de que el acuerdo de los padres supondría la atipicidad de la conducta, aun cuando el menor seguiría separado del lugar en el que habita, al menos en la modalidad de traslado, lo cual denota que esta teoría tampoco es correcta.

### *2.5 Los derechos de custodia*

Desde algunas posiciones doctrinales se defiende como bien jurídico del delito de sustracción de menores el régimen de custodia[304] o, en una mayor concreción, "la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia"[305].

---

[301] GARCÍA VALDÉS, C. *Lecciones de derecho…* (2011), Ob. cit., p. 103 y ss.
[302] TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, p. 580.
[303] GONZÁLEZ RUS, J. J. *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 394.
[304] CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal, parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 321.
[305] ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J. *Todo Penal,* 2ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 1075.

Lo cierto es que esta postura podía ser defendida con anterioridad a la reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio, en vista de que, como se analizará más detalladamente en el epígrafe dedicado a la conducta típica, en la modalidad de traslado se hacía referencia a que la licitud del traslado se lograba con el consentimiento del progenitor conviviente o de la persona o institución encargada de la custodia, lo cual hacía suscitar dudas acerca de hasta qué punto el progenitor custodio podía ser responsable de un delito de sustracción de menores. De esta forma, si se consideraba que el bien jurídico protegido era, entre otras cosas o de manera exclusiva, la protección de la custodia, una interpretación coherente implicaría estimar que el sujeto activo del tipo solo podía ser quien no ostentase la custodia del hijo. Por el contrario, si se defendía que el tipo podía ser cometido igualmente por quien tiene atribuida la custodia del menor, como ocurre en la presente investigación, esta teoría cae por su propio peso.

No solo se protegen los derechos de custodia, sino todos los derechos inherentes a la patria potestad o, en su defecto, los derechos correspondientes a la persona o institución que debiera ser responsable del menor en el momento en que acontece la sustracción. Y esto se produce tanto con la nueva redacción otorgada por la reciente reforma, como con la antigua, en vista de que el progenitor custodio podía ser también el sujeto activo, al menos en la modalidad de retención.

En definitiva, esta tesis se muestra insuficiente para abarcar todo el ámbito de protección del tipo de sustracción de menores, siendo necesario englobar también los derechos del no custodio o de la persona o institución encargada del menor en el momento de producirse la sustracción.

Tras la reforma, la deficiencia de esta teoría se aprecia con mayor claridad, dado que la nueva descripción típica refleja la ilicitud del traslado cuando este se produce sin el consentimiento del otro progenitor o de la persona que tenga atribuida la custodia, por lo que actualmente es absolutamente indiferente la forma de ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia o visitas, pues en ambos casos se ha de contar con el consentimiento del otro para que el traslado sea lícito y, en consencuencia, no exista responsabilidad penal.

Esta nueva interpretación se adapta mejor a la normativa internacional, a los Convenios internacionales, que otorgan un concepto amplio de custodia, englobando tanto la guarda y custodia como el derecho de visita, pues indican que el custodio será aquel con capacidad para decidir el lugar de residencia del menor, ahora bien, este extremo será expuesto con mayor detenimiento con ocasión del tipo agravado, que aparece, entre otras razones, cuando el menor es trasladado fuera de las fronteras españolas.

En España, también es necesario que ambos progenitores tomen de manera conjunta la decisión acerca del lugar de residencia del menor siempre y cuando ambos sean ejercientes de la patria potestad y así lo indica la Circular 6/2015 de la Fiscalía del Estado y la nueva redacción del artículo 154 CC, recientemente otorgada por la LO 8/2021, de 4 de junio. Ello posibilitaba la puesta en marcha del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, en tanto, el traslado es ilícito desde el momento en que no se cuente con el consentimiento de quien debe otorgarlo, esto es, ambos progenitores si cuentan con el derecho a decidir. Sin embargo, la rama penal remaba en su propio sentido y no realizaba la misma interpretación, de manera que la conducta de

la persona con la guarda y custodia que trasladaba al menor de forma unilateral no podía ser castigada, al menos en virtud del artículo 225 bis CP.

De ahí que los derechos de custodia pudieran ser considerados el interés tutelado por el delito. Una vez que se ha modificado la descripción típica, en el sentido de considerarse ilícito el traslado producido sin el consentimiento del otro progenitor, ya no es posible defender esta idea, por cuanto queda protegido tanto el interés del custodio como del no custodio, una extensión de protección muy aplaudida, toda vez que representa una amplia cohesión normativa con respecto a otras ramas, sin que pudiera encontrarse un argumento lógico que explicase el porqué de proteger solamente los derechos del progenitor custodio cuando la rama civil, reguladora del Derecho de familia, no realiza ninguna distinción a este respecto.

### *2.6 El bien jurídico adicional en la modalidad de retención*

En el delito de sustracción de menores se protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia, y ello porque la modalidad de retención exige un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Ello nos hace extraer un segundo bien jurídico protegido en esta modalidad típica que no se encuentra presente en la modalidad de traslado.

En ese sentido, se ha defendido que con este tipo "se salvaguarda los intereses del menor y, además, se otorga protección a un interés de carácter colectivo, como es el respeto al funcionamiento pleno de la Administración pública"[306], lo que supondría considerar que el delito de sustracción de menores es un delito pluriofensivo que protege tanto intereses individuales como colectivos, siendo este el criterio jurisprudencial dominante.

En la misma línea pueden encontrarse afirmaciones como la siguiente: "es un bien jurídico de carácter pluriofensivo, que protege los intereses del menor y, además, el buen funcionamiento de la Administración. Por tanto, la sustracción de un menor comparte algunos rasgos del delito de desobediencia, en particular, la desobediencia a la decisión judicial sobre la custodia y la guarda de los hijos menores. […] Por ello, parece conveniente que el legislador intervenga con una figura específica cuando no se atiende al superior interés del menor, incumpliendo el mandato de la autoridad, esto es, no obedeciendo lo que el Juez ha determinado en la resolución judicial donde ha tenido presente el interés superior del menor. […] Cuando el progenitor incumple la resolución no actúa en beneficio de su hijo y en la defensa de sus derechos legalmente reconocidos, sino que atiende a su interés personal."[307].

Defendiendo también el carácter pluriofensivo, pueden hallarse posturas que aúnan la protección del menor, la del progenitor custodio y el interés de la Administración de Justicia, unificando tres bienes distintos[308]. En este caso, la configuración del bien jurídico como pluriofensivo es completamente acertada, toda vez que la figura delictiva de sustracción de menores es compleja y abarca varios bienes jurídicos. En la misma línea

[306] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 23. En la misma línea, GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 9.
[307] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., pp. 32-33.
[308] SAAVEDRA RUIZ, J. *Comentarios al Código Penal* (dir. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C), 1ª ed., tomo III, Bosch, Barcelona, 2007, p. 1671.

se ha manifestado el Tribunal Supremo, señalando que la modalidad de retención se configura como una desobediencia, donde los intereses de la Administración de Justicia conforman la naturaleza pluriofensiva del delito[309].

La modalidad de retención se configura como una subespecie de delito de desobediencia, figura esta última que protege el buen funcionamiento de la Administración[310], concretado en el respeto al principio de autoridad. Esto determinará, asimismo, que dicha modalidad sea incompatible con un concurso de delitos, siendo preferible estimar que entre ambos tipos penales existe un concurso aparente de normas que se resolvería mediante el principio de especialidad, lo que supondría la aplicación del delito de sustracción de manera preferente.

*2.7 Toma de postura*

Ya ha quedado estipulado que el delito de sustracción de menores es pluriofensivo, por cuanto existe más de un bien jurídico protegido (algo que atañe solo a la modalidad de retención). Sin embargo, en cuanto a lo que se protege fundamentalmente con la conducta de sustracción, al margen de ese interés adicional, se han analizado una serie de teorías muy diversas.

La primera opción consiste en buscar en el interés superior del menor el interés tutelado. La Exposición de Motivos arranca mencionando dicho interés como línea legislativa primordial en España. Se ha comprobado la cantidad de cuerpos normativos que se refieren al mismo, cómo se ha ido fraguando un concepto y cómo todo hacía indicar que el legislador había creado la figura de sustracción de menores para protegerlos. Sin embargo, esto no ha sido así.

Debería protegerse el interés superior del menor, pero lo que realmente se protege son los derechos del progenitor o de la persona o institución a la que correspondía el cuidado del menor, que se ven vulnerados con motivo de la comisión del hecho. Esta fórmula permite integrar conductas perpetradas tanto por progenitores custodios, como por no custodios que disfrutan de un régimen de visitas, sin olvidar a los menores que se encuentran a cargo de alguna institución pública[311]. La configuración de este bien jurídico implica, asimismo, el reconocimiento de los padres y de los intereses de la Administración Pública, de las eventuales instituciones de acogida, como sujetos pasivos de la conducta, como se desarrollará más detenidamente en el momento oportuno.

Existen varios argumentos para defender que el verdadero bien jurídico protegido por el delito es el derecho de la persona a la que corresponda de gozar de la compañía del menor, los derechos de responsabilidad parental o los derechos de custodia del tutor o de la institución encargada del cuidado del niño, en este último caso, se vulnerarían los derechos de la Administración Pública, del Estado, por ser quien se encuentra a cargo del menor. En primer lugar, desde el momento en que existe acuerdo entre los padres para que se produzca el traslado o la retención, la conducta deviene atípica. El traslado o la retención va a producir exactamente el mismo efecto en el menor, exista o no acuerdo

[309] STS 339/2021, de 23 de abril.
[310] En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.), 3ª ed., Dykinson, Madrid 2020, p. 1496.
[311] En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento Práctico Penal 2017* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 1134.

entre los padres. Con esto quiere decirse que, si por ejemplo, el menor es trasladado al extranjero, su rutina, su entorno, su escuela, su grupo de iguales, todo será diferente, independientemente de si existe o no acuerdo en torno al traslado. De la misma manera, si lo que ocurre es que uno de los padres no quiere ejercer el derecho-deber de visitas y el otro está de acuerdo y retiene al menor, el efecto será exactamente el mismo que si esa retención se produce en contra de la voluntad de alguno de los primeros. Y en ambos casos, además, se incumple la resolución judicial o administrativa.

Por tanto, aunque el legislador haya intentado aparentar una protección hacia el menor a través del tipo de sustracción de menores, lo cierto es que se queda en eso, una mera apariencia. Desde el momento en que el acuerdo de los padres provoca la atipicidad de la conducta, se demuestra que el menor queda relegado a un segundo plano, dando protagonismo solo y exclusivamente a los derechos de aquellos, máxime teniendo en cuenta que es un delito de naturaleza semipública al requerir la interposición de denuncia.

Es más, en la modalidad de traslado, como luego se tendrá ocasión de detallar, la conducta exige la falta de consentimiento del otro progenitor o de la persona o institución a quien corresponde la custodia del menor. Por lo tanto, ni siquiera se hace referencia al consentimiento del menor, a diferencia de lo que acontece en otros países del entorno, como en Italia, donde el Código Penal contiene un tipo privilegiado de sustracción de menores para el caso de que el menor que ya haya cumplido los catorce años preste su consentimiento a la sustracción. Así, el legislador español demuestra que le resulta irrelevante el consentimiento del sustraído, incluso en los casos en los que este pueda disponer de capacidad suficiente para tomar decisiones, pues ha de mencionarse que el sustraído puede contar con hasta diecisiete años de edad.

Es por este motivo, que de *lege ferenda*, se solicita que el legislador modifique esta parte del tipo, incluyendo como causa de atipicidad el consentimiento otorgado por el propio menor cuando disponga de la capacidad necesaria para ello, algo que ya viene siendo aplicado por la Jurisprudencia, si bien no con todo el respaldo legal necesario. Ello no es en absoluto descabellado, como lo demuestra el hecho de que el propio Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ya lo prevé en el artículo 13 (y eso que data de 1980). El legislador ha dado un paso atrás con respecto a la normativa internacional existente décadas antes de la introducción del tipo en el Código Penal español.

Por ende, aunque el tipo parece diseñado para proteger al menor, una lectura profunda y reflexiva del precepto nos hará despertar de ese error inicial para caer en la cuenta de que el verdadero bien jurídico protegido es el derecho de la persona a la que le correspondía el cuidado del menor en el momento de la comisión de la conducta, de forma que el sujeto pasivo solo podrá ser esta persona o institución, como quedará reflejado un poco más abajo. De hecho, la propia Fiscalía General del Estado reconoce que el legislador se ha alejado de la finalidad de protección al menor y realmente está protegiendo los derechos del progenitor o los derechos de la persona a la que corresponde la compañía del menor en el momento de la sustracción, en vista de que tampoco se puede caer en el error de afirmar que se tutelan en exclusiva los derechos del progenitor porque ello se contradice con la posibilidad que arbitra el tipo de que sean precisamente ambos progenitores o uno solo el que sustraiga al niño de un centro o institución, en cuyo caso los derechos protegidos no son los del progenitor, sino los de la Administración Pública a la que corresponda ese centro o institución, pues es la Administración la encargada de

tutelar al menor, aunque luego lo delegue en el centro o institución pertinente[312]. Resulta, cuando menos, curioso, que un tipo que inicialmente se había introducido en el Código Penal en una supuesta búsqueda del interés superior del menor y, teniendo en cuenta que dicho interés superior ha de considerarse siempre primordial, haya acabado sirviendo únicamente a los intereses de los padres.

En este trabajo se defenderá la idea de que el sujeto activo del tipo ya antes de la reforma podía ser tanto el padre custodio como el no custodio, por lo que se desechaban otras teorías, como queda reflejado en los apartados anteriores, acerca de que se protege el derecho de custodia. Desde el momento en que ambos progenitores pueden ser sujetos activos, el bien jurídico protegido quedará cifrado en el derecho de la persona a la que correspondía en el momento de la comisión de la conducta (puede que a través del régimen de custodia o del régimen de visitas) el cuidado del menor, incluyendo, por supuesto, al tutor o tutora o la institución pertinente, en el caso de que el niño no se encuentre a cargo de los padres.

Con más razón, con la regulación recientemente aprobada que modifica de forma sustancial la figura delictiva, exigiendo el consentimiento del otro progenitor, sin especificar nada más, la duda acerca de si el custodio podía ser o no el sujeto activo de la conducta queda resuelta. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto más adelante, la reforma ha servido para paliar algunas lagunas, al tiempo que ha fraguado otras nuevas, por lo que, nuevamente, el legislador ha fallado a la hora de modificar un específico precepto penal, si bien la intención era buena y la nueva línea interpretativa ayudará a terminar de consolidar la idea de que el custodio también puede cometer un delito de este tipo, pues la guarda y custodia no le otorgan mayores derechos que la facultad de tomar las decisiones atinentes a aspectos de la vida cotidiana. No obstante, esta idea se desarrollará mejor en el epígrafe relativo a la conducta típica.

Por ahora, será suficiente con realizar una aclaración relativa al bien jurídico protegido. En este sentido, el interés tutelado por el delito de sustracción de menores queda concretado en los derechos de responsabilidad parental de los progenitores o, subsidiriamente, en los derechos de custodia de la persona encargada del cuidado del menor o de la Administración o el Estado en aquellos supuestos en los que el niño está a cargo de un centro o institución, siendo dicho centro o institución el responsable de aquel. Ello supone que el menor no es objeto de protección directa por el tipo penal, aun cuando es cierto que se ve protegido de manera indirecta, en tanto en cuanto la responsabilidad parental o la custodia serán ejercidas en su beneficio, o, en otras palabras, un correcto ejercicio de la responsabilidad parental o de la custodia redundará en el interés superior del menor.

Es más, en una nueva línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo aprecia que el delito de sustracción de menores protege exclusivamente el derecho de custodia del progenitor (tesis que, pese a su novedad, ha quedado ya desfasada con la nueva redacción típica con motivo de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio), si bien entiende que

[312] La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, referida a la sustracción de menores entendida como el engaño al progenitor acerca de la muerte de su hijo para venderlo a otra familia, indica, en relación con la conducta del artículo 225 bis CP, que *la voluntas legislatoris de la reforma obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, como se desprende de su Exposición de Motivos, lo que aparece alejarla de la finalidad protectora de la libertad personal del menor, y centrarse en la defensa de los derechos del progenitor custodio y del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia.*

subyace siempre el interés superior del menor, interpretando el derecho de custodia en el sentido amplio en que lo hace el Convenio de La Haya de 1980[313]. De ahí que, ante la concurrencia de varios menores, un tema espinoso que también se tratará a lo largo del presente estudio, se haya optado por la aplicación de un único delito, a diferencia de lo que se venía haciendo hasta ahora, que consistía en incluir, en concurso real, tantos delitos como menores hubiesen sido sustraídos.

[313] STS 339/2021, de 23 de abril.

# CAPÍTULO SEGUNDO. EL TIPO BÁSICO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES[314]

## I. EL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD

### 1. Cuestiones previas

Partiendo de la teoría jurídica del delito que elabora MORILLAS CUEVA a la que me adscribo por sus tintes de coherencia, modernidad y simplicidad, alejada de anquilosamientos dogmáticos innecesarios, se realizará un análisis del juicio de antijuridicidad del delito de sustracción de menores. El autor en cita busca la elaboración de una teoría jurídica del delito que sea útil y presente un relevante impacto práctico; que respete los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho, por lo que debe apoyarse sobre la Constitución y sobre postulados democráticos; que constituya una síntesis de las dos opciones más relevantes de las últimas décadas, la neoclásica y la finalista; además, teniendo en cuenta las categorías tradicionales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, presenta al delito como una acción típicamente antijurídica y culpable que se mueve en el plano del juicio de antijuridicidad, que recae sobre el desvalor de la conducta y el juicio de culpabilidad, que recae sobre el autor del hecho típico y antijurídico, a modo de reproche[315].

La conducta recogida en el artículo 225 bis CP se concreta en trasladar a un menor sin el consentimiento del progenitor o la institución o persona que se encuentra a su cargo o, en su caso, retenerlo incumpliendo así una resolución judicial o administrativa. Estas son las dos alternativas que propone el legislador para llevar a cabo una sustracción. La estructura que se seguirá para abordar el estudio de la figura de sustracción de menores será, en primer lugar, el juicio de antijuridicidad, para después dar paso al juicio de culpabilidad, sin restar importancia a la tipicidad, pues la tipicidad ya es el primer indicio de antijuridicidad[316].

Se ha afirmado que en ese juicio de antijuridicidad se realizarán valoraciones que en la tipicidad no se han considerado suficientemente relevantes, tales como, si el peligro que creó el sujeto con su comportamiento ha supuesto el efectivo resultado lesivo para el bien jurídico y, además, si dicho comportamiento fue acompañado de algún otro hecho o circunstancia que encarne los requisitos de las denominadas causas de justificación: respecto al primer elemento, en la tipicidad simplemente se analiza el peligro creado por el autor mediante un juicio *ex ante*, ahora en la antijuridicidad se trata de averiguar a través de un juicio *ex post* si dicho peligro acabó configurado en un resultado lesivo, concretado en la lesión efectiva del bien jurídico en el caso de los delitos de lesión o en la puesta en peligro del mismo en los delitos de peligro; además, la antijuridicidad material, es crucial, toda vez que arroja el resultado de la imputación objetiva del

[314] Por cuestiones obvias, se empezará analizando el tipo básico, teniendo en cuenta que todo lo dicho hasta el momento y la mayoría de los elementos típicos que se analicen en este apartado serán susceptibles de aplicación también al tipo agravado y al privilegiado, de suerte que la conducta típica será la misma en los tres supuestos, si bien aparecerán otros nuevos que determinarán la agravación o la atenuación de la pena. Por consiguiente, cuando llegue el turno de analizar los tipos agravados y privilegiados, solo se hará referencia a los elementos nuevos que contienen.

[315] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 317-318.

[316] *Ibídem*, p. 341.

resultado al riesgo creado, no siendo suficiente con la existencia de un nexo causal, sino que el resultado ha de poder imputarse objetivamente a la acción de riesgo creada por el sujeto[317].

## 2. El delito entendido como binomio

La concepción que se seguirá en el presente estudio aquí es aquella que entiende la configuración del injusto como un binomio compuesto por un desvalor de acción y un desvalor de resultado. Todo delito quedará conformado siempre y cuando se cumplan estos dos elementos. Como se verá, esta postura no es unánime y, durante el desarrollo de este trabajo, se irán presentando otras visiones que atienden al desvalor de acción o al desvalor de resultado, otorgando mayor relevancia a uno o a otro o, incluso, renunciando a este último si se entiende que el resultado solo es una condición objetiva de punibilidad cuya aparición se producirá por causas ajenas a la voluntad del autor.

Con todo, el desvalor de acción y el desvalor de resultado son igualmente importantes y ninguno de ellos debe sobresalir con respecto al otro porque ambos, conjuntamente, dan como resultado la realización del injusto: la realización de una determinada conducta (prohibida por el Código Penal) o la no realización de una conducta específica (obligada por el Código Penal) entraña un desvalor (desvalor de acción) que conducirá a la puesta en peligro o lesión de algún bien jurídico (desvalor de resultado). Por consiguiente, desvalor de acción y desvalor de resultado son dos elementos que conforman un todo, que es el injusto[318].

Para algunos autores, el desvalor de la acción ha de entenderse de manera objetiva, como un peligro *ex ante*, pues lo determinante no es al ánimo, la voluntad o la representación subjetiva del autor, sino el peligro de lesión para el bien jurídico protegido[319]. Esto se comparte parcialmente, toda vez que el desvalor de la acción va a provenir básicamente de si esa conducta es o no peligrosa para el bien jurídico, una peligrosidad valorada *ex ante* por un espectador objetivo, de manera que el ciudadano medio concibiera la acción como peligrosa para el bien jurídico en cuestión. Esa peligrosidad valorada *ex ante* permitirá incluso defender la sanción de los casos de tentativa relativamente inidónea, pues un espectador objetivo afirmaría que la conducta, en principio, es apta para lesionar el bien jurídico. De lo contrario, si se valorase la peligrosidad *ex post*, todas las tentativas serían calificadas de inidóneas porque siempre se apreciará que la acción no era capaz de provocar la aparición del resultado lesivo[320]. Por consiguiente, el desvalor de la acción queda integrado por la realización de una conducta (o una omisión) que entraña un peligro para un determinado bien jurídico y es precisamente por ello que aparece castigada en el Ordenamiento jurídico-penal.

Por su parte, el desvalor de resultado es algo que aparecerá también en cualquier tipo de injusto y se concreta en la puesta en peligro o la lesión para un bien jurídico protegido.

---

[317] HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Serta in Memoriam Alexandri Baratta* (dir. PÉREZ ÁLVAREZ, F.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1090-1091.

[318] Para MIR PUIG, S., también ambos desvalores son relevantes, si bien entiende que el desvalor de la conducta es un presupuesto del desvalor del resultado. En *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 176 y ss.

[319] ALCÁCER GUIRAO, R. *La tentativa…,* Ob. cit., p. 385.

[320] Esto ha sido también defendido por el Tribunal Supremo. Así lo hace, por ejemplo, en la STS 1866/2000, de 5 de diciembre.

Este desvalor de resultado entrará en juego tanto en delitos de mera actividad como en delitos de resultado, pues en ambos casos existirá un bien jurídico puesto en peligro o lesionado.

A este propósito, señala la doctrina que "la materialidad o exterioridad de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado caracterizado, a su vez, como un hecho empírico externo que se distingue de la acción, como ocurre en los llamados delitos de resultado, o que se identifica con ella, como en los delitos llamados de mera actividad"[321].

Por consiguiente, la acción criminal siempre va a quedar manifestada al exterior mediante la creación de un resultado, resultado que se podrá distinguir de la acción en los denominados "delitos de resultado", en los cuales las consecuencias de dicha acción quedarán reflejados en la transformación que sufra el mundo exterior, pero también en los denominados "delitos de mera actividad", donde ese resultado se identifica con la lesividad causada por la propia acción.

En otras palabras, la lesividad, el peligro para el bien jurídico es lo que caracteriza el desvalor de resultado. Cuando se habla del desvalor de resultado no se hace referencia al resultado propio de los delitos de resultado, a esa transformación que tiene lugar externamente como consecuencia del comportamiento realizado. El desvalor de resultado ha de entenderse genéricamente como la lesividad que la acción comporta para el bien jurídico. Cuando una persona ejecuta un comportamiento apto para causar un peligro o una lesión para un determinado bien jurídico, el desvalor de acción ya existe por la mera ejecución, pues se está realizando una conducta que ya cuenta con la capacidad de lesionar o poner en peligro a un bien jurídico concreto. Ahora bien, cuando esa capacidad se traduce en realidad, aparece el desvalor de resultado.

La acción que contradice la norma entraña un valor potencial, una capacidad potencial para dañar a un bien jurídico o, al menos, para ponerlo en peligro si nos referimos a delitos de peligro y no a delitos de lesión. El sujeto pone en marcha un proceso causal apto para vulnerar un bien jurídico que ha sido considerado como merecedor de protección penal. Pues bien, en el momento en que esa acción se realiza, el desvalor de acción ya existe, desvalor que será menor en los casos de tentativa inacabada (no así en los de tentativa acabada), toda vez que dicha acción no termina de ejecutarse.

Ahora bien, cuando esa capacidad potencial de la acción de causar un daño a modo de lesión o de puesta en peligro de un bien jurídico se traduce en un efectivo daño al mismo, aparece el desvalor de resultado. Esa lesividad en la que se concreta el desvalor de acción, esa capacidad potencial traducida en efectivo daño es lo que conforma el desvalor de resultado. Y no es que el desvalor de resultado solo exista en los delitos de resultado y por ello se distinga de los delitos de mera actividad. El desvalor de resultado existe en cualquier clase de delito, lo que es diferente es la manera en que se concreta ese desvalor de resultado. La lesividad potencial de una acción traducida en lesividad efectiva existe en todos los delitos en los que puede afirmarse que el bien jurídico protegido se ha visto vulnerado y ello con independencia de si el delito cometido ha sido de resultado o de mera actividad. Ahora bien, lo que es diferente es la manera que tiene de manifestarse ese desvalor de resultado: en los delitos de resultado se apreciará una transformación del

[321] FERRAJOLI, L. *Derecho y…,* Ob. cit., p. 480.

mundo exterior (por ejemplo, la lesión en una persona); en los delitos de mera actividad tal transformación no existirá, pero el desvalor de resultado se identificará con la propia acción (por ejemplo, una vez producido el allanamiento de morada, el bien jurídico inviolabilidad domiciliaria se habrá visto vulnerado y, en consecuencia, el desvalor de resultado se ha producido)[322].

De la misma forma, existe desvalor de resultado tanto en los delitos intentados como en los delitos consumados, si bien en los primeros ese desvalor es menor (puesta en peligro del bien jurídico) que en los segundos (lesión del mismo) y ello justifica la menor punición de la tentativa con respecto a la consumación[323].

Por tanto, el delito debe concebirse como un binomio formado por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, sin que ninguno de ambos componentes tuviera un valor especial sobre el otro[324]. Tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado son importantes para la formación del conjunto delictivo[325].

En la conducta de sustracción de menores, esto se traduce en que el sujeto debe realizar un desvalor de acción, que consistirá en la sustracción en sí misma, mediante el traslado del menor sin el consentimiento de la persona a la que corresponde autorizarlo o mediante la retención de aquel incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa. Con el inicio de la ejecución aparece un desvalor de acción. A medida que ese traslado o retención se va desarrollando, va apareciendo el desvalor de resultado porque el bien jurídico comienza a lesionarse y, para el caso de que la sustracción acabe consumada, el desvalor de resultado final (en su máxima expresión) será lo que informe de que el delito queda completado.

---

[322] De la misma opinión, HUERTA TOCILDO, S. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 51; MIR PUIG, S. *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 177-178.

[323] HUERTA TOCILDO, S. *Sobre el contenido …,* Ob. cit., p. 54.

[324] En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal …,* Ob. cit., p. 333 y MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 289.

[325] Existen sectores doctrinales enfrentados en cuanto al desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Un primer sector doctrinal defiende que lo importante es realmente el desvalor de la acción, es decir, el desvalor del hecho llevado a cabo por el sujeto activo del delito, restando importancia al desvalor del resultado. Por ejemplo, MORENO-TORRES HERRERA, Mª. R., desde este prisma, ha afirmado que el ilícito se fundamentaría exclusivamente con base en el desvalor de la acción, lo cual conllevaría que se negase cualquier tipo de significación al desvalor de resultado en el delito, pues lo ilícito sería la infracción del imperativo normativo materializada a través de la acción, con independencia del resultado, siendo este la razón de la prohibición, pero no el objeto de la misma. En *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 78-79. Desde una óptica totalmente contraria, RUIZ ANTÓN, L. F., aboga por restar relevancia al desvalor de la acción. Así, se ha expuesto que, si se sigue la corriente del bien jurídico, en función de la cual la misión del Derecho penal es establecer una serie de condiciones para poder desarrollar una convivencia pacífica, por lo que se dedica a proteger algunos valores calificados como bienes jurídicos (con el objetivo de alcanzar esa convivencia pacífica), el desvalor de la acción debería pasar a un segundo plano para no alcanzar consecuencias ilógicas, como por ejemplo, que el partícipe tuviera que ser castigado no ya por su contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico con base en la accesoriedad de la participación, sino por haber corrompido al autor, por haberlo auxiliado a realizar una acción desaprobada o haberlo incitado a apartarse del camino marcado por la norma jurídica. En *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, p.133. Como indica el autor en cita, esto conduciría a la primacía al desvalor del resultado, quiere decirse, a la verificación del objetivo que la norma infringida desea evitar, es decir, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (dependiendo de si se trata de un delito de lesión o de un delito de peligro) y, comoquiera que esa lesión o puesta en peligro representa incidencia social, la dañosidad que debe implicar cualquier delito constituye el sustrato sobre el que se asienta la pena. *Ibídem*, p. 133.

El delito de sustracción de menores se configura como un tipo alternativo que contiene dos modalidades diferenciadas de conducta, una de las cuales es de resultado (el traslado), mientras que la otra (la retención) constituye un delito de mera actividad (aquellos que contienen un comportamiento pero no se ha incorporado como elemento típico el efecto natural y provocado del mismo[326]).

Se ha apuntado la idea acerca de que el desvalor de acción de los delitos de mera actividad y de resultado es distinto en atención al elemento volitivo del dolo del autor y, por lo tanto, a la parte subjetiva de la acción: el resultado forma parte del dolo en los delitos de resultado, en los cuales el autor dirige su acción precisamente a la consecución del mismo; en los delitos de mera actividad, el dolo del autor ha de abarcar la realización de la conducta típica, siendo necesario que el autor quiera realizar esa conducta asumiendo que es lesiva o peligrosa para un bien jurídico concreto[327].

El desvalor de acción y el desvalor del resultado hacen referencia al desvalor del propio comportamiento y del resultado de lesión o puesta en peligro (en los tipos de peligro) del bien jurídico protegido. Como se ha mencionado *supra,* cuando el delito es de mera actividad, existe un mismo desvalor de la acción que en los delitos de resultado, pues se realiza un comportamiento distinto al predicado por la norma penal; pero también existe un desvalor del resultado en el sentido de que se lesiona o pone en peligro (en los tipos de peligro) el bien jurídico protegido por ese comportamiento concreto. Ahora bien, sí es cierto que los delitos de resultado incluyen como elemento típico un resultado concreto como transformación del mundo exterior que ha de ser abarcado por el dolo del sujeto, algo que no ocurre en los delitos de mera actividad, donde ese resultado específico como transformación externa no existe, por lo que el dolo del sujeto abarcará la realización del comportamiento con conocimiento de que el mismo puede suponer un daño para un determinado bien jurídico.

Si bien es rotundamente cierto que, se trate de delitos de resultado o de mera actividad, siempre se origina un cambio de circunstancias en el mundo exterior tras la realización de los elementos del tipo, el desvalor de resultado se relaciona más bien con la existencia de la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico que con dicho cambio de circunstancias[328]. Es por ello que se ha afirmado que el desvalor de resultado, entendido como nuevo estado de las cosas, es decir, como un cambio que se ha producido como consecuencia de la realización de un determinado comportamiento existe tanto en los delitos de mera actividad como en los delitos de resultado[329]. En otras palabras, el desvalor de resultado existe en toda clase de delitos, incluidos los delitos de mera actividad, siempre que dicho desvalor no se extraiga del efecto natural separado de la acción, sino "del cambio de circunstancias que se produce en el mundo exterior una vez que se realizan los elementos del tipo"[330].

Cuando una persona lleva a cabo la comisión de un hecho delictivo, las circunstancias que existían antes y después de ejecutar los elementos del tipo son, en todo caso,

---

[326] ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de mera actividad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002, p. 16.
[327] *Ibídem*, p. 24.
[328] En el mismo sentido, DONNA, E. A. *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 21.
[329] ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de…", Ob. cit., p. 26.
[330] ACALE SÁNCHEZ, Mª. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, p. 89.

diferentes, ya exista un resultado natural y apreciable (una muerte, una lesión) o pueda no apreciarse dicho resultado naturalístico. En la sustracción de menores, obviamente las circunstancias de antes y después de la comisión del delito son distintas, en tanto el menor pasa a encontrarse en una situación de ilegalidad al no estar respetándose el derecho de la persona o institución con responsabilidad parental o custodia. Sin embargo, resulta más correcto unir ese desvalor de resultado a la apreciación de la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico protegido (dependiendo de si el delito es de peligro o de lesión) que la idea de que ese desvalor responde al cambio de circunstancias: una vez que el traslado o la retención se producen, el bien jurídico queda lesionado o, al menos, puesto en peligro. Por consiguiente, el binomio desvalor de acción – desvalor de resultado se cumple tanto en la modalidad de traslado, como en la modalidad de retención.

### 3. La antesala de la sustracción

Para que la sustracción pueda tener lugar, se necesitan unos antecedentes previos. Quiere decirse que, con carácter previo a la comisión de este delito, es necesaria la existencia de una relación de pareja, ya sea matrimonial, no matrimonial, convivencia *more uxorio* o puramente sexual, que dé como resultado uno o varios hijos, produciéndose la ruptura de dicha relación cuando los hijos son aún menores de edad.

Alternativamente, puede ocurrir que una resolución judicial o administrativa haya dictaminado que los padres del menor no están capacitados para asumir la patria potestad y esta les haya sido suspendida, asumiendo la guarda y custodia del menor otra persona o una institución pública destinada a tal efecto. En este caso, puede existir o no ruptura de la pareja, de manera que, si ambos conjuntamente proceden a arrebatar a sus hijos a la persona o institución que en ese momento se encuentra a su cargo, serían coautores de un delito de sustracción de menores, a pesar de tratarse de sus propios hijos, dado que la custodia está siendo ejercida por la institución administrativa correspondiente o por un tutor. Lo mismo ocurriría en el caso de que, existiendo ruptura o no, sea uno de ellos el que decida llevar a cabo tal conducta, en cuyo caso será el progenitor que realice la sustracción, el sujeto activo del delito.

Otro elemento que debe estar presente con carácter previo a la aparición del delito, al menos en la modalidad de retención, es una resolución judicial o administrativa en la que se haya acordado el destino del menor, ya sea estableciendo la custodia a un progenitor y un régimen de visitas a otro, custodia compartida[331] o privación de la misma a ambos. En la modalidad de retención, se exige como uno de los elementos del tipo el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, por ende, para poder cometer el delito, será necesaria la existencia previa de aquella. Por cuanto respecta a la modalidad de traslado, el tipo no exige expresamente un incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, por lo que técnicamente no sería necesario que existiese tal resolución para cometerlo, si bien esto suele ser un requisito exigido por la Jurisprudencia para la apreciación del delito.

Sin embargo, piénsese en el supuesto de que un menor se haya criado exclusivamente con uno de los progenitores y el otro no y no exista resolución judicial o administrativa

[331] En contra, defendiendo que no es posible cometer el delito en caso de existencia de una custodia compartida, SERRANO TÁRRAGA, Mª D. *Curso de Derecho Penal parte especial,* 5ªed., Dykinson, Madrid, 2019, p. 272.

referida a la custodia. ¿Cabría negar la presencia de la figura delictiva? Esta cuestión será solventada un poco más adelante.

## 4. La naturaleza del delito

### *4.1 El delito de sustracción de menores como delito especial propio*

A pesar de que, en Alemania, el sector mayoritario configura los delitos especiales como una agrupación dentro de una determinada forma de aparición del delito[332], en España la realidad es distinta. El Ordenamiento jurídico español tiende a presentar los delitos especiales dentro de las distintas clasificaciones presentadas mediante binomios excluyentes recíprocamente. Al igual que se distingue entre delitos de omisión o delitos de comisión, de resultado o de mera actividad, etc., en atención a distintos criterios, otro de los binomios típicos es el que distingue entre delitos especiales y delitos comunes y ello en atención al sujeto activo[333]. Así las cosas, normalmente en la doctrina española, cuando se explican las distintas clasificaciones que pueden realizarse de los diversos tipos penales, se distingue entre delitos comunes y delitos especiales en función del sujeto activo que comete el delito[334].

El delito de sustracción de menores se configura como un delito especial, en vista de que no cualquier persona puede cometerlo. A diferencia de los delitos comunes, que pueden ser perpetrados por cualquiera, los delitos especiales exigen en la figura del autor unas especiales cualidades que han debido ser plasmadas por el legislador en el tipo[335]. La mayoría de los delitos son comunes, pues por lo general solo se requiere poseer capacidad de acción para cometer un delito[336]. Cuando la exigencia de una cualidad personal incorpora un contenido de injusto ligado a la infracción del deber, el delito es especial[337].

Como el tipo de sustracción de menores requiere una cualidad especial que debe estar presente siempre en el sujeto activo, el delito se configura como delito especial, en contraposición con los delitos comunes. En el Código Penal abundan este tipo de delitos, pues la mayoría de los tipos penales son redactados con la fórmula "el que…"[338]. Dicha fórmula genérica es indiciaria de que cualquier persona puede cometer el delito, al no requerirse una cualificación especial en la figura del sujeto activo.

De este modo, el primer apartado del artículo 225 bis CP se refiere al progenitor que sustraiga al hijo menor de edad. De ello se deduce que solo un progenitor puede llevar a cabo la sustracción e, indudablemente, no es suficiente con que el sujeto activo sea progenitor, es decir, tenga un hijo, sino que es necesario que verifique la conducta sobre su propia prole. De ahí que solo el progenitor del menor sustraído pueda cumplir con el tipo.

---

[332] GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*, B de f, Buenos aires, 2006, pp. 24-25.
[333] Así, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 350 y ss.
[334] Vid. por todos, MIR PUIG, S. *Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 236.
[335] MORENO-TORRES HERRERA, Mª R. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 190.
[336] BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 237.
[337] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 184.
[338] Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. DEMETRIO CRESPO, E.), 2ª ed., tomo II, Iustel, Madrid, 2015, p. 83.

De igual forma, el apartado quinto del artículo 225 bis CP amplía el círculo de sujetos activos, extendiéndolo a los ascendientes del menor (abuelos o bisabuelos) y a los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad (por ejemplo, un hermano mayor). El porqué de esta cláusula extensiva no se comprende demasiado bien y ciertamente esta inclusión carece de sentido. Si la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 28 de diciembre, expresaba que la susodicha normativa había sido creada para dar una respuesta clara a aquellos supuestos en los que existe una crisis sentimental que ha propiciado que las facultades de los progenitores estén divididas, no se encuentra motivo alguno para luego permitir la extensión del tipo a otras personas que, aunque relacionadas con los progenitores, no ostentan una posición familiar que pueda incluirlas dentro de la esfera de casos que dieron lugar a la creación del tipo penal. Todas estas cuestiones serán debatidas más adelante.

Desde un punto de vista técnico, se ha aludido a las diferentes consecuencias que entraña afirmar que un delito especial implica una restricción de autores, en contraposición con el hecho de afirmar que un delito especial implica una limitación de sujetos, algo que más allá de ser una mera cuestión formal, presenta un fundamento material: así, el concepto de autor y el concepto de sujeto de un delito no son sinónimos, toda vez que la autoría implica una relación de dominio o de pertenencia con el hecho típico o con la creación del riesgo, mientras que el sujeto del hecho podrá serlo no solo el autor, sino también quienes participen con él (inductores, cooperadores necesarios y cómplices), lo cual expresa que si se proclama que un delito especial supone una limitación del círculo de sujetos del delito, tendría que asumirse la obligada consecuencia de que sería imposible participar en un delito especial salvo que se presenten los elementos exigidos por el tipo[339]. Ciertamente, autor y sujeto no son términos completamente equivalentes, siendo que el sujeto activo constituye uno de los elementos de la formulación típica, mientras que el autor es el que lleva a cabo la realización del tipo[340]. El autor es el que realiza el tipo y los sujetos son aquellos que intervienen en dicha realización, englobando un término más amplio.

Al hilo de toda esta argumentación, algún sector doctrinal va un paso más allá y acaba concluyendo que realmente tampoco sería correcto entender que nos encontramos ante un delito especial solo cuando el tipo exige la concurrencia de alguna cualidad, propiedad o relación en la figura del autor, porque en ocasiones la limitación del círculo de posibles autores no viene determinado por la exigencia de elementos especiales de autoría, sino mediante la concreta configuración de la conducta típica: en algunos delitos especiales, el legislador sigue utilizando la fórmula genérica "el que" (típico de los delitos comunes) sin que pueda entenderse que efectivamente se trate de un delito común, puesto que la conducta típica ha sido descrita de tal forma que no cualquiera puede poseer el dominio del riesgo típico, sino un círculo reducido de sujetos; de ahí que pueda afirmarse que un delito especial no solo implica una limitación del círculo de posibles autores, sino también una restricción del injusto típico a determinadas esferas o estructuras sociales[341].

Este razonamiento es absolutamente correcto, por cuanto en el Código Penal pueden hallarse delitos que, a primera vista, parecen comunes, siendo en realidad delitos especiales. Si el hecho de que el legislador establezca ciertas cualidades específicas en el autor se utiliza como criterio para saber cuándo un delito es especial y cuándo un delito

[339] GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos…,* Ob. cit., p. 19.
[340] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 428.
[341] GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos…,* Ob. cit., p. 29.

es común, el porcentaje de éxito en dicha deducción se verá reducido por los "falsos negativos" que serán encontrados.

En el concreto delito de sustracción de menores, la descripción típica comienza con la fórmula "el progenitor que…", de manera que ya no existe ninguna duda de que el delito es especial, toda vez que para poder cometerlo lo primero que se requiere es que el sujeto activo, quiere decirse, el autor, sea padre o madre. Todas las personas que no tienen hijos (ya sea naturales o adoptivos) quedan fuera del círculo de posibles autores el tipo. Esto es algo que después será bastante matizado y aclarado, constituyendo solamente una idea inicial.

Ahora bien, aunque estos delitos en los que el legislador exige de manera directa ciertas cualidades para poder cometerlos en autoría son los delitos especiales más fáciles de identificar, ello no quiere decir que todos los demás en los que no se exige de manera directa esa especial relación o cualidad sean automáticamente delitos comunes, pues el legislador puede haber exigido dichas condiciones especiales, de manera indirecta, en la configuración de la conducta[342].

Doctrinalmente se ha propuesto como criterio para distinguir un delito especial de un delito común el planteamiento de la cuestión acerca de si la limitación del círculo de posibles autores del delito se encontraría justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico: si la respuesta es afirmativa, el delito puede ser considerado especial; si la respuesta es negativa, se trata de un delito común; y ello porque en los delitos especiales el legislador ha limitado el círculo de autores para proteger con mayor eficacia el bien jurídico en cuestión[343].

Ciertamente, los delitos especiales responden a un intento del legislador de proteger eficazmente un bien jurídico concreto. En efecto, el delito especial surge porque el legislador pretende otorgar una protección más eficaz al bien jurídico, acudiendo tanto a delitos especiales como a delitos comunes para blindar la protección de un interés determinado. La reducción de los posibles sujetos obedece a una protección más eficaz, pues, en muchas ocasiones, el concreto bien jurídico no va a poder ser dañado por parte de quien no reúna esas cualidades específicas, considerando que son precisamente esas cualidades las que posicionan al autor en la localización perfecta para atentar contra aquel.

Por consiguiente, esa limitación del círculo de autores responde directamente a otorgar una mayor protección al bien jurídico, orientándose a la realidad de que el mismo no va a poder ser puesto en peligro ni lesionado por quien no reúna las especificidades exigidas por el legislador[344]. Es por ello por lo que, una vez que queda especificado que se necesita a lo que denominaremos "*intraneus*" (la persona que reúne esas cualidades o

---

[342] Ello sucede, por ejemplo, en el delito de alzamiento de bienes. El artículo 257.1 CP recoge en su primer apartado el delito de alzamiento de bienes utilizando las siguientes palabras: "el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores". A primera vista pudiera pensarse que el delito de alzamiento de bienes es un delito común, pues el legislador se refiere genéricamente a "el que…", fórmula utilizada frecuentemente cuando se recogen tipos comunes en los que cualquiera puede realizar la conducta típica.

[343] GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos…,* Ob. cit., pp. 32-33.

[344] De esta manera, en el caso del delito de prevaricación, que protege el buen funcionamiento de la Administración Pública, el legislador no ha reducido el círculo de posibles autores para otorgar una mayor protección a la Administración, sino que lo ha hecho con el conocimiento de que solo quien forma parte de la Función Pública va a poder atentar contra aquella.

características especiales) que actúe como autor, la participación por parte de los denominados "*extraneus*" (las personas que no las reúnen) es perfectamente posible.

Esto mismo ocurre con el delito de sustracción de menores: si se afirma que el bien jurídico protegido es el derecho del progenitor o de quien corresponda (puede tratarse de un organismo público si es este quien se encargue del niño), solo será el progenitor el que puede atentar contra ese bien concreto realizando la sustracción y es precisamente su condición de progenitor el que le da la llave para poder cometer la conducta, pues es ese contacto que tiene con el menor el que le brinda la oportunidad de realizar el tipo.

Ahora bien, también se han dividido los delitos especiales en dos grupos: los que poseen especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado que abusa de su especial posición de dominio y otros en los que la autoría se caracteriza por que el sujeto ostenta el dominio social típico, en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de manera esencial u ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales o institucionales en determinados ámbitos[345]. En este caso, como acaba de señalarse, el delito de sustracción de menores se caracteriza por esa especial posición de dominio del progenitor o cualquiera de los parientes que aparecen recogidos en el artículo que le permite lesionar fácilmente el bien jurídico debido a la especial vulnerabilidad que presenta el menor.

Una vez asentada la idea de que nos encontramos en presencia de un delito especial, debe establecerse si pertenece a la categoría de delito especial propio o impropio, en virtud de si existe otro tipo diferente que permita la comisión del delito por parte de una persona que no reúna en su persona los requisitos exigidos por el tipo especial.

Así las cosas, un sector doctrinal distingue entre delitos especiales propios referidos a aquellos en los que la lesión al deber es la que fundamenta la punibilidad y delitos especiales impropios, que serían aquellos que la agravan[346], distinción que desde algunas ópticas se aplaude, estimando que esta debería mantenerse porque, a pesar de que el Código Penal no establezca consecuencias distintas para la participación en unos y otros, son situaciones que plantean distintos problemas y soluciones, residiendo la diferencia entre los delitos especiales y comunes en el injusto y no en la culpabilidad[347].

De acuerdo con esta distinción, el delito de sustracción de menores constituiría un ejemplo del primer tipo[348] y la detención ilegal cometida por funcionario público

---

[345] RUEDA MARTÍN, Mª A. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*, Comares, Granada, 2010, p. 79.

[346] STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 124 y QUINTERO OLIVARES, G. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, CYMIS, Barcelona, 1974, p. 31.

[347] FERRÉ OLIVÉ, J. C., que ilustra su teoría con un ejemplo: si un funcionario induce a un extraño a realizar un comportamiento que constituye un delito especial propio, el *extraneus* realiza dolosamente un comportamiento prohibido, pero sería atípico al carecer de la cualidad requerida por el tipo. De la misma forma, el funcionario acabaría siendo inductor de un hecho atípico. Sin embargo, en los delitos especiales impropios sería posible castigar al autor *extraneus* por el delito común de que se trate y al *intraneus* como inductor de ese delito. En "Autoría y delitos especiales", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (coord. NIETO MARTÍN, A.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1016 y 1019.

[348] En la misma línea, OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 3ª ed., Madrid 2020, p. 419.

constituiría un ejemplo del segundo[349]. Sin embargo, no todos los académicos se muestran favorables a esta delimitación, pues hay quien opina que los delitos especiales impropios no son distintos a los comunes, sino que solo contienen agravaciones de carácter personal[350].

En los delitos especiales propios, se prevé como posibles sujetos activos solo a las personas que se encuentran especialmente cualificadas, por lo que la realización de la conducta nunca convertirá a otra persona en autora[351]. Por ello, la doctrina fundamenta la punición del *extraneus* en los delitos especiales bajo el argumento de que contribuyen a la causación del resultado a través de la conducta antijurídica del autor, lo que implica que la participación se basa en el dominio de la causalidad y el dolo a ella referido[352]. Con todo, el tema de la participación se analizará pormenorizadamente un poco más adelante.

Como se decía, el artículo 225 bis CP se configura como un delito especial propio aunque, ciertamente, un sujeto cualquiera puede cometer la conducta de sustraer a un menor de edad. Sin embargo, en este caso, ya no integraría un delito de sustracción de menores, sino un delito de detención ilegal o de secuestro, con la subsiguiente aplicación del tipo agravado del artículo 165 CP, al tratarse el sujeto pasivo de un menor de edad. Sin embargo, los bienes jurídicos protegidos son muy distintos en una y otra figura, por lo que debe entenderse que se trata de un delito especial propio[353].

Esta estructura es completamente opuesta a la que presentan otros Ordenamientos, como el italiano, donde la sustracción de menores se configura como un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, incluidos los propios padres, si bien se prevé en el artículo 574 bis del Código Penal italiano una pena específica de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad cuando sea el padre o la madre quien realice el tipo, siempre y cuando la sustracción se concrete en el traslado al extranjero. De esta forma, Italia cuenta con tres tipos penales de sustracción, cada uno con sus características, siendo que los tres son delitos comunes de posible realización tanto por parte de un tercero como por parte de un miembro de la familia, habiéndose ubicado entre los delitos contra la familia debido a que, en cualquier caso, se vulnera la responsabilidad parental o la tutela.

---

[349] Como ejemplo de los delitos especiales impropios, que simplemente agravan la culpabilidad, se ha mencionado el delito de detención ilegal cometido por funcionario público. Pues bien, este razonamiento obedece a que una detención ilegal cometida por un particular ya es punible y se castiga de acuerdo a los artículos 163 y siguientes CP. Con todo, cuando el sujeto activo es un funcionario público, la conducta se agrava precisamente por ese prevalimiento de su situación de funcionario que realiza el autor para poder ejecutar más fácilmente el hecho típico. De ahí que el delito especial impropio recogido en el artículo 167 CP (detención ilegal cometida por funcionario público) no pueda aplicarse a cualquier funcionario, sino a aquel que posea determinadas funciones relacionadas con la privación de libertad, pues es ese prevalimiento del cargo público el que justifica un plus de antijuridicidad que determina la existencia del mismo. No tendría sentido castigar a un profesor de universidad que encierre a su pareja por el delito especial impropio, sino que se castigaría por el tipo común. Es por esta razón por la que se afirma que los delitos especiales impropios no fundamentan la punibilidad, sino que la agravan, toda vez que ya existen tipos comunes de referencia que son los que fundamentan la punibilidad, constituyendo los delitos especiales impropios supuestos específicos de mayor gravedad que, en consecuencia, implican una mayor sanción.

[350] ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 126.

[351] DEMETRIO CRESPO, E. *Curso de Derecho Penal. Parte General* (coord. DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.), 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 212

[352] CUELLO CONTRERAS, J. "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 97, 2009, p. 41.

[353] En la misma línea, OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., p. 419.

*4.2 El delito de sustracción de menores como delito de infracción del deber*

Aunque la distinción entre delitos especiales propios e impropios es la más común y la que se sigue en el presente trabajo, cabe mencionar que existe otra clasificación que distingue entre los delitos especiales en los que la infracción de un deber constituye el núcleo de la conducta típica y los delitos en los que la restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, recibiendo estos últimos el nombre de delitos de posición[354].

La teoría de la existencia de delitos de infracción del deber presenta algunos inconvenientes que llevarán a rechazar su acogimiento, por lo que el delito de sustracción de menores no se integrará en esta categoría. ROXIN distingue entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber, que son aquellos en los que el sujeto vulnera un deber especial originado en otra rama jurídica, de forma que sin esa sujeción al deber, cualquier intervención en la realización del tipo ha de ser forzosamente calificada de participación[355]. Así, establece que el criterio del dominio del hecho[356] no es apto para determinados tipos de delitos que él denomina delitos de infracción del deber, de suerte que estas figuras delictivas se caracterizan por que al sujeto activo se le ha asignado un determinado deber, deber que infringe cuando comete el hecho delictivo y, por ello, solo quien tenga la función de cumplir con tal deber, puede ser autor del delito[357].

Por consiguiente, lo que el autor requiere para los delitos de infracción del deber es la existencia de un deber, normalmente procedente de otra rama jurídica y que no se extiende a todas las personas que intervienen en el hecho delictivo. Esto es, pueden intervenir varios sujetos pero no todos ellos tendrán asignado ese deber concreto que se infringe con la comisión del tipo. Así, un delito de infracción del deber siempre requiere la presencia del mismo, pero no todos los sujetos que intervienen en la comisión del mismo tienen que estar obligados a cumplirlo, por lo que solo se considerará autor a quien sí tenga que respetar ese deber impuesto.

Los delitos de infracción del deber, como su propio nombre, se caracterizan porque el sujeto tiene un especial deber que debe cumplir y no lo hace. Desde el momento en que ese deber no se cumple, la persona se convierte en autora del delito. Esto hace que se llegue a conclusiones inadmisibles en Derecho penal, puesto que los límites entre consumación y tentativa o entre autoría y participación se difuminan, en vista de que solo importa si el deber ha sido respetado o incumplido. Si el sujeto lleva a cabo actos de mera complicidad, desde el momento en que se compruebe que ha incumplido su deber, se convierte automáticamente en autor. De la misma forma, es indiferente si ese delito ha quedado consumado o en grado de tentativa, toda vez que se computa autoría desde el instante en que se infringe el deber.

En este sentido, se ha señalado que en un delito de infracción de deber en el que se exigiera resultado material, no habría razón para distinguir entre delito consumado y

---

[354] ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 240-241.

[355] ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. CUELLO CONTRERAS, J. – SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 387.

[356] Según WELZEL, el dominio del hecho consiste en que el autor tendrá el dominio finalista del hecho, siendo autor, por tanto, "el que tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin". En *Derecho Penal. Parte General* (trad. FONTÁN BALESTRA, C.), Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 104.

[357] ROXIN, C. *Autoría y dominio ...,* Ob. cit., pp. 385-387.

tentativa en el ámbito de medición de la pena, porque la producción o no del resultado concreto no depende de que el deber se haya infringido más o menos[358]. En la misma línea, se ha criticado que el mero hecho de apartarse del deber, seguido de la correspondiente lesión, es elemento suficiente para atribuir responsabilidad penal a título de autoría por delito consumado[359].

Como muy bien afirma ROBLES PLANAS, esta teoría es una lógica binaria (blanco o negro) que no admite graduaciones propias de la lógica más elaborada, precisa y distintiva, de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador[360]. Ello porque para los partidarios de los delitos de infracción del deber, autor solo puede ser aquel que vulnera el deber que le había sido impuesto, motivo por el cual ponen de manifiesto la necesidad de una regulación específica para esta clase de delitos[361].

Parte de la doctrina defiende la existencia de los delitos de infracción del deber alegando que la sociedad actual está compuesta de tal forma que el Derecho penal no puede conformarse con garantizar la libertad individual, sino que debe ampliar el círculo de deberes jurídicos, pues el Estado no puede renunciar a las instituciones positivas ni a la idea de la libertad, lo que determina que el Derecho penal no puede consistir en un sistema de no interferencia recogiendo solo tipos de dominio, lo cual conduce a que la rama penal asuma comunicaciones de otros sistemas, creando así los delitos de infracción del deber[362].

Algunos sectores doctrinales incluyen dentro de los delitos de infracción del deber los delitos especiales, algunos delitos societarios y también los delitos de omisión, basándolos en un deber distinto del deber que despliega toda norma (el deber de obediencia, que también se extiende a los partícipes), en un deber extra-penal que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes ostentan una posición especial respecto de la inviolabilidad del bien jurídico[363].

Esto viene a decir más o menos lo que ya se ha reiterado anteriormente: los delitos de infracción del deber se basan en ciertos deberes que son distintos a los deberes que despliega cualquier otra norma. Ello significa que cuando una persona desobedece lo impuesto por una norma, ya sea porque lleva a cabo un comportamiento prohibido o porque deja de ejecutar un comportamiento obligado, ese deber se puede reconducir al deber de observar lo dispuesto por la norma en cuestión, un deber que se extiende a todo partícipe porque todo ciudadano tiene la obligación de respeto a la norma. Sin embargo, los delitos de infracción de deber van un paso más allá de ese deber general de observancia que atañe a toda norma: los delitos de infracción de deber suponen una infracción, valga la redundancia, de un deber muy concreto que posee el sujeto y ese deber proviene precisamente de la posición de garante que ejerce sobre el bien jurídico que se verá lesionado por el delito. De ahí que no toda persona pueda configurarse como partícipe en este tipo de delitos, pues no todo sujeto presentará esa especial posición de

[358] RUEDA MARTÍN, Mª A. *Delitos especiales de dominio…,* Ob. cit., p. 21.
[359] ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices…,* Ob. cit., p. 33.
[360] ROBLES PLANAS, R. *La participación en…*, Ob. cit., p. 230.
[361] CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La autoría y la participación", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 1, 1996, p. 1644.
[362] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 142-143.
[363] BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, pp. 372-373.

inviolabilidad con respecto al bien jurídico, de forma que solo quienes se encuentren en dicha posición podrán ejecutar el hecho.

En los delitos de infracción de deber, el principio de accesoriedad se rompe, toda vez que la acción del partícipe no va a depender del domino del hecho ni del dolo del autor, sino de la infracción del deber del sujeto cualificado, siendo indiferente la posición que este ostente, pues cualquier actuación que implique la infracción de ese deber es suficiente para dar entrada a la autoría[364]. Los delitos de infracción del deber no dan cabida a la coautoría, la autoría mediata, la inducción o la cooperación cuando son varios los sujetos obligados que incumplen su deber, son siempre autores accesorios[365]. Además, no consiguen demostrar el porqué del hecho de que el deber extrapenal fundamente por sí solo la decisión acerca de la autoría[366]. Por tanto, una de las conclusiones a las que se llega con la existencia de los delitos de infracción del deber es que no todo el que interviene en la comisión de uno de estos delitos puede ser calificado como coautor, siendo que además no se exigiría el dominio conjunto del hecho por parte de todos los intervinientes, ello queda reservado para los delitos de dominio; es más, el dominio del hecho debe descartarse para esta serie de delitos porque su exigencia solo conduciría a dividir a los partícipes en dos tipos: los que dominan el hecho pero no tienen que cumplir deber alguno y los que deben cumplir con el deber pero no dominan el hecho; y es por esta razón por la que se aboga por descartar completamente el dominio del hecho e incidir solo en si el sujeto debe cumplir un deber o no a efectos de distinguir entre autoría y participación[367].

Ello quiere decir que la coautoría se configura en los delitos de infracción del deber de una forma muy distinta a la que atiende el concepto general de autor porque ya no se tienen en cuenta las aportaciones realizadas al hecho, sino si se ha producido un quebrantamiento conjunto del deber asignado, por lo que aquella aparece como un concepto mucho más estricto que en los delitos de dominio, porque solo tendrá entrada cuando distintas personas se encuentren sujetas a un único deber[368]. El propio ROXIN lo reconoce cuando apunta que, en los delitos de infracción del deber, la coautoría se limita, toda vez que solo podrán ser coautores aquellas personas que se encuentren sujetas a un mismo y único deber, es decir, en los casos en que un asunto ha sido confiado a varias personas a la vez[369].

Esta idea no puede compartirse toda vez que no debe seguirse un concepto extensivo de autor (o algo semejante) en ningún caso, de modo que un correcto tratamiento punitivo pasa por realizar la oportuna distinción entre las distintas intervenciones para así calificar de autor, coautor, cooperador necesario o cómplice. En los delitos de infracción del deber, todas las intervenciones van a ser tenidas en cuenta para la calificación de coautoría, siempre y cuando los sujetos intervinientes se encuentren sujetos al mismo deber. Sin embargo, esta tesis no se comparte, pues es posible que distintos sujetos intervengan en la comisión de un delito que implique la infracción de un deber al que todos ellos estén sujetos y, sin embargo, la distinta relevancia de las aportaciones de unos y otros impida

[364] BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho ...,* Ob. cit., p. 376.
[365] ROBLES PLANAS, R. *La participación en…*, Ob. cit., p. 228.
[366] *Ibídem*, p. 227.
[367] ROXIN, C. *Autoría y dominio ...,* Ob. cit., pp. 388-389.
[368] *Ibídem*, p. 391.
[369] *Ibídem*, p. 391.

que se tenga a todos por coautores y que alguno o algunos se ajusten más a la participación, ya sea como cooperadores necesarios o como cómplices.

En los delitos de infracción del deber, en el momento en el que un sujeto infringe esa obligación de respeto al deber atribuido, su conducta ya pasa a formar parte de autoría o coautoría, sin siquiera analizarse el tipo de aportación que se está realizando y ello porque lo crucial no es la forma de intervención, sino el incumplimiento del deber. En el momento en el que el sujeto incumple un deber que se le había asignado, sea como sea, automáticamente se convierte en coautor.

Es por estos resultados por lo que la categoría de delitos de infracción del deber resulta rechazable. Este tipo de delitos constituirían una categoría perfecta, adecuada a ciertos tipos de delitos en los que realmente esa infracción del deber constituye el eje sobre el que pivota la acción delictiva siempre que no se llegase a la conclusión de que cualquier incumplimiento eleva al sujeto a la categoría de autor, independientemente del grado de participación en la conducta, siendo que solo se analiza si se respeta o se incumple el deber, lo que conlleva que el tratamiento dispensado sea incorrecto. Por este camino, se llega a un concepto de autor que no distingue entre calidad de participaciones, de suerte que en el momento en que el deber se infringe aparece el rol de autor.

Es precisamente este aspecto, caracterizado por un excesivo punitivismo (según ROXIN cualquier causar de la índole que sea convierte en autor[370]) el que invita a rechazar la teoría, en tanto en cuanto cualquier lesión del deber ya conforma al sujeto en autor, sin individualizar la responsabilidad en función de la intervención realizada. Es un único binomio, como se indicaba antes, entre blanco o negro. O se incumple el deber o no se incumple, olvidándose cualquier otra consideración, lo cual se contradice con las reglas generales de participación que obligan a analizar cada aportación al hecho para comprobar el tipo de responsabilidad del sujeto.

En cuanto a la compatibilidad entre los delitos de dominio y de infracción del deber, algunos autores apoyan la teoría del dominio del hecho y defienden que no existe un criterio universal que permita definir la autoría en todos los tipos de delito, antes al contrario, son los criterios definidores de la autoría los que deben ajustarse a las particularidades de cada tipo, pudiendo distinguirse entre los delitos de dominio (la mayoría) y delitos de infracción del deber (constituirían la excepción a la regla general, que es la del dominio del hecho)[371].

Otros autores niegan que exista un dilema entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber, pues el hecho de que se pueda presentar la posibilidad de que un *extraneus* participe en un delito especial propio o impropio demuestra que en todo delito de infracción de deber existe un delito de dominio, quiere decirse, un comportamiento que pone en peligro o lesiona un bien jurídico[372]. Pero ROXIN apunta a que es necesario eliminar el criterio del hecho en este tipo de delitos y atenerse únicamente al análisis acerca de la posición que ocupa el sujeto con respecto al deber, si tiene o no obligación de cumplirlo, determinándose así si es coautor o partícipe[373].

---

[370] ROXIN, C. *Autoría y dominio ...,* Ob. cit., p. 414.
[371] PÉREZ ALONSO, E. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 7.
[372] CUELLO CONTRERAS, J. "Autoría y participación…", Ob. cit., pp. 41-42.
[373] ROXIN, C. *Autoría y dominio ...,* Ob. cit., p. 389.

También se han identificado los delitos especiales propios con los delitos de infracción del deber, como si fueran sinónimos, siendo autor el que infringe el deber y partícipe cualquiera que no deba cumplir con aquel, aun poseyendo el dominio del hecho[374]. Asimismo, se ha analizado si la separación que actualmente continúa existiendo entre los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios podría ser trasladada a los delitos de infracción del deber y la conclusión alcanzada por algún sector ha sido la de negar esta posibilidad, quiere decirse, el rechazo a la existencia de lo que serían los delitos de infracción de deber propios frente a los delitos de infracción de deber impropios, dado que el razonamiento en esta clase de tipos delictivos es más simple: o bien existe una lesión del deber y entonces la punibilidad del obligado se encuentra desde el principio fundamentada; o bien dicha lesión no existe y, en ese caso, no se trata de un delito de infracción de deber, sin que quepa establecer distintos grados de contenido de injusto[375].

En otras palabras, la punibilidad en estos delitos reside en la infracción del deber y el que el autor posea o no, asimismo, el dominio del hecho es irrelevante al caso, en vista de que solo importa si el deber se vulneró o no, lo que conlleva que no es posible apreciar un delito común paralelo a un delito de infracción de deber impropio[376]. Si el delito se configura como una infracción del deber, la distinción entre delitos especiales propios e impropios desaparecería. Lo único relevante sería averiguar si el autor vulneró o no el compromiso de actuar de una determinada forma, de cumplir con su deber. De este modo, no existiría un injusto de grado medio entre un delito de infracción de deber propio y los delitos comunes o de dominio del hecho que viniese a confirmar un delito de infracción de deber impropio, pues no sería admisible sostener la idea de que un delito de ese tipo supondría un injusto más débil que en el caso de los delitos de infracción de deber propios, de suerte que solo se analiza si ese deber se infringió o no, quiere decirse, si esa lesión se ha producido o no se ha producido[377].

Desde el punto de vista de la teoría de los delitos de infracción de deber, esta postura resulta totalmente coherente, al margen de que luego la existencia de tal categoría de delitos se defienda o se rechace. Actualmente, incluso la distinción entre delitos especiales propios e impropios carece de utilidad. Pero es que en el caso de los delitos de infracción de deber solo se trata de determinar si el deber se infringió o no se infringió, de tal manera que, en el primer caso, el obligado resulta castigado (siempre y cuando se cumplan los requisitos restantes de la teoría jurídica del delito) y, en el segundo, no se genera responsabilidad penal. No existe una categoría intermedia entre unos y otros.

En relación con el delito de sustracción de menores, se ha aludido a la dudosa fundamentación del contenido de injusto en la infracción de un deber específico del autor de protección del menor, en vista del amplio círculo de sujetos activos previstos en el último apartado del artículo 225 bis, pero sí que puede apreciarse un abuso de la posición de dominio fáctico por parte del sujeto activo[378].

---

[374] TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho Penal. Parte General,* Edisofer, Madrid, 2015, p. 513.
[375] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. "Delito de infracción del deber", *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (coord. MONTEALEGRE LYNETT, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 285.
[376] *Ibídem*, p. 286.
[377] *Ibídem*, p. 286.
[378] RUEDA MARTÍN, Mª A. *Delitos especiales de dominio…,* Ob. cit., p. 55.

Efectivamente, el sujeto activo abusa de su posición y lesiona el bien jurídico, dada la facilidad que le proporciona esa especial posición sobre el menor, pudiendo producirse la sustracción, que conllevará la vulneración de los derechos de la persona a la que correspondía estar con el menor en ese momento. Con todo, este extremo es más difícil de apreciar en el resto de sujetos activos de la conducta, el resto de parientes, pues ese deber tan fácilmente perceptible en el caso del padre, no se adapta igual en aquellos, que no están sometidos a los deberes propios de la patria potestad.

## 5. Los sujetos del delito

### *5.1 El sujeto activo del delito*

#### 5.1.1 El progenitor

El sujeto activo es la persona que realiza la conducta típica[379], lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido. A pesar de que la regulación penal actual establece como sujeto activo del delito de sustracción de menores a los progenitores del mismo (y algunos otros parientes), no siempre ha sido así, como se ha podido observar a través del estudio de dicha figura en los Códigos Penales anteriores. De acuerdo con la regulación tradicional, el sujeto activo era la persona que llevaba a cabo la sustracción del menor, el custodio del menor que no lo devolvía a sus padres o guardadores o no daba una explicación satisfactoria acerca de su paradero, o el inductor del menor de edad mayor de siete años a abandonar su hogar. Sin embargo, como se decía anteriormente, ya con ocasión de la regulación de la figura de sustracción de menores en el Código Penal de 1944 comienzan a surgir dudas acerca de si los padres del menor podían ser sujetos activos del delito.

En la actualidad, se ha producido una vuelta de tuerca, en tanto el delito de sustracción de menores se configura como un delito especial propio que solo el progenitor del menor puede llevar a cabo la conducta. Debe concurrir esa cualidad expresa de ser el padre o la madre o del menor (o los parientes mencionados en el apartado quinto del artículo 225 bis CP) para poder cometer este delito.

El tipo ha de ser exhaustivamente analizado para conocer quién puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores. El artículo 225 bis CP establece en su primer apartado lo siguiente: *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*

Este primer párrafo ya está indicando claramente la naturaleza de delito especial de la figura de sustracción de menores, al referirse única y exclusivamente al *progenitor.* En virtud de este primer apartado, solo quien sea progenitor del menor sustraído puede ser sujeto activo del mismo[380]. En consecuencia, dicha referencia al "progenitor" como sujeto activo de la conducta (aunque en el quinto apartado aumente el círculo de sujetos activos)

[379] Vid. por todos, ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 231.
[380] Misma opinión, CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 526.

conduce a que la primera tarea sea asentar qué se entiende por progenitor o, más concretamente, a qué se refiere el legislador con dicho término.

En primer lugar cabe decir que, para no caer en interpretaciones ilógicas, debe entenderse por progenitor tanto el padre como la madre, sin que quepa inferir que el hecho de que el legislador haga referencia a "progenitor" deja fuera a la madre como posible sujeto activo de esta conducta, al igual que claramente el sujeto pasivo no puede quedar concretado en un hijo varón solamente por la razón de que el legislador se refiere a "hijo menor" y no a "hijo o hija menor", pues "es claro que el masculino de la redacción típica no impide que la madre pueda ser sujeto activo de este delito"[381]. Y es que la redacción masculina se fundamenta en que el lenguaje castellano se caracteriza por el machismo en ese sentido, utilizando siempre por regla general el género masculino sin que por ello se tenga la intención de excluir a las mujeres.

Otro de los conflictos que encontramos con el término "progenitor" se relaciona con la interpretación de que los progenitores son solamente los ligados a los hijos por un vínculo biológico, pero no así por un vínculo jurídico, como serían los adoptivos, cosa que parece inadmisible en estos tiempos, debiendo entenderse que progenitores equivale a padres, con independencia del tipo de filiación existente. No obstante, el hecho de haberse aludido al "progenitor" como sujeto activo del delito ha hecho surgir una gran controversia, debido a la relación existente entre ese vocablo y la unión al hijo por un lazo puramente biológico.

Sin embargo, una correcta interpretación del tipo supone incluir no solo la filiación biológica, sino también la adoptiva. La Constitución es clara a la hora de otorgar protección a los hijos. Atrás quedaron los años en que solo quedaban protegidos los llamados "hijos legítimos", aquellos nacidos en el seno de un matrimonio, con la subsiguiente desprotección de los denominados "hijos bastardos". Superada tan anacrónica idea, la Constitución Española establece en su artículo 39.2 la protección integral de los hijos *con independencia de su filiación.* Por tanto, es indiferente si la filiación del niño es biológica o adoptiva, matrimonial o extramatrimonial, antes al contrario, será protegido en cualquier supuesto.

Indudablemente, el legislador se quería referir al padre o a la madre, pero utilizó el término progenitor para englobar a ambos, sin que pueda interpretarse que los niños adoptados o provenientes de fecundación queden fuera de la protección penal. Así lo entiende, asimismo, la doctrina, que apunta a que una interpretación del tipo en el sentido más genuino dejaría fuera del tipo los casos cometidos por padres adoptivos, al no presentar esa relación biológica a la que se alude con dicho término, por lo que "habría que interpretar el precepto de acuerdo con su finalidad de protección del derecho de los hijos a mantener contacto con los dos titulares de la patria potestad, y dar un sentido amplio, y en cierta medida impropio, al vocablo progenitor", proponiendo un cambio de vocablo de *lege ferenda*[382].

Así las cosas, algunos autores consideran que la palabra "progenitor" no es adecuada, dado que su significado implica un parentesco por consanguinidad. A pesar de que está fuera de toda duda que cualquier menor que haya sido sustraído por el padre o la madre va a recibir una inmediata protección penal, con independencia de la filiación, lo cierto

[381] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 93.
[382] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1816.

es que se ha alegado que, si se interpretase el término "progenitor" en sentido técnico, deberían quedar fuera del tipo los supuestos de sustracción en casos de niños adoptados o procedentes de fecundación con donantes anónimos, precisamente por esta connotación biológica atribuida al término "progenitor"[383].

Aun cuando no parece realmente que el legislador haya cometido un error terminológico, dado que el Diccionario de la Real Academia Española, define la palabra progenitor, si bien en su tercera acepción, como "*el padre y la madre"* y que debe concluirse que el delito de sustracción de menores puede perpetrarse cuando el hijo menor de edad es un hijo biológico, pero también cuando es adoptado o concebido mediante inseminación artificial, siempre y cuando el sustractor sea el padre o la madre, lo cierto es que la redacción no es la más acertada porque la palabra "progenitor" está dotada de un vínculo biológico que puede perfectamente no existir entre el sustractor y el sustraído, lo que acontecerá si el padre o la madre son adoptivos. Por este motivo, ha de secundarse la idea de que de *lege ferenda*, el legislador debe cambiar el término por la expresión "el padre o la madre", expresión que refleja de manera más que óptima la idea que aquel persigue. O directamente podría optar por la fórmula "el que sin causa justificada sustraiga a su hijo menor", sin distinciones de ningún tipo que puedan inducir a confusión o llevar a equívocos[384]. Por consiguiente, cada vez que se utilice el término "progenitor", se hará siempre referencia al padre o a la madre, en el sentido utilizado por el legislador, con independencia del tipo de filiación de que se trate, pues en ningún momento el tipo queda restringido a la filiación biológica[385].

Problemáticos pueden ser los supuestos en que el tipo no se cumple, pese a producirse la conducta típica pues, como señala la doctrina, en un caso de filiación no matrimonial en la que no conste la relación paterno-filial con el menor, por alguna de las vías legales, dicha relación tampoco existirá en términos jurídicos, lo que se traduce en una inexistencia tanto de patria potestad como de derecho custodia[386]. Se eliminaría el delito de sustracción de menores en el caso en que el progenitor sustrajera al hijo con respecto al cual no existe relación paterno-filial en términos jurídicos y este fuese elegido al azar y no por ser el hijo, en cuyo caso la conducta integraría más bien un delito de detención ilegal o de secuestro. En otras palabras, sería detención ilegal o secuestro el caso de la persona que detiene o encierra sin saber que el sujeto pasivo es biológicamente hijo suyo[387].

La doctrina también aboga por no admitir distinciones entre padres biológicos y adoptivos: "Progenitor es el pariente en línea recta ascendente, y ascendiente en el sentido del Código Penal se puede ser tanto por naturaleza como por adopción, de forma que si el precepto no distingue *nec nos distinguere debemus;* y mucho menos para alcanzar

---

[383] Para mayor profundidad sobre la diferencia entre la paternidad biológica y la jurídica, véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid, 1997.

[384] De la misma opinión, TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…"*,* Ob. cit., p. 1816 y STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…"*,* Ob. cit., p. 3.

[385] De la misma opinión, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., pp. 44-45.

[386] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E., "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., pp. 1816-1817.

[387] Asimismo, han de aplicarse estos tipos con máxima cautela, dado que el verbo típico de la conducta de detención ilegal y de secuestro es encerrar o detener, lo cual dista en gran medida de la sustracción de menores, que en ningún momento debe implicar un encierro o una detención, por lo que eventualmente sería posible establecer un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas si concurren en el mismo supuesto, al no solaparse debido a que cada una protege un bien jurídico distinto.

conclusiones profundamente insatisfactorias y dudosamente admisibles en clave constitucional. [...] Los ascendientes por naturaleza o adopción, en filiación matrimonial o extramatrimonial, entrarán, pues, en el ámbito típico"[388]; "por progenitor habrá que entender a los padres biológicos o por naturaleza, matrimonial o no, así como a los padres por adopción, siempre que no sean los titulares de la guarda material de su hijo menor, siendo irrelevante que la tengan encomendada temporalmente"[389].

Quiere decirse que el tipo de sustracción de menores está creado para regular una situación muy concreta, a saber, una sustracción por parte de un familiar hacia un familiar, lo que implica algo más que un vínculo meramente biológico. La naturaleza del precepto hace pensar que entre el sustractor y el sustraído debe existir un vínculo afectivo y, sobre todo, jurídico, y es ahí donde reside la nota fundamental del precepto.

En el caso de que los padres biológicos sustrajesen al menor de edad dado en adopción, la conducta ya no debería englobarse en el tipo penal de sustracción de menores, sino en los delitos contra la libertad, ya sea en la modalidad de detención ilegal o de secuestro, dependiendo de si existe o no exigencia de una condición para proceder a la restitución[390]. En el momento en que los padres biológicos sustraen al niño de los padres adoptivos, se produce la salida de la esfera familiar, ya no se está en presencia de una conducta cometida por un familiar contra otro familiar, sino que se abandona la órbita de las relaciones familiares para pasar al terreno de la libertad ambulatoria. Roto todo vínculo jurídico existente entre sustractor y sustraído, la conducta no puede ser constitutiva de un delito de sustracción de menores simplemente debido a la subsistencia del vínculo puramente biológico. Esta idea se desarrollará más adelante.

El delito puede ser cometido por ambos progenitores, tanto en la modalidad de traslado como en la modalidad de retención, dado que en la primera modalidad se exige el consentimiento del otro progenitor mientras que en la segunda solo se hace referencia a la retención que suponga un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Por tanto, ambos progenitores pueden actuar como sujetos activos del delito. Sin embargo, esto constituye una reciente novedad del tipo penal, por cuanto esta parte de los sujetos es precisamente la que ha sido modificada con la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que incluye una reforma del delito de sustracción de menores, fundamentalmente de la modalidad de traslado.

Frente a la anterior redacción, que se se refería al *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,* lo cual abrió el debate acerca de si el progenitor custodio podía cometer la conducta típica, siendo rechazada tal idea por la doctrina y Jurisprudencia mayoritarias, lo cierto es que con la nueva descripción típica ese debate desaparece, por cuanto el precepto ahora alude al *traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*

[388] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…"*,* Ob. cit., p. 94.
[389] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 292.
[390] En el mismo sentido LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…"*,* Ob. cit., p. 43.

Como puede apreciarse, se ha producido un cambio significativo, pues ya no se distingue si el consentimiento debe provenir del progenitor conviviente o custodio, sino del otro progenitor, con independencia del modo en el que ejercite la responsabilidad parental. Esta reforma ha de valorarse positivamente debido a los problemas de interpretación que suscitaba la anterior. Así, en la modalidad de traslado, el sujeto activo solo podía ser el progenitor que no tenía atribuida la guarda y custodia (lo cual incluía a ambos si aún no existía resolución a tal efecto), por lo que sujeto pasivo solo podía ser el progenitor custodio o quien en ese momento tuviera adjudicada la guarda y custodia del menor (abuelos, familiares, una institución, etc.).

No obstante, esta idea había de ser matizada, poniéndose de manifiesto el error de redacción en el que había incurrido el legislador, que condujo a resultados poco satisfactorios. La sustracción por medio del traslado del menor había de verificarse sin el consentimiento del progenitor con quien convivía habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales se les había confiado la guarda o custodia. Ello suponía la apertura de un gran abanico de posibilidades. Si el menor convivía con ambos progenitores habitualmente, cualquiera de los dos podía llevar a cabo la sustracción. Esta sería la situación en que un miembro de una pareja que no está pasando por un buen momento decide abandonar el domicilio familiar en compañía de los hijos menores, trasladándose a otra ciudad o país sin consultar ni informar al otro progenitor. En estos casos, cabía interpretar que el menor convivía habitualmente con uno y con otro, por lo que una decisión en tal sentido implicaba la aparición del tipo penal, toda vez que el traslado debía ser autorizado por quien convivía habitualmente con el menor y convivían los dos, luego ninguno de ellos podía realizar la conducta impunemente. Por consiguiente, existía sustracción si alguno de los padres decidía trasladar al menor cuando aún no concurriera resolución judicial alguna al respecto de lo que acontecía con la guarda y custodia del niño porque se entendía que ambos estaban ejerciendo esa custodia conjuntamente mientras no se dictaminase lo contrario. La conducta de sustracción de menores era típica desde el mismo momento en que cesaba la convivencia entre la pareja si uno de los miembros se llevaba al menor de la residencia habitual sin haber dado al otro progenitor la oportunidad de interponer las oportunas acciones legales[391].

En sentido contrario, la Jurisprudencia se mantuvo reacia a admitir este criterio, toda vez que interpretaba el precepto de sustracción de menores como inaplicable a los casos de parejas sin resolución de separación o divorcio, entendiendo que ambos estaban facultados para realizar el traslado, entretanto se decidía judicialmente a quién se le atribuía la guarda y custodia del menor, hasta que en 2016, la Audiencia Nacional dictó una Sentencia[392] indicando que esta orientación no era correcta, pudiendo incurrir en el tipo cualquiera de los progenitores que, de repente, decidía trasladarse con el menor, antes de que existiera una resolución judicial de separación o divorcio o de guarda y custodia, si bien algunos juzgados y tribunales seguían manteniéndose reticentes a aplicar el tipo en estos supuestos, como se verá con mayor detalle un poco más abajo.

Ahora bien, podía ocurrir también que existiera una resolución judicial tras la separación o el divorcio que adjudicara una custodia compartida para que ambos progenitores ejercieran de la misma forma la patria potestad. En este caso, cabía entender, o bien que el menor convive habitualmente con los dos, o que no convive habitualmente con ninguno. Realmente la custodia compartida supone una convivencia habitual con

[391] CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. "Contribución de Derecho…", Ob. cit., p. 44.
[392] Se trata de la SAN 10/2016, de 15 de marzo.

ambos padres, de ahí la importancia de la misma en estos tiempos en los que aquellos deben involucrarse en la misma medida en el cuidado del menor. Pero es que, además, la custodia compartida supone un otorgamiento de la guarda y custodia a los dos progenitores, lo que expresaba que ninguno podía trasladar al menor sin el consentimiento del otro, pues se requería la autorización del custodio. En cualquier caso, comoquiera que la custodia compartida funciona de manera que cada progenitor puede disfrutar del menor en tiempos alternados, en el momento en que no se entregase al niño en la fecha estipulada, ya se pasaría a la modalidad de retención, por lo que, de una u otra forma, este tipo de supuestos siempre podían ser castigados.

En tercer lugar, como el tipo se refería al consentimiento de una persona que convivía habitualmente con el menor, si el progenitor que ejecutaba el traslado no convivía con el menor, aunque no existiera ninguna resolución judicial, la conducta entraba en el tipo porque aquel se había efectuado sin el consentimiento de quien convivía con el niño de manera habitual. Esto suponía la posibilidad de aplicación del tipo también en el caso de una pareja separada de hecho, sin resolución judicial al respecto, en la que uno de ellos ejerciera la guarda y custodia de hecho porque no se contaba con el consentimiento preciso. En otras palabras, si una persona llevaba ejerciendo de hecho la custodia de los hijos durante un periodo de tiempo y, posteriormente, el otro progenitor los trasladaba sin el consentimiento de aquella, la ausencia de una resolución judicial que determinase expresamente a quién correspondía la custodia no constituía obstáculo para aplicar el tipo, toda vez que este no lo exigía[393].

Por tanto, la conclusión era la siguiente: si el menor vivía habitualmente con los padres, ninguno de ellos podía trasladarlo sin el consentimiento del otro, de lo contrario, la conducta era típica; en caso de custodia compartida, se entendía que ambos gozaban de esa custodia y ninguno podía trasladar al niño sin el consentimiento del otro; en caso de no existir ninguna resolución judicial, si uno de los dos convivía habitualmente con el menor, el otro no podía trasladar al menor sin desplegar responsabilidad penal. Y todos estos casos eran correctamente ubicados en el tipo.

Ahora bien, lo que ocurría es que del tipo se derivaba una última conclusión que no terminaba de guardar coherencia con el resto del Ordenamiento jurídico. Se ha afirmado que, si no existía resolución judicial y ambos progenitores convivían con el menor, en el caso de que uno de ellos lo trasladase sin consentimiento del otro, la conducta era típica[394]. Ahora bien, si se había atribuido la guarda y custodia a uno de ellos, entonces este último sí podía trasladar al niño sin que existiese responsabilidad penal y ello porque el tipo preveía un consentimiento que otorgaba el custodio, por lo que este último (entiéndase, el que dispone de una resolución que le atribuye la guarda y custodia en exclusiva) no podía configurarse como sujeto activo.

Este resultado resultaba insatisfactorio porque la guarda y custodia no integra el derecho a decidir acerca del lugar en el que vive el menor, eso es una decisión que se ha de tomar conjuntamente por parte de quien ejerce la patria potestad. La guarda y custodia solo permite tomar decisiones acerca de las cuestiones cotidianas del menor, pero no respecto a temas más importantes, que han de ser debatidos por ambos padres si ambos

[393] Así también, TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E., si bien esta autora piensa que en la práctica aplicativa del precepto sería conveniente exigir esa resolución judicial. En "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1818.
[394] En el mismo sentido, ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p. 442.

ejercen la patria potestad[395]. En definitiva, el hecho de que el traslado requiriese el consentimiento únicamente del custodio, parecía otorgarle un incomprensible margen de maniobra solo por ser custodio, olvidándose del otro ejerciente de la patria potestad, que veía vulnerado su derecho de decisión desde el momento en que el Código facultaba al custodio para trasladar al menor adonde quisiera y sin necesidad de consentimiento o información alguna.

Es por ello que resultaba necesaria la modificación de esta parte del tipo, al entenderse que esto perjudicaba al menor y al progenitor no custodio, toda vez que contradecía los dictados del Código Civil, de la Fiscalía General del Estado y de los instrumentos internacionales, que siguen esta misma línea. Una de las posibles formas de arreglar este error era simplemente la adición de una aclaración en la que se indicara que el derecho de custodia engloba el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, de acuerdo con la interpretación de la legislación internacional. Así, aunque uno de los progenitores no ejerza la guarda y custodia, sino solamente un régimen de comunicación, se entendería que posee ese derecho de custodia a efectos de la sustracción cuando tenga derecho a decidir el lugar de residencia del menor, quiere decirse, cuando mantenga el ejercicio de la patria potestad. En caso contrario, es decir, si tampoco mantiene el ejercicio, el custodio podrá decidir de forma unilateral el lugar de residencia del menor.

La solución del legislador, también factible, aunque conflictiva, como se verá más tarde, ha sido la de eliminar la exigencia de que el consentimiento provenga del progenitor conviviente, dando entrada a la tipicidad de la conducta con independencia del ejercicio concreto de la responsabilidad parental. Así, la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de 4 de junio, establece: *Se modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias.*

Por cuanto concierne a la modalidad de retención, el sujeto activo puede ser tanto el progenitor no custodio que, aprovechando el régimen de visitas, retiene al menor y no lo devuelve, con la consiguiente determinación del otro progenitor como sujeto pasivo; como el progenitor custodio que retiene al menor para impedir el disfrute del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, en cuyo caso sería este último el sujeto pasivo de la conducta[396].

Con todo, pueden encontrarse autores que se oponían a esta idea (o al menos lo hacían antes de la reciente reforma)[397] , defendiendo que el padre custodio debía ser excluido como sujeto activo del delito por varias razones: porque un mismo ataque al bien jurídico recibiría un tratamiento diverso, al poder entrar solo en la modalidad de retención y porque el incumplimiento del régimen de visitas no reviste la misma gravedad que privar a otro de la guarda y custodia, pues la relación con los progenitores es solo uno de los aspectos en los que se traduce el interés del menor, mientras que la privación de la

[395] La Circular de la Fiscalía número 6/2015 también se pronuncia en ese sentido de separar la guarda y custodia del derecho a decidir acerca del lugar de residencia del menor, de manera que el que ejerce la guarda y custodia no dispone de un derecho absoluto sobre el menor, esa decisión corresponde a los ejercientes de la patria potestad, que normalmente son ambos progenitores, con independencia de que dicho ejercicio se traduzca en la guarda y custodia o en un régimen de comunicación.

[396] De la misma opinión, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 3 y CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 524.

[397] Así, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 60.

custodia pondría en riesgo el complejo de aspectos que pueden integrarse en dicho interés[398].

Aun reconociendo que la infracción del derecho de custodia puede acarrear consecuencias más perjudiciales que la infracción del derecho de visita toda vez que provoca una mayor inestabilidad en el menor, la ruptura del vínculo entre el menor y uno de los padres por parte del otro es algo grave que debe protegerse con independencia de los derechos que posea el que provoca tal ruptura (guarda y custodia o régimen de visitas). Luego nada obsta para limitar la naturaleza de los derechos del sujeto activo, pudiendo ser tanto el custodio como el no custodio. Los derechos de ambos deben protegerse por igual, como coejercientes de la patria potestad y son precisamente esos derechos los que se tratan de proteger con el delito objeto de estudio.

Este conflicto acerca de si el progenitor custodio podía o no ser sujeto activo del delito de sustracción de menores era de vital importancia, dadas las consecuencias que de ello podían derivarse. Por regla general, en la práctica, el criterio jurisprudencial era el de excluir a quien detenta la custodia de la posibilidad de ser sujeto activo de esta modalidad delictiva. En el mismo sentido se pronunciaba gran parte de la doctrina, considerando que solo quien no tiene asignada la custodia de los hijos puede cometer el tipo delictivo[399].

Entre otros argumentos se referían a la Exposición de Motivos redactada con ocasión de la Ley Orgánica 9/2002[400], que alude a la comisión de la conducta por parte de un progenitor cuando el otro es el que dispone de la guarda y custodia. Realmente la Exposición de Motivos presenta rasgos de confusión en consonancia con el resto del articulado, pues parece estar afirmando que el delito había sido acuñado precisamente para luchar contra una conducta que afectaba a los derechos de la persona que detenta la custodia, luego esta no podría ser sujeto activo del delito. Sin embargo, esta parte de la Exposición de Motivos también podría interpretarse en el sentido de que el hecho de que se haya atribuido la custodia del menor a alguna persona o institución es un requisito previo para la comisión del delito y, como podrá comprobarse durante el análisis de la conducta típica, no llega a exigirse resolución judicial o administrativa en la modalidad de traslado (y con acierto), pudiendo concluirse que la Exposición de Motivos no se adapta bien a la posterior descripción típica, salvo que se entienda que es meramente ejemplificativa, quiere decirse, que se trata de otorgar una respuesta penal y clara fundamentalmente a aquellos casos en que se dispone de una resolución judicial o administrativa que especifique cómo se ejercería la patria potestad y la guarda y custodia del menor en cuestión, que era precisamente el prototipo de caso en el momento de la tipificación de la figura, de ahí las consecuencias de legislar a golpe de caso.

Este mismo pensamiento ha sido recientemente reflejado por el propio Tribunal Supremo[401], que afirma que la Exposición de Motivos, en lugar de clarificar, dificultó la interpretación de la norma, dado que, si bien es cierto que su tipificación responde a la necesidad de un tipo específico para evitar que dichas conductas persistieran siendo

[398] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 11.
[399] Vid. por todos, OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., p. 419.
[400] La Exposición de Motivos se expresa en los siguientes términos: "*En aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara".*
[401] STS 339/2021, de 23 de abril.

tratadas como un delito de desobediencia, esto solo es predicable para los casos en que exista una resolución judicial o administrativa, mientras que todavía existen otros comportamientos que integran sustracciones parentales que no podían integrar un delito de desobediencia porque la custodia provenía por atribución legal, sin existencia de una resolución al respecto. De esta forma, el Alto Tribunal acaba concluyendo que la Exposición fue incorporada *ex post* por quien no había intervenido en la redacción de las conductas típicas, pues solo atiende a la segunda de las modalidades delictivas, quiere decirse, a la retención.

Otro argumento que permitía indicar que la intención del legislador era la de incluir tanto al progenitor custodio como al no custodio entre los posibles sujetos activos. Si se revisa el proceso de elaboración de la Ley Orgánica que determinó el nacimiento del delito de sustracción de menores, puede apreciarse que uno de los textos propuestos, que no fue el que finalmente vio la luz, al establecer el concepto de "sustracción", reza lo siguiente:

*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 de presentarlo al progenitor con quien conviva habitualmente o a las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.***

Esto implica que, en un primer momento, se pensó que ambas modalidades (traslado y retención) solo podían ser ejecutadas por parte de quien no detentara la custodia del menor, pues el traslado debía realizarse sin el consentimiento de la persona o institución con quien conviviera este habitualmente y la retención consistía en el incumplimiento del deber específico de devolver al menor a tal persona o institución recogido expresamente en una resolución judicial o administrativa.

Empero, pese a que el texto definitivo respetó la exigencia de que el traslado se cometiera sin el consentimiento de la persona con la que el menor convivía habitualmente o de la institución encargada de su custodia, el legislador optó por mantener en la modalidad de retención la exigencia de que la misma supusiese un incumplimiento grave del deber establecido en una resolución judicial o administrativa pero eliminando, al mismo tiempo, la condición de que ese deber consistiera en la presentación del menor ante la persona o institución encargada de su custodia, supresión que lleva a pensar que hubo un cambio en la opinión del legislador que, finalmente, se decidió a no incluir esa parte para poder dar cabida al incumplimiento de otro tipo de deberes, entre ellos, el deber al que está obligado el progenitor custodio consistente en permitir el cumplimiento del régimen de visitas establecido en favor del no custodio. De hecho, era posible incluso encontrar la opinión acerca de que la modalidad de traslado parecía pensada para el progenitor no custodio, mientras que la de retención parecía creada precisamente para esos supuestos en los que el custodio impide que el otro pueda disfrutar del régimen de visitas[402].

[402] ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p. 443.

Desde otras posiciones y como forma de otorgar respuesta a estos supuestos en los que el progenitor custodio impide el desarrollo del régimen de visitas, se ha propuesto la aplicación del artículo 223 CP[403]. Con todo, esta opinión no es unánime y también existe quien se inclina por dejar fuera del artículo 223 CP precisamente esos casos en los que el progenitor custodio impide el ejercicio del derecho de visitas por parte del no custodio[404]. Esta segunda opción es la acertada dado que el artículo 223 CP está pensado justamente para el caso de que los padres sean los sujetos pasivos del delito, en vista de que es otra persona, ajena a ese estrecho núcleo familiar, la que está en posesión del menor y no lo presenta ante ellos. La redacción del tipo no se presta a incluir este tipo de supuestos en el precepto, todo lo contrario, se refiere a otra tercera persona distinta del padre o de la madre. El hecho de introducir el comportamiento del custodio que no permite el régimen de visitas en el artículo 223 resulta forzado e incoherente, teniendo una mayor cabida en el tipo de sustracción de menores.

Por otro lado, existen indicios que demuestran que, cuando el legislador desea tipificar, en el seno de las relaciones familiares, una conducta en la que el sujeto activo deba ser forzosa y únicamente el progenitor no custodio, lo indica de forma expresa. No solamente en el delito de sustracción de menores quedaba así establecido en lo que respecta a la modalidad de traslado, sino que también el tipo recogido en el artículo 224 CP castiga solamente al progenitor que induzca al hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido, sin abarcar la conducta de que sea precisamente el progenitor custodio el que induzca al hijo menor de edad a vulnerar el régimen de visitas establecido en una resolución judicial o administrativa. A pesar de que el tipo mencionado se encuentra en el seno de un delito creado para sancionar la conducta de inducir a un menor al abandono del hogar familiar o del lugar de residencia, nada habría obstado a incluir un tercer párrafo que castigara al custodio que indujera al menor al incumplimiento del régimen de visitas, pero no ha sido esa la intención del legislador. En otras palabras, cuando el legislador quiere dejar fuera del círculo de sujetos activos potenciales al custodio así lo indica. *A sensu contrario,* a falta de una alusión expresa en tal sentido, debe entenderse que cualquiera de los progenitores puede cometer la conducta típica, con independencia de la posición otorgada por la pertinente resolución judicial o administrativa (custodio o no custodio).

En otro orden de cosas y como argumento final a la hipótesis de que el progenitor custodio podía ser el sujeto activo de la conducta, se dirá que el bien jurídico protegido por la misma así lo indica. No terminaría de protegerse el bien jurídico eficazmente de no dar entrada al conjunto de acciones que pueden lesionarlo y ello pasa por proteger de igual manera los derechos de ambos padres. Finalmente, la prueba de que la modalidad de retención podía aplicarse tanto al progenitor custodio como al no custodio viene de la mano de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que solo ha modificado la modalidad de traslado, pero no la de retención, siendo que el objetivo de la nueva redacción no es otro que el de permitir que ambos progenitores se configuren como los sujetos activos del delito. Si esto es así, si la intención de la reforma es, como bien señala la Exposición de Motivos, permitir que cualquiera de los padres pueda ser sujeto activo del delito de sustracción de menores y, sin embargo, la modalidad de retención no ha

[403]ARMENDÁRIZ LEÓN, C. - MIRAT HERNÁNDEZ, P. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. 4, 1ª ed., Pamplona, 2011, p. 1107.
[404] MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 315 y QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 416.

sufrido variaciones[405], es porque se da por hecho que en esa modalidad el custodio ya está incluido, de forma que la propia reforma se presenta como un respaldo más de la posición defendida acerca de que el custodio puede (y podía con la redacción anterior) cometer también el delito en la modalidad de retención.

En conclusión, ambos progenitores, detenten o no la custodia, podían ser sujetos activos de un delito de sustracción de menores, si bien es cierto que la modalidad de traslado solo podía ser llevada a cabo por el no custodio (siempre que la custodia hubiese sido designada a través de resolución judicial), pues así venía establecido de manera expresa en el tipo penal. Por lo que respecta a la modalidad de retención, cualquiera de ellos puede cometer el tipo si incumplen gravemente lo previsto en una concreta resolución judicial o administrativa. Sin embargo, como se ha observado, la doctrina dominante estimaba que solo el progenitor no custodio era quien puede perpetrar el tipo, incluyendo únicamente a aquellos progenitores que disfrutasen de un régimen de visitas o de custodia compartida[406].

Por cuanto concierne a la Jurisprudencia, el criterio jurisprudencial distaba mucho de lo que aquí se defiende porque interpretaba que el sujeto activo de la conducta debía ser forzosamente quien no tenía atribuida la custodia del menor, exigiendo frecuentemente que el sustractor fuese quien no poseyese la custodia, como establece la Audiencia Provincial de Madrid[407], siguiendo la posición doctrinal mayoritaria. En línea parecida, la Audiencia Provincial de Barcelona también se manifiestaba en el sentido de que el sujeto activo solo podía serlo quien no tenía legalmente atribuida la custodia del menor, por lo que rechazaba la existencia de delito en un caso en el que la madre abandona el hogar en compañía del hijo, puesto que en aquel momento también a ella correspondía tal custodia[408]; y prácticamente en el mismo sentido se pronunciaba el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla número 144/2004, de 17 de marzo, al considerar de imposible aplicación el delito tipificado en el artículo 225 bis CP ante un caso de un progenitor que había denunciado a la esposa por no haber cumplido el régimen de visitas estipulado en vía civil en relación a la hija que tenían en común, sin perjuicio de que tal conducta pudiera presentar relevancia penal a la luz de otros preceptos[409], siendo que dicha Audiencia se ha expresado en más ocasiones adoptando la misma postura, si bien

---

[405] Solo se modifica "menor" por "persona menor de edad".

[406] MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos…,* Ob. cit., p. 864.

[407] Según el AAP Madrid núm. 302/2004 de 17 de junio: *La interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal.* En el mismo sentido se pronuncia la SAP Madrid núm. 203/2007, de 8 de junio; y el AAP Madrid núm. 344/2008, de 6 de noviembre.

[408] AAP Barcelona, núm. 630/2009, de 12 de noviembre.

[409] Indica el AAP Sevilla núm. 144/2004, de 17 de marzo, que *tiene razón tanto el juez instructor como el Ministerio Fiscal en que no puede considerarse aplicable el art. 225 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, a la conducta denunciada, de mero incumplimiento del régimen de visitas establecido, por cuanto lo que sanciona este precepto no es tal incumplimiento por parte de quien tiene atribuida la custodia del menor, sino precisamente su retención por aquél a quien no le corresponde su guarda.*

en términos no del todo respetuosos en relación a aquellos que no la compartíamos, tachándonos de "comentaristas apresurados"[410].

Por tanto, la Jurisprudencia requería una serie de elementos claros (cabe pensar que con la reciente reforma dichos requisitos cambiarán), ninguno de los cuales se compartían por los motivos esgrimidos anteriormente: el delito había de producirse en aquellos supuestos en que el menor era sustraído del que lo tenía bajo su custodia (no tenía por qué ser un progenitor, podía ser también una tercera persona o incluso una institución); dicha situación había debido ser establecida en virtud de una resolución judicial o administrativa; y la conducta consistía en trasladar al menor del lugar de residencia o no devolverlo cuando debía hacerlo.

La postura de la autoridad judicial con respecto a que el custodio no podía ser sujeto activo del delito de sustracción de menores ha sido plasmada en múltiples resoluciones judiciales, contradiciendo así la tesis de la Jurisprudencia de otros países del entorno, como es el caso de la alemana, que entiende desde finales del siglo XIX que el secuestro de niños (regulado en el parágrafo 235 StGB) se puede cometer incluso en casos de patria potestad común si uno de los progenitores actúa en contra de los intereses del otro[411].

Ahora bien, lo que está claro es que resultaba acertado el criterio doctrinal y jurisprudencial que pasaba por estimar que el custodio no podía cometer el delito de sustracción de menores en la modalidad de traslado y ello porque el tipo se refería expresamente a que el traslado había de producirse sin el consentimiento del progenitor

---

[410] En concreto, la argumentación, que ha sido reiterada en otras resoluciones, como en el AAP Gerona núm. 440/2007, de 21 de noviembre; la SAP Madrid núm. 305/2007, de 3 de septiembre; el AAP Sevilla núm. 43/2005, de 26 de enero; o en la SAP Tarragona núm. 285/2004, de 19 de junio, indica: *La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002 ratifica desde el punto de vista teleológico la interpretación anterior, en cuanto afirma que el propósito de la nueva Ley es tipificar la conducta de sustracción o de negativa de restituir al menor en los supuestos en que quien la realiza es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o a alguna persona o institución; ratificando así que el sujeto activo de las conductas típicas introducidas por la nueva normativa solo puede ser el progenitor apartado de la custodia, y no quien ostenta ésta. Ciertamente, alguna comentarista apresurada de la reforma ha observado que una de las conductas que se consideran ex lege como sustracción del hijo menor en el apartado 2 del nuevo artículo 225 bis, y en concreto la segunda, consistente en la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa, puede en sus términos literales ser cometida tanto por el progenitor titular de la custodia como por el apartado de ella; de manera que de esta observación se seguiría, conforme a la subsidiariedad expresa establecida en el artículo 622, que podría ser sujeto activo de la falta el progenitor que impide al otro de forma más o menos puntual y aislada la comunicación con el hijo común, pues tal conducta integraría una retención del mismo sin llegar a constituir un incumplimiento grave de la resolución judicial. Sin embargo, la tesis expuesta olvida que el apartado 2 del artículo 225 bis se encabeza con la especificación de que a los efectos de este artículo se consideran sustracción las dos conductas que a continuación se enumeran; de suerte que el referido apartado 2 no puede entenderse aislado como un subtipo autónomo, sino como concreción o interpretación auténtica de los apartados restantes, y en especial del primero, cuyo sujeto activo solo puede ser el progenitor que carece de la potestad de custodia del menor, no solo por lo que resulta de la dicción ya mencionada de la Exposición de Motivos de la reforma, sino también porque así lo demuestra una interpretación intrasistemática del propio artículo, dado que los apartados 3 y 4, al establecer un subtipo agravado, otro atenuado y una excusa absolutoria, contienen expresiones que solo 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 tenia previamente consigo al menor sustraído, pues de otro modo no tendría sentido gramatical hablar de devolución o restitución.*

[411] CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. "Contribución de Derecho…", Ob. cit., p. 40.

o la persona o institución encargada de la custodia del menor, por lo que se considera acertado el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando negaba que el traslado efectuado por el custodio pudiera integrar la figura delictiva que aquí se estudia[412].

Por tanto, cabe concluir que el tipo de sustracción de menores podía ser realizado por quien no poseía la custodia exclusiva en el caso del traslado y por el custodio o no custodio en el supuesto de retención[413]. Incluso, pueden encontrarse supuestos en que la conducta la realizan ambos progenitores conjuntamente[414].

Esta realidad ha cambiado gracias a la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que, como se explicaba, introduce una modificación del delito de sustracción de menores en el sentido de que el sujeto activo del tipo pueda ser tanto el conviviente habitual del menor como el que disfruta de un régimen de estancia. Esta modificación ha sido clave para integrar a cualquiera de los padres dentro del círculo de sujetos activos. La lógica indica que probablemente existirá un aumento potencial de los casos de sustracción, al tener que considerarse típicos los realizados por cualquiera de los progenitores, si bien esta realidad aún no es contrastable dada la escasa vigencia de la nueva descripción típica, sin que pueda encontrarse todavía Jurisprudencia al respecto. Debido a que esta modificación se orienta completamente en la línea defendida en el presente trabajo, quiere decirse, la posibilidad de aplicar el tipo en todos los casos expuestos y contradiciendo las líneas doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias, se valora muy positivamente, eliminándose por fin la discriminación hacia el padre no custodio, si bien es cierto que se debe apreciar como erróneo el hecho de no haber incluido tampoco en esta reforma a las personas mayores de edad en situación de patria potestad prorrogada.

### 5.1.2 Los progenitores suspendidos o privados de la patria potestad

Cuando se produce la privación de la patria potestad desaparece el vínculo jurídico existente hasta ese momento entre padre e hijo y en este caso podría discutirse si la figura de sustracción de menores es o no de aplicación, en tanto ya solamente subsistiría un vínculo puramente biológico, por cuanto el vínculo jurídico habría desaparecido. Si los progenitores están privados de la patria potestad, la conducta física de sustracción no podría enmarcarse dentro el artículo 225 bis, debería ser reconducida a los tipos de detención ilegal o secuestro.

Sin embargo, en aquellos casos en los que los padres se ven suspendidos de la patria potestad, el vínculo jurídico se mantiene, aunque ahora sea la Administración la encargada de la custodia de los menores hasta que se tome una decisión definitiva respecto al futuro de los niños implicados. Comoquiera que la suspensión no implica la

---

[412] Así, el AAP Barcelona núm. 337/2005, de 22 de junio, establece: *No se cuestiona en momento alguno por la parte apelante que el traslado del hijo común de su lugar de residencia a otro se hubiese producido cuando el mismo convivía con su madre, de modo que tal acción en opinión del tribunal no tendría encaje en el art. 225 bis 1 y 2. 1° del Código Penal. La acción típica en el mismo descrita consiste en el traslado del menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, razón por la cual no será subsumible en el citado precepto la actuación desplegada por la madre al trasladarse a otra localidad con el hijo que con ella convivía. Solo podrá cometer el delito el progenitor con quien no conviva habitualmente si el traslado lo hace sin el consentimiento del otro con quien se da tal convivencia habitual.*

[413] De la misma opinión, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 49.

[414] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 93.

finalización de las relaciones entre padres e hijos y, en consecuencia, los menores pueden seguir viéndose con sus padres, cabe pensar en la posible existencia de un delito de sustracción de menores si los padres (conjuntamente, uno con el consentimiento del otro o uno solo) aprovecha alguna de esas visitas para arrebatárselo a la Administración, bien sea trasladándolo del lugar de residencia sin consentimiento del custodio (el órgano público competente a tal efecto) o reteniéndolo e incumpliendo la resolución que probablemente existirá en relación con la suspensión de la patria potestad y el régimen de visitas al que se encuentran sometidos los progenitores.

Como apunta la doctrina, "la suspensión de la patria potestad supone, en primer lugar, la subsistencia del derecho de los padres a relacionarse con el menor (art.160 CC), y consecuentemente el riesgo de sustracción parental"[415].

Ciertamente, la redacción del tipo da pie a la posibilidad de que ambos progenitores sustraigan de manera conjunta al menor. Esto acontecería en el supuesto de que los mismos hayan sido privados de la guarda y custodia del menor en favor de un tercero o una institución pública destinada a tales fines. Aunque nada obsta a que sea alguno de los dos el que de manera unilateral verifique la conducta, también podría ocurrir que ambos se pusieran de acuerdo para llevar a cabo la sustracción, dando lugar a una coautoría delictiva.

En la práctica jurisprudencial, pueden localizarse distintos supuestos en que los padres, de mutuo acuerdo, deciden sustraer a sus hijos menores una vez que se les ha retirado, al menos temporalmente, la custodia de los hijos y esta ha pasado a ser ejercida por parte de un ente público. Por ejemplo, el Juzgado de lo Penal de Tarragona[416] condena por un delito de sustracción de menores a ambos padres, que sustraen a la hija menor de edad cuya tutela había sido transferida a un centro de acogida por resolución de la Generalitat de Catalunya y la trasladan a Marruecos aprovechando un permiso de visitas, si bien dicha Sentencia fue anulada posteriormente por la Audiencia Provincial de Tarragona[417] por haber consentido la menor el traslado y haber contraído matrimonio en Marruecos voluntariamente, regresando a España cuando ya era mayor de edad.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un caso en que la Generalitat de Cataluña había dictado una resolución de desamparo sobre un *nasciturus*, adoptándose la medida de retención del mismo una vez se hubiese producido el nacimiento y la posterior medida de acogimiento. Sin embargo, los progenitores abandonaron el hospital cuando la madre dio a luz, llevándose consigo al hijo, procediendo finalmente a la entrega unos días después cuando las autoridades policiales se personaron en el domicilio con el objetivo de proceder a la ejecución de la resolución. Por ello, la Administración Autonómica de Cataluña había interpuesto denuncia contra los padres por un delito de sustracción de menores, procediéndose tanto en primera como en segunda instancia a la absolución al no haber sido la resolución correctamente notificada a los padres[418].

---

[415] MARZAL RAGA, R. "La Administración ante la sustracción parental de menores", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, 2008, p. 162.
[416] Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Tarragona, de 24 de mayo de 2018.
[417] SAP Tarragona núm. 488/2018, de 9 de noviembre.
[418] SAP Barcelona núm. 241/2007, de 8 de marzo.

Son este tipo de casos los que hacían defender, en su momento, que el bien jurídico protegido no puede quedar concretado en el derecho del menor a relacionarse con sus padres, dado que aquí existiría una resolución que asienta la suspensión de la patria potestad precisamente porque el interés del menor pasa por separarlo de aquellos y otorgar su custodia a una institución pública que deberá velar, entre otras cosas, para evitar que el riesgo de sustracción existente se convierta en una realidad.

A pesar de que la Administración cuenta con mecanismos suficientes para evitar este riesgo, la doctrina ha mostrado su preocupación por el hecho de que la conducta de sustracción de menores resulte relativamente sencilla en estos supuestos: "Dado que la suspensión de la patria potestad no accede al Registro Civil y tampoco se exige comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podría un progenitor solicitar la expedición de DNI o pasaporte del menor y con ello salir del país sin dificultad"[419]. Y es por esta facilidad por lo que se aboga por la concesión de la guarda administrativa cuando existe posibilidad de sustracción del menor por parte del progenitor, lo cual impediría al otro progenitor un ejercicio ordinario de los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental[420].

Unas líneas más arriba se adelantaba que la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, había solucionado algunos inconvenientes pero, al mismo tiempo, creaba otros nuevos. Y es precisamente al hilo de esta cuestión donde surge el inconveniente principal. La redacción típica de la modalidad de traslado indica que este será típico cuando se produzca sin el consentimiento del otro progenitor, sin especificar nada más. En una interpretación literal del tipo, debería afirmarse que el consentimiento del otro progenitor será siempre necesario, con independencia de la situación en la que este se encuentre. El problema surge en la posible hipótesis de que ese progenitor que debe otorgar el consentimiento haya sido precisamente inhabilitado o privado de la patria potestad, ya sea por vía penal o por vía civil. El precepto no aclara si, en estos casos, se necesita igualmente el consentimiento, si bien de una interpretación teleológica del precepto se desprenderá una respuesta negativa.

Esta idea aparece respaldada por la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de 4 de junio, que indica que, *salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia.*

Por tanto, si una persona ha sido inhabilitada o privada para el ejercicio de la patria potestad, o, más aún, si ha sido privada en vía penal, con la consiguiente pérdida de la titularidad, quiere decir que dicho ejercicio corresponde en exclusiva a otra persona, ya sea el otro progenitor o una tercera persona a quien se le haya atribuido la custodia del menor de edad. Por consiguiente, en estos casos esa persona podría tomar unilateralmente la decisión de trasladar al menor sin necesidad de contar con el consentimiento del progenitor inhabilitado o privado del derecho de patria potestad, en tanto su responsabilidad parental ha quedado suspendida de manera temporal o definitiva. En el supuesto de una privación parcial de la patria potestad, adoptada en vía civil, habrá que estar a lo indicado expresamente en la resolución judicial correspondiente.

[419] MARZAL RAGA, R. "La Administración ante…", Ob. cit., pp. 162-163.
[420] *Ibídem*, p. 166.

Ante la falta de Jurisprudencia atendiendo a la escasa vigencia de esta modificación, no es posible conocer por el momento la interpretación que realizarán los tribunales acerca de este extremo, por lo que habrá de esperarse un cierto tiempo para que se produzca un supuesto como el aquí descrito para conocer la respuesta otorgada por los aplicadores de la ley. Sin embargo, cabe imaginar que se realizará una interpretación orientada a la cohesión normativa entre la rama civil y la rama penal.

#### 5.1.3 Los padres biológicos de un menor adoptado

En lo que respecta al sujeto activo, podría plantearse la cuestión acerca de si los padres biológicos de un niño adoptado pueden ser sujetos activos de un delito de sustracción de menores si proceden a sustraerlo de los correspondientes padres adoptivos. A pesar de que existen autores que afirman tal posibilidad, dado que los padres biológicos siguen manteniendo un vínculo (no jurídico, tampoco afectivo, pero sí biológico) con el hijo[421], el tipo penal no está pensado para estos supuestos.

Quiere decirse que el tipo de sustracción de menores está creado para regular una situación más concreta, a saber, una sustracción por parte de un familiar hacia un familiar, lo que implica algo más que un vínculo meramente biológico. En el caso de que los padres biológicos sustrajesen al menor de edad dado en adopción de sus respectivos padres adoptivos, la conducta ya no debería englobarse en el tipo penal de sustracción de menores, sino en los delitos contra la libertad, ya sea en la modalidad de detención ilegal o de secuestro, dependiendo de si existe o no exigencia de una condición para proceder a la restitución[422]. En el momento en que los padres biológicos sustraen al niño de los padres adoptivos, se produce la salida de la esfera familiar, ya no se está en presencia de una conducta cometida por un familiar contra otro familiar, sino que se abandona la órbita de las relaciones familiares para pasar al terreno de la libertad ambulatoria. Roto todo vínculo jurídico y afectivo existente entre sustractor y sustraído, la conducta no puede ser constitutiva de un delito de sustracción de menores simplemente debido a la subsistencia del vínculo puramente biológico. Y es que ese vínculo jurídico entre la familia biológica y el niño adoptado se rompe mediante la adopción, siendo esta irrevocable[423].

En definitiva, desde el momento en que un menor de edad es adoptado, los adoptantes se convierten automáticamente en posibles autores de un delito de sustracción de menores, posibilidad que quedaría vedada, en ese mismo momento, a los padres biológicos[424]. Defender la postura contraria no sería posible en atención a la ubicación del tipo entre los delitos contra las relaciones familiares. No puede olvidarse que se trata de un tipo creado específicamente para supuestos de crisis familiares, para contextos claros, entre los cuales no se encuentra el hecho de que los padres biológicos sustraigan al hijo adoptado.

#### 5.1.4 El tutor y el acogedor

Otra de las muchas carencias que presenta la redacción del artículo 225 bis CP queda de manifiesto en aquellos casos en que la persona que detenta la custodia del menor no es un progenitor ni un familiar de los incluidos en el último apartado del precepto. Este

[421] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 3.
[422] En el mismo sentido LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 43.
[423] Artículos 178 y 180 CC, respectivamente.
[424] De la misma opinión, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 49.

problema se planteaba, obviamente, si se seguía la línea de que el sujeto activo del delito de sustracción de menores podía ser tanto la persona a cuyo favor se había asignado la custodia del menor en cuestión (si bien solamente en la modalidad de retención) como el no custodio.

Si, con anterioridad a la reforma operada por LO 8/2021, de 4 de junio, se interpretaba que solo el progenitor no custodio podía cometer la conducta, tal laguna no existía, dado que en el momento en que la persona tuviera atribuida la custodia era automáticamente descartada como sujeto activo. No obstante, en la presente tesis se sigue la idea de que tanto el custodio como el no custodio podían ser sujetos activos del tipo, incluso con la redacción anterior a dicha reforma, por lo que resulta necesario abordar también la cuestión acerca de qué sucedería cuando el custodio es alguien ajeno a la familia, lo que ocurriría en el caso de nombramiento de un tutor no familiar. Con la nueva redacción, que incluye como posibles sujetos pasivos tanto al progenitor custodio como al progenitor no custodio, el conflicto relativo a la figura del tutor y del acogedor está asegurado.

En estos supuestos, se secunda la opinión manifestada por la doctrina cuando hace referencia a que el doble hecho de que, por un lado, el primer apartado del artículo solo haga referencia al progenitor y, por otro, la cláusula final del quinto apartado del mismo no incluya expresamente a otras personas no parientes que detenten la custodia del menor, impide poder considerar al tutor como sujeto activo[425].

Claramente esto es un error del legislador porque el sentido común invita a incluir al tutor como posible sujeto activo del delito si, por ejemplo, detentando la custodia se niega a satisfacer un derecho de visitas establecido a favor de algún familiar del menor. En este supuesto, podría apreciarse un delito de desobediencia. La conducta sería la misma que en el caso de que esa negativa provenga de un progenitor, pues se detenta la custodia en igual derecho, existiría un vínculo jurídico y, muy probablemente, afectivo, entre tutor y tutelado. Esta situación recuerda demasiado a la existente entre un menor y los padres adoptivos, pues de lo único que se carecería en este caso es de un vínculo biológico.

Con todo, los sujetos activos establecidos en el tipo son muy concretos y hacen referencia única y exclusivamente a un progenitor o a un pariente dentro de los límites marcados por el mismo, lo que cierra la puerta completamente a la posibilidad de imputar un delito de sustracción de menores a un tutor no familiar, no así a un tutor familiar, pues en este segundo supuesto sí podría ser incluido si dicho familiar fuese ascendiente del menor o pariente del progenitor hasta el segundo grado. Un tutor, sea o no familiar, tiene las mismas obligaciones para con su tutelado (establecidas en el artículo 269 CC), por lo que no se comprende la no inclusión del tutor no familiar entre el círculo de posibles sujetos activos[426].

---

[425] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 45.

[426] En la práctica, esto puede suponer algún que otro inconveniente. Piénsese en una pareja que decide nombrar en sus disposiciones de última voluntad un tutor para el caso de que algo malo que les impida cuidar de los hijos habidos en la misma les suceda. Si la pareja opta por nombrar al hermano o hermana de alguno de ellos, esta persona sí puede ser sujeto activo de un delito de sustracción de menores, por cuanto guarda una relación de parentesco con el progenitor dentro del segundo grado por consanguinidad o afinidad. Y no respondería en calidad de tutor, sino en calidad de pariente incluido en la cláusula extensiva del tipo. Ahora bien, si finalmente se deciden a nombrar como tutor a un amigo íntimo de la familia, con el que puede que el menor tenga una relación más íntima que con un verdadero pariente, este tutor no podría ser acusado de un delito de sustracción de menores dada la redacción del tipo. La conducta de este último tutor siempre podrá ser dirimida a través de un delito de desobediencia, pero no se vislumbra el porqué de

Otros países europeos se han decantado por incluir de forma expresa al tutor entre los posibles sujetos activos de la conducta, como es el caso de Reino Unido, que lo contempla en su Ley de Sustracción de Menores de 1984, al igual que especifica que el responsable puede ser tanto quien ostenta la custodia como quien dispone de un régimen de visitas[427].

Tras haber determinado que un tutor ajeno a la familia no puede cometer un delito de sustracción de menores porque el tipo no lo permite, existe otro supuesto bastante problemático cuya aplicación tampoco parece poder llevarse a cabo en vista de la redacción del artículo. Me refiero al caso de que el menor sustraído se encuentre insertado en una familia, pero no como hijo propiamente dicho. En el supuesto de que un menor esté bajo la guarda o el acogimiento familiar de una pareja (como paso previo o no a una futura adopción) y uno de ellos decida sustraerlo, la conducta tiene un difícil encaje en el tipo de sustracción de menores, puesto que los supuestos "padres de acogida" no tienen aún en ese momento la condición de progenitores ni tampoco podrán ser incluidos por norma general en el círculo de sujetos activos recogido por el último párrafo del artículo 225 bis CP.

Con los mismos argumentos que se exponían anteriormente con relación a la figura del tutor no familiar, cuando un menor se encuentra en acogida su situación es prácticamente la misma a la que tiene cualquier otro niño que viva con sus padres biológicos o adoptivos. La única diferencia es que los acogedores no son legalmente progenitores, por lo que la aplicación del tipo en estos casos parece dar lugar a una analogía *in malam partem* no permitida en Derecho penal español. Vuelve aquí a ponerse de manifiesto otra de las innumerables lagunas punitivas que ha provocado la mala redacción del tipo penal en cuestión.

### 5.1.5 La pareja del padre o de la madre

Otro inconveniente que puede percibirse es el supuesto en que es la pareja del progenitor el que lleva a cabo la conducta de sustracción. Piénsese en el caso de un padre viudo con dos hijos casado en segundas nupcias con otra mujer que durante años desempeña en la práctica la labor de madre sin serlo ni biológica ni jurídicamente. ¿Qué ocurriría si es ella la que sustrae a los menores? Ciertamente esta conducta no puede asemejarse a aquella perpetrada por un extraño que no conoce de nada a los menores y los sustrae con cualquier fin, en cuyo caso estaríamos ante un claro caso de detención ilegal o secuestro. Sin embargo, tal conducta tampoco es igual a la establecida en el delito de sustracción de menores en tanto la condición de la que goza esta hipotética mujer no es de progenitora en el sentido técnico de la palabra. En el caso que se propone, el tipo sería de aplicación en virtud del quinto párrafo del precepto, pues dicho párrafo permite aplicar la sanción a ciertos parientes del progenitor, entre los cuales se encuentra el cónyuge, unido al primero por relación de parentesco por afinidad en primer grado.

En el caso de que la pareja no esté unida por un vínculo matrimonial, sino que sean pareja de hecho, habrá que hacer algunas distinciones. Si no han procedido a regularizar la situación en el Registro de la Comunidad Autónoma pertinente, el tipo no es aplicable a la pareja del padre o de la madre, en tanto no existe legalmente relación de parentesco entre ellos. En caso de que sí estén registrados, la cuestión no es fácil de contestar, dada

---

la exclusión (que tiene menos sentido que la posible imputación del tipo a un tío del menor) debiendo, quizá, achacarse la misma a un despiste del legislador.

[427] Esta norma será objeto de estudio en el último Capítulo del escrito.

la inexistencia de una Ley de parejas de hecho a nivel estatal. Algunas Comunidades Autónomas han dictado leyes para regularizar esta situación, por lo que el régimen puede ser distinto en función de la Comunidad Autónoma en la que se produzca el delito.

En el caso de Andalucía, por ejemplo, no se indica nada expresamente en la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, acerca de si se equiparan los convivientes a matrimonio en materia de parentesco, aunque cabe interpretar la respuesta afirmativa dado el espíritu de la Ley de equiparar parejas de hecho a matrimonio en la práctica totalidad de los aspectos sociales y legislativos, algo que parece el sentir general de las distintas Leyes Autonómicas[428].

Por consiguiente, esta laguna deberá ser paliada por la Jurisprudencia, si bien sería conveniente la creación de una ley estatal que resolviera todas estas dudas y reflejara un único régimen para cualquier pareja de hecho española, con independencia de la Comunidad Autónoma de residencia.

Por tanto, pueden observarse las importantes diferencias punitivas que pudieran devengarse en función del grado de formalidad del padre con la pareja actual, lo que marca la diferencia entre una posible coautoría (si están casados) o solo participación (en el caso de que no lo estén), quedando dudosa la aplicación del tipo en el caso de que estén inscritos en el Registro de Parejas de Hecho.

### 5.1.6 La cláusula extensiva: apartado quinto del artículo 225 bis del Código Penal

El artículo 225 bis CP contiene una cláusula de cierre para terminar de "rizar el rizo", ofreciéndonos la última pieza de este rompecabezas en que consiste el delito de sustracción de menores: *Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.*

El quinto apartado del referido artículo extiende el círculo de sujetos activos a una serie de personas distintas del progenitor. Antes se ha mencionado que no se entendía que el legislador haya circunscrito la conducta de sustracción al progenitor, dada la variedad casuística que puede quedar impune de manera injustificada. Ahora se dice lo contrario: no se entiende por qué el legislador lleva a cabo tamaña extensión de sujetos activos, desnaturalizando así el tipo penal. El legislador se ha "quedado corto" en ciertos supuestos y se ha extendido irracional e incomprensiblemente en otros.

Esta parece ser también la opinión de la doctrina, pues pueden encontrarse argumentos como el que sigue: "Parece que el tenor literal del precepto resulta, por un lado, relativamente limitado, pues no se estaría incluyendo a la madrastra o al padrastro del menor; pero, por otro lado, parece que es excesivamente amplio, pues sí se estarían contemplando supuestos (alguno de ellos descabellados, como por ejemplo, el del hijo del propio menor, pues guarda un parentesco de dos grados con el progenitor) que nada tienen que ver con esa realidad criminológica aludida o con las relaciones familiares, y que quizás debieran reconducirse, sencillamente, al delito de detenciones ilegales"[429].

---

[428] En el mismo sentido, defendiendo la equiparación de la pareja de hecho con el matrimonio, GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 100.

[429] ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español Parte Especial* (I), 2ª ed. (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 921.

Esta cláusula ha sido prevista expresamente por el legislador para dar entrada a calificar de autores a ciertas personas que sin dicha alusión expresa no podrían cometer el delito en grado de autoría al carecer de las cualidades especiales que el tipo exige. Si no se hubiese incluido este último apartado, las únicas personas capaces de cometer el delito serían los progenitores, con independencia de que luego cualesquiera otras puedan participar en la conducta y se apliquen las reglas de participación relativas a los delitos especiales, que se desarrollarán en su debido epígrafe.

Con este quinto apartado, el legislador daría entrada a dos supuestos diferentes y muy posibles en la práctica, de ahí que se hayan incluido expresamente:

a. El progenitor lleva a cabo la conducta con algún pariente muy cercano (padres, cónyuge o hermanos) que la ejecuta con él. Si no existiese el apartado quinto, tendría que considerarse a dicho pariente como partícipe *extraneus* del delito especial de sustracción y aplicar las reglas generales de participación de los delitos especiales, lo que básicamente consistiría en imputar al partícipe el mismo delito (unidad del título de imputación) con la posible rebaja de la pena en un grado por ser *extraneus* a la que se refiere el artículo 65.3 CP.

   Esto puede interpretarse de dos maneras: o bien pensando que el legislador está permitiendo supuestos de coautoría a personas distintas del progenitor, de forma que la coautoría en un delito de sustracción de menores no solo se produciría en el caso de que sean los progenitores los que, conjuntamente, verifiquen la conducta, sino también en el caso de que los ascendientes del propio menor o los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad la ejecuten con el padre, de forma que existiría la posibilidad de establecer una coautoría dentro de un delito especial con una persona que, en principio, no podría ser autora; o bien pensando que el legislador no se está refiriendo a supuestos de coautoría, sino más bien a una equiparación penológica, a pesar de que se siga imputando a dichos parientes una conducta de participación y no de autoría. De esta forma, la regla de participación en los delitos especiales sería la de seguir considerando al *extraneus* como partícipe, pero con la diferencia de que no podría beneficiarse de la rebaja penológica facultativa del artículo 65.3 porque el legislador ordena que se apliquen las mismas penas que al autor.

   Pues bien, cuando el legislador menciona a los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que "incurran" en la conducta de sustracción, no se está refiriendo a supuestos de participación, sino que el verbo incurrir presenta un contenido más intenso, dando entrada a supuestos de autoría[430].

   Por otro lado, deducir que el quinto apartado del artículo 225 bis CP solo encierra una prohibición de la aplicación del artículo 65.3 sería otorgarle una interpretación superficial e incompleta. Si el legislador hubiese querido transmitir esa idea, probablemente habría utilizado otra redacción como, por ejemplo, "a los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad no les será de aplicación la rebaja de pena prevista en el artículo 65.3 de este Código para aquellos supuestos en los que el cooperador

[430] De la misma opinión, TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E., "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1822.

o el inductor no reúnan las cualidades especiales que fundamentan la culpabilidad del autor".

Si se estima que el quinto apartado solo implica una no aplicación del artículo 65.3 CP, se estará afirmando, asimismo, que es un apartado que solo hace referencia a supuestos de inducción o de cooperación necesaria, únicos supuestos tratados en dicho precepto, e incurrir es un verbo distinto, un verbo que designa la realización del comportamiento.

Para defender esta idea, la doctrina utiliza los siguientes argumentos: "Esta ampliación del marco de sujetos activos responde a la constatación de que en la dinámica de las crisis familiares no es extraño que los parientes del progenitor sustraigan al menor (realizando no ya contribuciones accesorias, que se resolverían aplicando las reglas de participación en delitos especiales, sino conductas claramente típicas) para ponerlo en poder de aquel o en su ámbito de control; y a estos supuestos, entiendo, deberá ceñirse la interpretación de la extensión de la autoría a parientes del progenitor. Si no se hace así estaremos dando lugar a injustificados privilegios para quienes sustraen a menores con los que no tienen sino una relación formal y remota"[431].

Esta postura doctrinal trata de hacer ver que una interpretación teleológica impulsa a interpretar que el precepto está pensado para castigar a los parientes que, en clara confabulación con el progenitor, lleven a cabo conductas que van un paso más allá de la simple participación, en cuyo caso solo habría que acudirse a las reglas generales de esta materia. Sin embargo, en el supuesto de que sea un pariente el que por sí mismo lleve a cabo la conducta para mantener al menor en su compañía, no debería aplicarse el tipo de sustracción de menores, lo que constituiría un privilegio ininteligible.

Con todo, el hecho de que el tipo no se ciña a este tipo de supuestos y solo mencione a los parientes que incurran en la conducta, permite incluir tanto los casos de confabulación como los casos de autoría autónoma, que son precisamente los supuestos abarcados por el segundo apartado, como se verá a continuación.

b. Alguno o algunos de los parientes del quinto apartado del artículo 225 bis lleva a cabo la conducta de sustracción por sí mismo, quiere decirse, es autor de la conducta. Por ejemplo, los abuelos que sustraen al nieto. En este caso, ni el padre ni la madre se ven involucrados en la conducta, solo y exclusivamente alguno de los parientes del quinto apartado, es decir, ascendientes del menor y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad[432].

   De la misma manera que en el supuesto anterior, sin esta tipificación expresa, las personas a las que acaba de aludirse no podrían ser autoras del delito. El pariente ascendiente del menor o del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad llevaría a cabo la conducta en una autoría totalmente desvinculada del progenitor, algo que tampoco podría producirse de no haber incluido el legislador

[431] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 100.
[432] Opinión defendida por QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 423.

este supuesto expresamente, sino que deberíamos remitirnos, como siempre, a las reglas de participación de los delitos especiales.

Esta idea se ilustrará mejor con un ejemplo: imagínese que los abuelos del menor lo sustraen y lo trasladan a otro sitio sin el consentimiento de los padres. La resolución de este supuesto puede traducirse en la aplicación del delito de sustracción de menores o de detención ilegal o secuestro.

Si el quinto apartado del artículo 225 bis CP no hubiese incluido expresamente esta conducta por parte de otras personas distintas al padre o a la madre, la respuesta es bien clara: se aplica el delito de detención ilegal, al haberse producido una sustracción sin el consentimiento de quien corresponda otorgarlo, si bien en este caso podría aplicarse el tipo agravado por tratarse de un menor y, además, la circunstancia mixta de parentesco como agravante al tratarse de un menor con el que existe lazo de parentesco. Por tanto, se da por hecho que el bien jurídico vulnerado con ese comportamiento sería el de la libertad ambulatoria del menor, concretado en la capacidad de decisión de los padres al no tener edad suficiente como para decidir por sí mismo.

Ahora que se cuenta con ese apartado quinto que amplía el círculo de posibles sujetos que pueden sustraer a un menor, la conducta puede ser englobable en el delito de sustracción de menores. Si se aplica este precepto, se asume que el bien jurídico vulnerado sería la responsabilidad parental del progenitor no sustractor o, en su defecto, el derecho de custodia de la persona o institución a cargo del menor.

Por consiguiente, se está afirmando que la misma conducta afecta a un bien jurídico diferente en función del tipo penal aplicable. Esto no parece del todo lógico, pues una conducta llevada a cabo por los mismos sujetos no puede afectar a un bien jurídico o a otro dependiendo de lo que el legislador tipifique, sino que esa misma conducta afectará al mismo bien jurídico, con independencia de los tipos penales que tengamos a nuestra disposición.

Con todo esto quiere decirse que, si los abuelos o los tíos del menor o incluso un hermano mayor del menor (que también entraría en el círculo de sujetos del quinto apartado del artículo 225 bis al presentar un lazo de parentesco con el progenitor de primer grado de consanguinidad) cometiese la conducta, el comportamiento puede entrar tanto en el tipo de sustracción de menores como en los tipos de detención ilegal o secuestro, produciéndose así un concurso aparente de normas. De ahí, que se haya afirmado que el primero constituye una modalidad privilegiada del segundo que impone una pena atenuada para los supuestos que sean realizados por sujetos activos distintos de los referidos por aquel, que se castigarían fundamentalmente de acuerdo a este último[433]. Ese concurso de normas se resuelve atendiendo al principio de especialidad, de forma que el tipo de sustracción de menores representa una conducta más específica que encaja mejor con la conducta hipotética descrita, debiendo aplicarse el tipo de sustracción de menores.

[433] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 87.

Téngase en cuenta que los tipos penales de detención ilegal y de secuestro se construyen en torno a los verbos nucleares de "encerrar" o "detener" y que, sin ese encierro o detención, difícilmente la conducta podrá integrar el tipo. La sustracción de menores no tiene por qué implicar un encierro o una detención, toda vez que puede que el menor sea simplemente trasladado a otro lugar al objeto de iniciar una nueva vida en un lugar diferente. De hecho, si durante ese traslado, el menor sufre comportamientos de encierros o detenciones, podría incluso apreciarse un concurso real de delitos al haberse vulnerado bienes jurídicos diferentes (se mezclan los derechos de los padres o de la persona o institución a cargo del niño con la libertad ambulatoria de este último).

También es posible que ascendientes y parientes incurran en la conducta cuando poseen una resolución judicial que, de acuerdo con el artículo 160.2 CC, les atribuya el derecho a disfrutar de la compañía del menor. A favor de esta opción, quiere decirse, supuestos de autoría autónoma sin connivencia con los progenitores, se aportan argumentos tales como el hecho de que los parientes que menciona el tipo no son ajenos al círculo familiar, por lo que la antijuridicidad y culpabilidad es similar a la de los progenitores, debiendo recibir idéntica sanción penal[434]. La sustracción de menores no siempre tiene que producirse por parte de los padres, sino que también puede provenir de familiares cercanos[435] y no necesariamente existe mala fe detrás de estas conductas[436] .

Por tanto, el tipo no solo está permitiendo a los parientes cercanos configurarse como coautores en connivencia con el progenitor, sino que está permitiendo la desvinculación completa con respecto a aquel, ejecutando el tipo por sí solos como autores inmediatos y únicos, sin perjuicio de que terceras personas puedan realizar conductas de participación que se resolverán atendiendo a las reglas generales[437].

---

[434] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia", *Repertorio Jurídico-Científico del Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, p. 24.

[435] Como dato curioso puede mencionarse que el caso del sobrino de Beethoven se reconoce como uno de los primeros casos de sustracción de menores (principios del siglo XIX) y, además, cometido por un personaje tan famoso como el gran músico. Así, a la muerte de su hermano, Beethoven mantuvo duras y variadas batallas judiciales para conseguir la tutela de su sobrino (Karl), al considerar que la madre de este constituía una mala influencia para él. Aunque en un primer momento lo consiguió, se sucedieron distintas apelaciones, concediéndose la tutela a la madre en alguna ocasión. Así, Beethoven trató de sustraer a su sobrino Karl de Austria pero un magistrado le denegó el pasaporte, frustrando así sus propósitos. Para más información, véase MAGNANI, L. *El sobrino de Beethoven* (trad. ZAPATA, M.), Edhasa, Barcelona, 1985.

[436] De hecho, el caso del sobrino de Beethoven ha suscitado interés doctrinal en la medida en que sirve para denotar el sentido de propiedad de los padres con respecto a los hijos; para apreciar que una sustracción no siempre se basa en una mente malintencionada, sino que puede tener su origen en una relación viciada; y para destacar la evitabilidad de las mismas, ya sea gracias a un acuerdo amistoso entre las partes o mediante la instauración de las medidas administrativas o judiciales pertinentes. MIRALLES SANGRO, P. P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, p. 4.

[437] Así lo entienden también OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., p. 419; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones de derecho penal, parte especial,* 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2017, p. 114; LLORIA GARCÍA, P. *Derecho Penal Parte Especial* (dir. BOIX REIG, J.)*,* 1ª ed., vol. II, Iustel, Madrid, 2012, p. 49; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos…,* Ob. cit., p. 305; TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial…,* Ob. cit., p. 580, entre otros.

> De esta forma, si los ascendientes del menor o los parientes del progenitor hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad realizan la conducta, se les aplicará el tipo de sustracción de menores, con independencia de que ninguno de los progenitores se haya visto relacionado con la comisión del delito. Realmente esto es más adecuado que el hecho de castigar a estos parientes de acuerdo a los tipos de detención ilegal y secuestro, en tanto el bien jurídico se inserta mejor en las relaciones familiares, pues no deja de ser alguien del núcleo familiar que ataca los derechos de otro familiar.

Resta por realizar una aclaración: el precepto resulta aplicable de manera directa a supuestos de autoría, pero no a supuestos de cooperación necesaria e inducción ni a los casos de complicidad. Defender lo contrario sería un atentado al principio de proporcionalidad. No se pueden aplicar las mismas penas a cualquier tipo de intervención.

Como se ha dicho, el verbo "incurrir" es un verbo que debe identificarse con el término "realizar". Si el legislador hubiese querido restringir las intervenciones que merecen entrar dentro del quinto apartado del artículo 225 bis lo habría hecho directamente, refiriéndose a las personas que "participen". Pero ha elegido el verbo "incurrir". Incurrir es realizar, lo cual puede realizarse de distintas formas, a modo de autoría o coautoría. Por ello, los supuestos de cooperación necesaria y no necesaria quedan fuera de la aplicación directa de este precepto, debiendo seguirse en estos casos las reglas generales de participación[438]. Quiere decirse, no puede asumirse que el legislador haya decidido equiparar autoría con participación, adoptando un concepto unitario de autor en el que cualquier clase de aportación sea castigada como una auténtica autoría. Se castigará al cooperador necesario con la misma pena que al autor, de eso no hay que dudar porque incurre en la conducta igual que el propio autor, con la única diferencia de que el cooperador necesario podrá beneficiarse de la rebaja del artículo 65.3 CP porque en él no concurren las condiciones especiales que cualifican la conducta del autor (que es ser el padre o la madre del menor); el cómplice, al intervenir de manera mucho menos intensa que el resto, verá rebajada la pena en función de lo previsto en el artículo 63 CP.

En los casos de cooperación necesaria o de complicidad, lo correcto sería imputar al pariente, como a cualquier otro *extraneus*, un delito de sustracción de menores como cooperador necesario o como cómplice. Si la conducta es de cooperación, no cabe considerar que se trate de una autoría, seguirá siendo cooperación. Si la cooperación es no necesaria, se imputará la pena correspondiente al cómplice, con la subsiguiente rebaja en un grado.

Como conclusión puede expresarse que, en primer lugar, el quinto apartado del artículo 225 bis CP permite arbitrar supuestos de autoría y coautoría a ciertas personas *extraneus* que, de no existir tal precepto, se verían calificadas, a lo sumo, de cooperadoras necesarias de un delito especial propio; en segundo lugar, se ha especificado que es posible considerar coautor con el progenitor sustractor a dichos parientes cercanos, de forma que se puede atender a la auténtica esencia del comportamiento, sin vernos limitados a imputar una cooperación necesaria al no concurrir en el partícipe las cualidades específicas exigidas al autor, por lo que habrá que analizar cada supuesto para comprobar si se trata de una coautoría o de una cooperación, y es posible incluso que un *extraneus* sea autor por sí mismo de la conducta, algo impensable de no existir este

[438] En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Manual de Derecho penal. Parte especial* (dir. CORCOY BIDASOLO, M.), 2ª ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 401.

apartado, pues el legislador ha posibilitado una opción absolutamente inusual, cual es permitir que un *extraneus* se convierta en autor configurando a dicho *extraneus* como un *intraneus* más; por último, se ha insistido en la imposibilidad de interpretar el precepto como una aplicación del mismo frente a cualquier clase de conductas, debiendo respetarse las reglas generales de participación, de forma que habrá que analizar la conducta concreta generada por el pariente y dilucidar si se trata de un coautor, un cooperador necesario o un cómplice, aplicando la pena correspondiente. Si se trata de un coautor, no existe inconveniente alguno, el precepto nos permite aplicar la misma pena, sin necesidad de acudir a la rebaja facultativa, pues el legislador ya está ordenando la imposición de dicha pena.

En consonancia con todo lo expuesto hasta ahora debe entenderse, asimismo, que cabe aplicar la rebaja facultativa del artículo 65.3 CP a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que actúen como cooperadores necesarios o como inductores. Ello implica la consecuencia de que este precepto no solo será aplicable frente a cualquier cooperador necesario o inductor que no sea ascendiente del menor o pariente del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, sino también a las personas mencionadas en el apartado quinto del artículo, siempre y cuando no cometan conductas de verdadera autoría.

El problema deviene cuando resulta contradictorio que, por un lado, el legislador permita a ciertas personas configurarse como autoras y, por otro, no haya previsto nada acerca de lo que ocurre cuando no incurren, sino que participan. La realidad es que el legislador solo se ha referido en el quinto apartado del precepto a supuestos de autoría o coautoría, lo cual impide vetar la aplicación del artículo 65.3, entre otras cosas, porque se perjudicaría al sujeto en cuestión. Así, autoría y participación se separan en dos compartimentos estancos, de forma que el partícipe se acoge a las reglas generales de participación de los delitos especiales, sea cual sea el grado de parentesco que presente con el menor, mientras que determinados parientes podrán ser condenados como autores si perpetran la conducta con o sin intervención del progenitor.

En cuanto al origen de este apartado quinto del artículo 225 bis, es decir, el porqué de la inclusión del legislador de este círculo de personas para una conducta que, en principio, se encontraba reservada exclusivamente para el padre y para la madre (en consonancia también con la normativa internacional), se trata de una norma que no encaja del todo con los supuestos a los que se pretendía dar respuesta, al igual que tampoco se entiende por qué esa restricción de parientes.

Alguna razón habrá encontrado el legislador para añadir un apartado final en el que incluía a cierto número de sujetos que presentan un lazo de parentesco intenso con el progenitor. No ha incluido a todos los parientes, sino solo a los ascendientes del menor (lo cual solo incluye a abuelos y, como mucho, bisabuelos, aunque ciertamente este supuesto será infrecuente por cuestiones de edad) y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado (hijos, cónyuge, hermanos y cuñados). Esa razón puede ser la de que estos casos siguen siendo más propios de relaciones familiares que de libertad ambulatoria.

Puede que el legislador haya querido otorgar una respuesta a una laguna jurídica que se produciría en caso de que estos parientes llevasen a cabo la conducta de sustracción. Por una parte, podría pensarse que se trataba de plantear un tratamiento más liviano a los parientes cercanos que sustraigan al menor, al entender que la conducta presenta una

menor gravedad que para el caso de que el mismo sea sustraído por un extraño, pues a este último se le aplicarían los tipos de detención ilegal o secuestro y en su mitad superior al ser el sujeto pasivo un menor de edad[439].

Lo que ocurre es que este tipo de conductas no quedarían del todo claras de no existir el precepto que se viene analizando, pues, al igual que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 225 bis CP, la aplicación de los tipos penales de detención ilegal y secuestro era difícil porque el comportamiento no tenía por qué integrar conductas de detención o encierro y porque los bienes jurídicos afectados por una y otra conducta son distintos.

Por ello, si uno de estos parientes sustrae al menor y no lo encierra ni lo detiene, de no existir el quinto apartado del artículo 225 bis tendríamos dos opciones: o bien considerar que los sujetos quedan impunes porque la conducta no constituye una detención ilegal ni un secuestro; o bien aplicar estos tipos, aun forzadamente, para no dejar impunes dichos comportamientos ilícitos. Ambas soluciones serían ampliamente insatisfactorias, pues la primera sería desproteger a la víctima y la segunda vulneraría el principio de legalidad al pasar por aplicar tipos penales a conductas distintas a las estrictamente tipificadas.

Esto se ha solucionado permitiendo que los parientes entren dentro del círculo de sujetos activos de la sustracción de menores. Lejos de compartir cierto criterio doctrinal que aboga por aplicar este tipo (225 bis apartado quinto CP) solo a las conductas de cooperación con el progenitor, este apartado se ha incluido para todo tipo de supuestos de autoría de los parientes cercanos, ya sea a modo de coautoría con alguno de los progenitores o con ambos, ya sea a modo de autoría sin que ninguno de los progenitores intervenga[440].

Esta solución es la más lógica porque recoge mucho mejor las particularidades del comportamiento, que ya se ha visto que era de difícil encaje en los tipos de detención ilegal o de secuestro. Y, además, las penas del delito de sustracción son inferiores a las de aquellos, por lo que el legislador ha pretendido no solo paliar una laguna, sino también impedir la aplicación de tipos penales más graves, única solución con la que contaban los tribunales de no querer dejar impunes dichas conductas.

Cuando el apartado quinto del artículo 225 bis menciona a los ascendientes del menor, es obvio que cualquiera de los ascendientes de este puede incurrir en la conducta de sustracción de menores. A este respecto, señala ESPINOSA CEBALLOS que sería posible interpretar que todos los ascendientes del menor quedan incluidos en el tipo o bien que solo los que presenten una relación de parentesco hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, siendo preferible la primera[441].

Esta parte del precepto no plantea, en principio, problema alguno, pues el eje sobre el que pivota es el propio menor. Por tanto, cualquier ascendiente del menor, ya sea por

[439] Si se revisan los tipos penales de detención ilegal, este delito se castiga con una pena de entre cuatro y seis años de prisión en su tipo básico, pena que quedaría entre cinco y seis años al tratarse de un menor. Ello suponiendo que el sustractor no haya exigido condición para su liberación, en cuyo caso ya sería un secuestro, con la correspondiente agravación de la pena. El tipo de sustracción de menores se castiga con pena de prisión de entre dos y cuatro años en su tipo básico. Por lo tanto, la pena es más baja.

[440] En el mismo sentido de considerar que se configuran supuestos de autoría, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 40.

[441] *Ibídem*, p. 40.

naturaleza o por adopción, puede entrar dentro del tipo. Para el caso de que el ascendiente verifique la conducta conjuntamente con uno de los progenitores, es indiferente si ese ascendiente proviene de la rama familiar del progenitor sustractor o si proviene de la rama familiar del otro progenitor no sustractor, pues es ascendiente del menor en todo caso y, por tanto, es irrelevante el lazo de parentesco que presente con el sustractor.

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto un interrogante acerca de la interpretación de esta parte del precepto, dado que parte de la doctrina considera que sujetos activos solo pueden serlo los parientes por naturaleza, por no haber sido los adoptivos no han sido incluidos expresamente: "Por 'ascendientes del menor' hay que entender a quienes lo son por naturaleza, ya que el legislador cuando ha querido incluir a los ascendientes por adopción lo ha mencionado expresamente"[442].

Aunque el legislador siempre haya tenido por costumbre señalar tanto a los familiares por naturaleza como a los familiares por adopción de manera expresa, la omisión de esta distinción no implica que deba deducirse que solo se refiere a los parientes por naturaleza. De hecho, el mismo argumento puede utilizarse para defender la idea contraria: si el legislador no ha establecido de manera expresa que solo los parientes por naturaleza están incluidos en el tipo, será porque también quedan incluidos los parientes por adopción.

En la época en la que nos encontramos ha quedado atrás toda distinción en materia de filiación, sin que quepa admitir discriminaciones en este sentido. Es cierto que, en este caso, los parientes por adopción podrían beneficiarse en cierta manera si no estuvieran incluidos en el tipo, en cuanto ello implicaría la imposibilidad de convertirse en sujetos activos del delito de sustracción de menores, pero no es menos cierto que tanto para aspectos negativos como positivos debe otorgarse un tratamiento uniforme a los distintos parientes, ya sea por naturaleza o por adopción[443].

Finalmente, si se piensa que solo los parientes por naturaleza pueden ser sujetos activos del delito, se estaría afirmando que en el caso de que un niño haya sido adoptado por una familia, los padres adoptivos sí pueden ser sujetos activos del delito pero los progenitores de dichos padres adoptivos no, pudiendo ser sujetos activos los parientes biológicos del menor pero no así sus padres biológicos (salvo que se defienda que los padres adoptivos tampoco pueden cometer el tipo, sino solo los biológicos, idea disparatada, por cierto).

---

[442] CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., pp. 526-527.

[443] Así, el Código Civil establece la equiparación de todos los tipos de filiaciones independientemente de si el hijo es adoptado o no e independientemente de si los padres están casados o no, siendo también indiferente, en el caso en que hubiesen contraído matrimonio, si este tiene naturaleza civil o canónica. El artículo 108 CC establece lo siguiente: *La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*Si entre los hijos no hay distinción alguna, tampoco debería haberla para el resto de parientes, que mantienen exactamente la misma relación y el mismo grado de amor hacia el menor adoptado, con la única diferencia obvia de que entre ellos no existe un vínculo de consanguinidad. Recuérdese que el mismo cuerpo jurídico determina que la adopción supone la extinción de los vínculos del niño adoptado con su familia de origen y que es de carácter irrevocable. Si la adopción implica que se rompen los vínculos anteriores y se crean unos nuevos con una nueva familia pero en las mismas condiciones que en el caso de que el hijo fuera biológico, teniendo dicho vínculo carácter irreversible, es ilógico que pueda pensarse que en Derecho penal deba establecerse expresamente cuándo los parientes por naturaleza pueden ser sujetos activos de un delito y cuándo pueden serlo los parientes por adopción, dado que el Derecho civil (rama del Derecho que se encarga, entre otras muchas temáticas, de regular el fenómeno de la adopción) es el primero que equipara ambas filiaciones.

En consecuencia, si los abuelos biológicos del niño adoptado decidieran llevar a cabo la conducta, según esta teoría, debería aplicarse el delito de sustracción de menores, a pesar de que puede que incluso el menor en cuestión no los conozca, siendo que este tipo penal cuenta con un tipo privilegiado y una excusa absolutoria no solo para fomentar la restitución, sino también porque se tiene en cuenta la menor afección que, por regla general, sufre el bien jurídico protegido. Sin embargo, si los abuelos adoptivos del niño son los que lo sustraen, según la teoría de que solo pueden ser sujetos activos los ascendientes por naturaleza, no serían castigados a tenor del artículo 225 bis, sino probablemente como reos de detención ilegal o de secuestro en un posible concurso con un delito de desobediencia si existe algún tipo de resolución de carácter judicial o administrativa que se haya incumplido, lo que es del todo una idea descabellada.

Afortunadamente, esto no llegaría a producirse en la práctica, dado que los abuelos adoptivos siempre podrían ser considerados sujetos activos del delito de sustracción de menores al ser parientes del progenitor en primer grado por consanguinidad, con lo que aun manteniendo la tesis de que "ascendientes del menor" son solo los parientes naturales, el tipo impediría su exclusión como sujetos activos al englobarse en los "parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad"[444]. No obstante, desde el punto de vista dogmático, la teoría aludida es del todo errónea.

En otro orden de cosas y por si el precepto no fuese ya lo suficientemente farragoso, acontece otro problema. Este surge con la expresión "y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad", pues no queda del todo claro si el precepto se refiere única y exclusivamente al progenitor sustractor o, en general, a cualquier pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de cualquiera de los progenitores del menor sustraído. Y la interpretación que se realice de esta expresión conlleva connotaciones muy relevantes, en tanto de ello dependerá que se aplique el tipo a un círculo más reducido o más amplio de personas.

Por consiguiente, pueden aportarse distintos argumentos para defender una y otra idea, dada la ambigüedad del tipo:

a. Comoquiera que el tipo comienza refiriéndose al progenitor sustractor, pues comienza diciendo "el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor…", puede considerarse que el resto del precepto se refiere a dicho progenitor, motivo por el cual el legislador se expresa en singular (progenitor) y no en plural (progenitores / alguno de los progenitores). De esta manera, se concluiría determinando que el tipo se refiere a los parientes del progenitor sustractor, sin dar entrada a los parientes de la otra rama familiar que se ve afectada por la sustracción[445].

   Otro de los motivos que cabe esgrimir para defender la idea de que el precepto solo se refiere a los parientes del progenitor sustractor consistiría en alegar que el mencionado apartado quinto alude, en primer lugar, a los ascendientes del menor, lo cual sí es indicativo de que se incluye a cualquiera de los ascendientes, con independencia de si son los ascendientes por parte del progenitor sustractor o si se trata de los ascendientes por parte del progenitor no sustractor. En cualquier

[444] Así también, TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E., "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1822.
[445] De esta opinión, defendiendo que solo cabe integrar a los parientes del progenitor que no posee la custodia, OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., p. 419.

caso, son ascendientes y, como tales, entran dentro del concepto de "ascendientes del menor", el legislador los incluye a todos.

No obstante, a continuación, el legislador cambia el criterio y ya no señala a los parientes del menor sustraído, sino a los parientes del progenitor, lo cual denotaría una intención específica de centrarse en el progenitor sustractor, pues de lo contrario seguiría haciendo referencia al menor, que constituye un eje neutro que abarca a los parientes de ambas ramas familiares. Si el legislador se molesta en señalar, por un lado, a los ascendientes del menor y, por otro, a los parientes del progenitor hasta el segundo grado será porque deseaba incluir a todos los ascendientes, por algún motivo, pero al resto de parientes pretendía otorgarles un trato más beneficioso, englobando solo a los del progenitor sustractor, de forma que cualquier tipo de participación por cuenta de los parientes del progenitor no sustractor se vería sometida a las reglas generales de participación, debiendo mantenerse al margen del apartado quinto del artículo 225 bis CP.

b. Por el contrario, también puede afirmarse que el precepto engloba a los parientes de cualquiera de los progenitores, toda vez que el apartado cuarto del artículo 225 bis ya no menciona al progenitor, sino al sustractor, de donde se deriva que el legislador rompe con su esquema inicial de referirse al progenitor y pasa utilizar el término sustractor, por lo que si la intención del legislador hubiese sido la de dar cabida únicamente a los parientes del progenitor sustractor, habría hecho referencia a los parientes del sustractor o a los parientes del progenitor sustractor, pero solo se menciona el término "progenitor", lo que expresa una realidad más amplia dentro de la cual cabe incluir a los parientes de cualquiera de los progenitores.

   Por su parte, el anterior argumento acerca de que el legislador pasa de referirse a los parientes del menor a referirse a los parientes del progenitor puede rebatirse aludiendo a una mayor facilidad de comprensión lectora, no a un deseo de dejar fuera del precepto a los parientes del progenitor no sustractor. Efectivamente, la redacción del tipo se torna más sencilla y simple si se alude a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que si se alude a terceros grados de parentesco en relación con el menor, pues para abarcar a tíos de este debería mencionarse un grado de parentesco de hasta el tercer grado.

   Finalmente, otro de los motivos por los que cabría entender que el legislador incluye a los parientes de ambos progenitores es que resultaría del todo ilógico que los ascendientes y el resto de parientes reciban un tratamiento diferenciado, algo que respondería a razones de puro capricho, no vislumbrándose motivo jurídico alguno por el cual se establecería ese doble rasero que permitiría incluir a todos los ascendientes del menor, pero no a todos los hermanos o tíos, por lo que el hecho de que el precepto exprese "ascendientes del menor" aporta la clave para entender que los "parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad" se refiere a los parientes de cualquiera de los progenitores y no únicamente a los de una de las ramas familiares, a saber, la del progenitor sustractor.

Ya se ha aclarado antes que lo más frecuente en la práctica será que, si los parientes actúan en confabulación con alguno de los progenitores, estos provengan de la familia

del sustractor, siendo más improbable que uno de los progenitores obtenga el apoyo de los parientes del otro progenitor (el no sustractor). Empero, tampoco puede tildarse este supuesto de imposible, por lo que debe ofrecerse una respuesta satisfactoria que sirva para resolver este tipo de casos.

De hecho, en un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid[446], es el padre quien había interpuesto una denuncia contra la madre ante la Guardia Civil de Águilas (Murcia) indicando que la hermana de la ex mujer se había puesto en contacto con él para informarle de que la madre del menor pretendía llevárselo de España y trasladarlo a Bolivia, dado que eran los abuelos maternos quienes verdaderamente se hacían cargo del niño y no la madre. Ante este aviso, el padre del menor solicitaba en la denuncia que las autoridades tomaran las medidas adecuadas para impedir la salida del mismo del territorio español debido a que no consideraba que el abuelo materno estuviese en condiciones de cuidar del niño en vista de su avanzada edad.

La inclusión o exclusión de los parientes de cualquiera de los progenitores compartará un gran número de consecuencias, tales como la posible afirmación de una autoría o coautoría por su parte y la imposibilidad de aplicar a estas personas la rebaja facultativa establecida por el artículo 65.3 CP referente a las reglas de participación de un *extraneus* en un delito especial si el comportamiento puede calificarse como una verdadera autoría.

De esta forma, si se limita el apartado quinto del artículo 225 bis a los parientes del progenitor sustractor, ello significaría que los parientes del progenitor no sustractor no pueden cometer la conducta de sustracción de menores en coautoría con el progenitor y, menos aún, cometerla por sí mismos, de forma que solo cabría considerarlos, en todo caso, cooperadores necesarios de dicha conducta y, posteriormente, debería comprobarse la posibilidad de aplicar la rebaja facultativa prevista para los *extraneus* en el artículo 65.3 CP. Asimismo, podrían ser imputados como inductores o cómplices.

Sin embargo, abrazar la opción de interpretar que dicho apartado solo tiene aplicación para el caso de los parientes de uno de los progenitores carecería de toda lógica, no encontrándose por el momento razonamiento alguno que permita defender dicha opción, más allá de los argumentos señalados *supra*, argumentos que, por ser sobremanera pobres y fácilmente rebatibles, han sido rechazados[447].

No obstante, no faltaban autores que defendían la imposibilidad de configurarse el progenitor custodio como sujeto activo, en vista de la antigua regulación, ergo restringían los parientes mencionados en el apartado quinto del artículo 225 bis a los parientes del progenitor no custodio[448]. Para la defensa de esta idea podían encontrarse argumentos como el siguiente: "En el caso de los parientes hasta el segundo grado, el precepto establece que son los del 'progenitor' no de los progenitores, así que debe entenderse que el círculo de posibles autores se limita a los parientes del progenitor que podría cometer el hecho, […] no puede descartarse que el hecho sea cometido por los propios familiares del progenitor competente, y la redacción legal impide su incriminación"[449].

---

[446] AAP Madrid núm. 622/2006, de 11 de diciembre.
[447] En el mismo sentido, incluyendo genéricamente a todos los parientes de los progenitores, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 40.
[448] Vid. CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 526 y SERRANO TÁRRAGA, Mª. D. *Curso de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 274.
[449] MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento práctico…,* Ob. cit., p. 1134.

Esto proviene de la antigua redacción, anterior a la reciente reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que arrojaba ciertas dudas en torno a los posibles sujetos activos del delito. Ciertamente, si se entendía que solo el progenitor no custodio podía cometer la conducta, pudiera entenderse que solo entraban dentro del tipo los parientes de dicho progenitor, de manera que la perpetración de la conducta por parte de los parientes del progenitor custodio, constituiría un supuesto de atipicidad. No sucedería en el caso de los abuelos, por cuanto son ascendientes del menor y el tipo señala que las penas "se impondrán igualmente a los ascendientes del menor", pero sí ocurriría con el resto de parientes mencionados en el precepto (los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad).

Con todo, resultaba chirriante la defensa de la idea de que solo los parientes del progenitor no custodio podían entrar en del apartado quinto del artículo 225 bis, en vista de que el precepto los engloba a todos ellos por igual, con independencia de si son por la rama del sustractor o del no sustractor. La conclusión alcanzada por esa vía suponía el nacimiento de ciertas lagunas que podían ser salvadas interpretando el tipo de manera que fueran incluibles los parientes de cualquiera de los progenitores, sin olvidar que, como acaba de mencionarse, es posible también que los parientes de un progenitor se confabulen con el otro para llevar a cabo la acción conjuntamente. Este ejemplo se resolvería de una forma pésima si se atiende a la interpretación que realizaba esa parte de la doctrina. Cabe imaginar que, a la luz de la nueva descripción, este sector doctrinal interprete de manera más amplia este último apartado del precepto.

En cualquier caso y sea cual sea la interpretación que se adopte, lo cierto es que el legislador vuelve a equivocarse en la estructura narrativa que utiliza y vuelve a sembrar un campo de dudas que, sin duda, germinará en que el precepto se aplique o no se aplique respecto de ciertas personas a criterio del juzgador, esparciéndose nuevamente semillas de inseguridad jurídica, algo que podría haberse evitado mediante el uso de una redacción más clarificadora.

Por consiguiente, de *lege ferenda* se solicita una modificación en la redacción del apartado quinto del artículo 225 bis CP en el sentido de que, o bien se incluya el doble rasero que cabe deducir del mismo, o bien se especifique que dicho doble rasero no existe y que los parientes de cualquiera de los progenitores quedan incluidos en el mismo, sin distinciones caprichosas e incoherentes.

En resumidas cuentas, siempre que el sujeto activo del delito sea el padre o la madre de este o los parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad de aquellos o, en general, un ascendiente del menor, debe aplicarse el tipo de sustracción de menores del artículo 225 bis. Es por ello que, cuando en el presente trabajo se aluda al sujeto activo o al progenitor como sujeto activo, se debe entender comprensivo también de los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta segundo grado[450].

[450] Si, por el contrario, es un sujeto ajeno a la familia el que lleva a cabo la sustracción en la modalidad de detención ilegal o de secuestro, deberá aplicarse el tipo correspondiente con la agravación prevista en el artículo 165 CP, teniendo en cuenta que en este caso la conducta sería completamente distinta a la del progenitor que sustrae al hijo y que, por tanto, los bienes jurídicos en juego son también diferentes. Si es un extraño el que se lleva al niño salimos de la esfera de los delitos contra las relaciones familiares para introducirnos en los delitos contra la libertad. Finalmente, para el caso de que sea un pariente de los no incluidos en el tipo del artículo 225 bis CP el que realice la conducta (existiendo encierro o detención), deberían aplicarse los tipos de detención ilegal o secuestro, concretamente el tipo agravado del artículo 165 y con la posibilidad de aplicar como agravante la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP.

*5.2 El sujeto pasivo del delito*

5.2.1 El menor de edad

El sujeto pasivo de un delito es el titular del bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro con la conducta típica[451]. Por este motivo, en función de lo que se entienda por bien jurídico protegido en la figura de sustracción de menores, el sujeto pasivo de la misma será uno u otro. Como bien se sabe, el delito de sustracción de menores ha estado ubicado en el Título dedicado a los delitos contra la libertad y la seguridad hasta su ubicación actual en el Título de los delitos contra las relaciones familiares, por lo que se ha entendido prácticamente desde su existencia que el bien jurídico protegido era la libertad o la seguridad o ambos, con el consiguiente debate doctrinal a tal efecto.

A pesar de que la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/2002 supuso la creación de un nuevo tipo de sustracción de menores, no tan distinto a la antigua figura como pudiera parecer, las teorías acerca de quién es el sujeto pasivo del delito no sufren grandes variaciones, permaneciendo en el seno de un marco bipolar que se mueve entre el menor y los padres.

El sujeto pasivo del delito de sustracción de menores debería ser el menor objeto de la sustracción[452], cuyo interés superior se ve menoscabado por efecto de aquella, con independencia del autor del tipo. Dado que tanto los derechos del menor como los del progenitor desposeído de la compañía del hijo son lesionados con la conducta, esta debería concebirse como una conducta pluriofensiva[453], pero ya se ha indicado anteriormente que la redacción del tipo impide estimar al menor como sujeto pasivo. A pesar de no ser sujeto pasivo, es la principal persona afectada por la conducta típica[454], además del sujeto pasivo de la acción. Ello es así porque, tras la sustracción, los niños suelen experimentar sentimientos negativos incluso años después, sin que aquella suela servir para mejorar la relación entre padres e hijos, algunos de los cuales acaban desarrollando problemas psicológicos[455], si bien un estudio demostró que las consecuencias perjudiciales que puede acarrear la sustracción para el menor no se relacionan con la duración de esta, la edad del niño, el tiempo que transcurre desde la sustracción o la adaptación del progenitor no sustractor, sino más bien con la forma en que es tratado el niño durante la sustracción y cómo se resolvió la situación[456].

---

[451] Así también, ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 244.

[452] A favor de que el sujeto pasivo es el menor, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 50; ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p. 441; CUGAT MAURI, M. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 576.

[453] A favor de que sujetos pasivos son el menor y el progenitor no sustractor, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 6 y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos...,* Ob. cit., p. 305.

[454] LANZA, E. *Diritto penale. Parte speciale – I* (dir. ALEO, S. – PICA, G.), CEDAM, Milán, 2012, p. 612.

[455] GREIF, G. L. "A parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent", *Child Psychiatry and Human Development,* vol. 31 (1), 2000, pp. 68-69.

[456] FOREHAND, R., LONG, N., ZOGG, C., y PARRISH, E. "Child Abduction. Parent and Child Functioning Following Return", *Clinical Pediatrics,* vol. 28, núm. 7, 1989, p. 315.

### 5.2.2 La persona o institución a quien corresponde el cuidado del menor

Contra todo pronóstico, el menor sustraído no es el sujeto pasivo del delito, sino que lo es el progenitor no sustractor, que ve directamente vulnerados sus derechos cuando se produce la sustracción[457]. De este modo, se suscriben las palabras de la doctrina cuando afirma que el padre o la madre desposeído de la compañía del hijo es sujeto pasivo "cualquiera que fuera el título por el que la ejercía en el momento de la sustracción, ya sea el derecho de custodia permanente, ya sea el derecho de visita, pues en ambos casos se ve privado ilícitamente del ejercicio de sus facultades como titular de una relación paterno filial sobre un hijo menor de edad"[458].

El sujeto pasivo de la conducta será siempre el progenitor u otra persona o la Administración, en el caso de que el menor se encuentre a cargo de un organismo público, que no pueda ejercer correctamente sus derechos de responsabilidad parental o custodia[459]. Normalmente, la sustracción de menores representa un ataque a la responsabilidad parental, aun cuando dicho ataque proviene por un progenitor. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el menor esté sometido a tutela o se encuentre bajo la custodia de un organismo público, en cuyo caso serán ellos los sujetos pasivos de la conducta.

En la modalidad de traslado, el sujeto activo será el progenitor que traslade al menor sin el consentimiento del otro, aunque conviene recordar que antes de la nueva redacción típica que entró en vigor el pasado 25 de junio, el sujeto activo solo podía ser el progenitor no custodio, por lo que, en consecuencia, el sujeto pasivo solo podía ser el progenitor que ejerciera la custodia (incluso de hecho o compartida) o quien en ese momento tuviera adjudicada la guarda y custodia del menor (abuelos, familiares, una institución, etc.). Quedaba la duda acerca de si el progenitor conviviente habitual del menor podía convertirse en sujeto activo cuando el otro progenitor también lo era (el frecuente caso de una pareja no separada en la que uno de los dos se traslada con el menor), algo negado mayoritariamente por la Jurisprudencia pero que era defendido en la presente investigación. El paso del tiempo ha dado la razón a esta inicial propuesta de *lege ferenda*, que ha pasado a convertirse en una disposición de *lege lata*. De esta manera, los derechos relativos al ejercicio de la responsabilidad de los dos progenitores gozan de una misma protección.

En la modalidad de retención, el sujeto activo puede serlo tanto el progenitor no custodio que, aprovechando el régimen de visitas, retiene al menor y no lo devuelve, con la consiguiente determinación del otro progenitor como sujeto pasivo; como el progenitor custodio que retiene al menor para impedir el disfrute del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, en cuyo caso sería este último el sujeto pasivo de la conducta; y ello sin contar con los supuestos en que son los otros parientes los que ejecutan el tipo o ambos progenitores en casos en que el menor está a cargo de un tercero o de una

---

[457] En contra, defendiendo que el sujeto pasivo es la comunidad, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 423.

[458] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E., "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1817 y CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 529.

[459] En línea muy parecida, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., PRIETO JUDEL, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.), 7ª ed., Tomo II, Pamplona, 2018, p. 317.

institución pública, siendo el Estado o la Administración Pública el sujeto pasivo en tal supuesto, que es quien ha asumido la tutela de aquel.

En otro orden de cosas y precisamente a causa de la alusión expresa que se hace en la modalidad de retención al incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, deben incluirse como sujetos pasivos los abuelos a quienes les haya sido concedido un régimen de visitas para disfrutar de la compañía de sus nietos cuando el progenitor custodio o no custodio lo retenga impidiendo dar cumplimiento a dicha resolución judicial o administrativa[460].

Igualmente, si el menor se encuentra a cargo de una tercera persona o de una institución (esto es, si está a cargo de la Administración), serán estos respectivamente los sujetos pasivos del delito, toda vez que a ellos les correspondía el cuidado del menor. Esto es así por cuanto el tipo se refiere (en la modalidad de traslado) a la falta de consentimiento de la persona o institución a la que se ha atribuido la guarda y custodia. Por consiguiente, serán dichas personas o instituciones (la Administración correspondiente, que es la que dicta la resolución sobre el destino del menor a cargo de una institución determinada) las que acaben configuradas como sujetos pasivos en el supuesto de perpetrarse una sustracción. De igual modo, si existe algún tipo de resolución que resulte incumplida de manera grave, por ejemplo, si el progenitor puede disfrutar de un régimen de visitas con el menor, aunque este permanezca bajo el cuidado de una institución pública u otra persona distinta del otro progenitor y no lo reintegrara en el momento previsto, también confluirían los elementos típicos.

Este es también el sentir de la doctrina y la Jurisprudencia italiana, que sitúan el bien jurídico en la responsabilidad parental, lo que convierte al padre o al tutor en el sujeto pasivo de la conducta[461], si bien se reconoce que los derechos del menor (al menos en la modalidad de sustracción sin consentimiento del niño) se ven igualmente lesionados con la conducta[462].

### *5.3 Toma de postura*

Parece apropiado acabar este epígrafe con una reflexión acerca de todo lo que se ha visto a lo largo del mismo. Como se ha podido apreciar, el delito de sustracción de menores se configura como un delito especial, luego le afectarán los conflictos propios de esta especie de delitos, sobre todo en lo concerniente a la participación.

La reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, afecta fundamentalmente a los sujetos del delito, aun cuando ello también tendrá correspondencia en el área del bien jurídico protegido y, por supuesto, en la propia conducta típica. Con dicha reforma, el debate acerca de si el progenitor custodio podía o no cometer el delito en la modalidad de retención desaparece, así como también las dudas concernientes a si era posible aplicar el tipo en supuestos de falta de existencia de resolución judicial y la limitación que implicaba la atipicidad del traslado producido por el progenitor al que se le había atribuido la guarda y custodia.

---

[460] También LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 51.
[461] PEZZANO, R. *Codice Penale Operativo. Annotato con dottrina e giurisprudenza* (dir. PETRUCCI, R.), 11ª ed., Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2015, p. 1401.
[462] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle leggi penali speciali*, Neldiritto Editore, 9ª ed., 2016, p. 1899.

A pesar de que en este trabajo se defiende que todos estos casos que la Jurisprudencia consideraba atípicos en realidad podrían incardinarse en el tipo de sustracción de menores, la opción doctrinal mayoritaria negaba parte de los mismos, por lo que el legislador, con acierto, ha eliminado de raíz toda esta discusión al exigir que el traslado se efectúe con el consentimiento del otro progenitor, sin ninguna otra especificación, luego ello permite dar entrada a la tipicidad de las conductas producidas por custodios y no custodios, objetivo principal de la reforma, como así afirma la propia Exposición de Motivos, si bien habría sido deseable que el legislador acotase los supuestos y aclarase si es necesario o no la existencia de dicha autorización incluso en los casos de inhabilitación o privación de la patria potestad. Ante el silencio del legislador, debe interpretarse que, en estos casos, el traslado será lícito aun cuando no exista el consentimiento del inhabilitado o privado de la responsabilidad parental, aunque habrá que esperar para saber la interpretación del tipo por parte de la Jurisprudencia.

La complejidad de esta temática concerniente a los sujetos activos es apreciable no solo por las alusiones al "progenitor", que tanta crítica ha causado al referirse a una realidad puramente biológica, sino especialmente por el apartado quinto del precepto, que incluye una serie de parientes, sin una interpretación clara y rotunda al respecto. De ahí que quepa interpretar que el párrafo aluda a situaciones de verdadera autoría en connivencia con el progenitor sustractor o, en su caso, que pueda extenderse a autorías autónomas al margen del comportamiento de los padres. En este estudio se ha defendido la segunda interpretación, más amplia, con base no solo en la redacción del tipo, que no parece circunscribirse a ese tipo de situaciones de confabulación con el progenitor, sin olvidar que la conducta de sustracción entre parientes parece más incardinable en las relaciones familiares que en el ámbito de la libertad ambulatoria. Con todo, la confusión es máxima cuando se trata de decidir si "parientes del progenitor" hace referencia a los parientes de ambos progenitores o si solo a los del progenitor sustractor, habiéndose ya mencionado que es preferible la primera opción, en vista de que se ha interpretado también que todos ellos pueden cometer el tipo en una autoría autónoma.

No obstante, todos estos quebraderos de cabeza se habrían solucionado si se hubiese seguido el patrón italiano en el sentido de establecer un tipo común en el seno de los delitos contra las relaciones familiares, en el que tuviera cabida, como cualquier otra persona, el padre y la madre y con una pena específica de inhabilitación para el caso de que sea uno de los padres el que cometa la conducta contra el otro. Esto termina con todos los obstáculos previstos. En Italia, al entenderse que el delito es común y que en todo caso se vulnera la responsabilidad parental o la tutela, todos estos inconvenientes desaparecen, pues cualquiera puede cometer la conducta, con la posibilidad de aplicar un concurso de delitos con el secuestro si además se produce un encierro o una detención, en cuyo caso se estaría afectando la libertad ambulatoria[463].

Esta opción es óptima, dado que ciertamente cuando se sustrae al menor de la esfera de los padres, se vulnera la patria potestad, la responsabilidad parental, se impide a quien tiene atribuido el cuidado del menor el poder cumplir con sus obligaciones legales. Si, asimismo, se viera afectada la libertad ambulatoria, se cuenta con los tipos de detención ilegal y secuestro. Quiere decirse, cuando se produce un caso de sustracción, las circunstancias del caso nos informarán acerca de qué bien jurídico se ha lesionado y, consecuentemente se aplicará un tipo u otro.

[463] GAROFOLI, R. *Codice Penale e…,* Ob. cit., p. 1901.

Empero, el legislador ha optado por la creación de un tipo especial que incluye al progenitor pero también a otra serie de parientes. Y por ese motivo se ha causado un mar de inconvenientes que hacen difícil una interpretación correcta y unánime. Por ello, el legislador debe poner remedio a esta situación y reestructurar el tipo, convirtiéndolo en delito común o, por el contrario, manteniendo el carácter especial, pero concretando con una redacción menos ambigua qué personas están potencialmente legitimadas para realizarlo.

### 6. El objeto material del delito

Por objeto material se entiende la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica[464]. El objeto material de la figura objeto de estudio es el propio menor, que resulta trasladado o retenido, en definitiva, sustraído, por alguno de los sujetos con capacidad para ejecutar la acción: el progenitor, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En este sentido, el objeto material del delito actual de sustracción de menores coincide con el de Códigos Penales anteriores. Tradicionalmente configurado en torno a tres conductas diferenciadas, la doctrina también se pronunció acerca del objeto material de este delito y, en referencia a las conductas recogidas en el Código Penal de 1944[465], se defendía que el objeto material era el menor (menor de siete años en el caso de la conducta recogida en el artículo 484 y menor de veintiún años en el caso de las conductas tipificadas en los artículos 485 y 486[466]). En definitiva, aunque la conducta ha ido evolucionando hasta llegar a la configuración de un delito especial, lo cierto es que el objeto material sigue siendo el menor, puesto que es la persona sobre la que recae la sustracción, la persona sustraída.

En el caso del traslado, es el menor el que resulta transportado y, en la modalidad de retención, es él quien resulta retenido, incumpliéndose así gravemente una resolución judicial. El menor será siempre el objeto material del delito[467]. En este caso, el sujeto pasivo del delito y el objeto material no coinciden, por cuanto el sujeto pasivo siempre será la persona cuyos derechos se ven vulnerados por efecto de la sustracción pero el sujeto sobre el que recae la acción, el objeto material, es el menor sustraído.

### 7. Los elementos de la conducta típica

El tipo se refiere a la descripción de los elementos de la conducta típica[468]. Como señala la doctrina, el tipo cumple tres funciones: garantista, indiciaria y motivadora. Así, el tipo garantiza el cumplimiento del principio de legalidad, pues permite la concreción tanto de la conducta delictiva como de las consecuencias jurídicas que conlleva la realización de la misma; es indiciario de la antijuridicidad, teniendo en cuenta que

---

[464] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 452.

[465] Recordemos que el Código Penal de 1944, siguiendo los Códigos anteriores, tipificaba tres conductas diferentes: sustracción de un menor de siete años (artículo 484); no presentación de un menor ante sus padres por parte del que está encargado del mismo, o no otorgar una explicación satisfactoria acerca de su paradero (artículo 485); inducción a un menor de edad, pero mayor de siete años, a abandonar el hogar familiar (artículo 486).

[466] COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas… (segunda parte)", Ob. cit., pp. 436 y ss.

[467] DELPINO, L. *Diritto penale. Parte speciale*, 19ª ed., Simone, Nápoles, 2012, p. 458.

[468] En la misma línea, MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. Cit., p. 339.

finalmente el juicio de antijuridicidad puede arrojar como resultado que la conducta no es antijurídica debido a la presencia de alguna causa de justificación[469]; y motiva en el sentido de establecer una "conminación penal como mensaje que pretende orientar hacia un modelo mínimo de convivencia pacífica"[470].

El artículo 225 bis castiga al progenitor que sustrae a su hijo menor de edad sin causa justificada, ofreciendo un concepto bidireccional de sustracción, concepto adoptado de los distintos Convenios internacionales de los que España forma parte[471]. Por un lado, el sujeto puede trasladar al menor del lugar de residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de la persona o institución encargada de su custodia y, por otro lado, se puede retener al menor incumpliendo gravemente el deber impuesto por resolución judicial o administrativa. De esta manera, la sustracción puede tener lugar de dos formas, ambas castigadas con la misma pena. Por consiguiente, será necesario estudiar los elementos típicos de cada una de ellas al objeto de dilucidar cuándo sobreviene la responsabilidad penal.

### *7.1 Hijo menor de edad*

#### 7.1.1 Concepto de minoría de edad

El tipo castiga al progenitor que sustraiga al hijo menor de edad, quedando este configurado como el objeto material del delito, el sujeto sobre el que va a recaer la acción. Empero, como se ha visto con ocasión del sujeto activo, este no siempre ha de ser el progenitor, por lo que el objeto material no siempre será el hijo del autor del delito. Como la conducta puede ser cometida por cualquier ascendiente del menor, este puede ser nieto o bisnieto del sujeto activo; del mismo modo, la posibilidad de que el sujeto activo sea un pariente del progenitor de hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, hace que el sujeto pasivo pueda ser, por ejemplo, un sobrino.

En cuanto a lo que debe entenderse por menor, el legislador mantiene un criterio que induce a confusión hasta el extremo de que algo tan simple como el término "menor" suscita dudas. En efecto, el legislador utiliza las expresiones "menor de edad" y "menor", sin que quepa deducir ningún criterio de distinción. Puede que ambas expresiones sean utilizadas arbitrariamente y que, en cualquier caso, se refieran a una persona menor de edad, es decir, un menor de dieciocho años[472]. Pero también cabe interpretar que cuando el legislador se refiere a un menor de dieciocho años utiliza la expresión "menor de edad" y que la expresión "menor" posee otro significado.

Tanto el artículo 225 bis como el apartado segundo del artículo 224 CP (ambos introducidos por la LO 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), prescinden de la expresión "menor de edad" y hacen referencia exclusiva al "menor". ¿Debe entenderse esto como un descuido del legislador, queriendo este referirse también en esta ocasión a la persona menor de edad, o está introduciendo un nuevo término con un nuevo significado? Parece que, si el legislador quisiera introducir un

[469] MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. Cit., p. 341.
[470] QUINTERO OLIVARES, G. *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. *et al.*), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 47.
[471] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 50.
[472] Así lo entiende DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 291.

nuevo concepto, debería explicar en qué consiste. Si se entiende por "menor" una persona de edad inferior a dieciocho años, el precepto ganaría en seguridad jurídica, puesto que se establecería un límite concreto de edad. Si se entiende por "menor" un niño pequeño que no ha adquirido aún la madurez suficiente como para decidir acerca de su persona, la presencia del tipo requeriría en cada caso concreto un informe psicológico relativo al grado de madurez del menor. Esto supondría que la consumación del delito dependería de si el menor puede o no puede tomar decisiones que afecten a su persona, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello plantea.

Por otro lado, no pude dejar de revisarse el contenido del Código Civil en lo tocante a la patria potestad y a la guarda y custodia, dada la estrecha relación que guarda con la temática objeto de investigación en este estudio. Así, las medidas establecidas en el artículo 158 CC destinadas a evitar que se produzca una sustracción de menores parecen referirse a menores de edad. Del mismo modo, el artículo 169 CC del mismo cuerpo normativo establece que una de las vías por las que se extingue la patria potestad es la emancipación. Si se acude al artículo 314 CC, este señala que la emancipación se produce, entre otras causas, por la mayoría de edad. Por tanto, estos dos artículos determinan que los hijos se encuentran bajo la patria potestad de sus padres hasta que adquieren la mayoría de edad (sin perjuicio de otros supuestos que producen tanto la emancipación como el fin de la patria potestad). Estos motivos inducen a pensar que por menor ha de entenderse, a falta de otra concreción en el tipo, menor de dieciocho años[473], un criterio que dista en gran medida del acogido por los Códigos Penales anteriores, en los que la edad máxima del menor sustraído era de siete años.

Por consiguiente, por "hijo menor" habrá de entenderse la minoría legal en España, quiere decirse, el hijo debe ser menor de 18 años, pues así lo dictaminan el artículo 315 CC y el artículo 12 CE[474]. Esta teoría es avalada, asimismo, por la Jurisprudencia, como

[473] En el mismo sentido, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 5 y CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 529.

[474] La edad a la que se alcanzaba la mayoría de edad no ha sido siempre la misma en España, habiendo sufrido varias modificaciones con el transcurso del tiempo. El Código Civil de 1889 fijaba la mayoría de edad a los veintitrés años cumplidos, según el artículo 320. No obstante, los Derechos Forales impedían que esta edad fuese unánime en toda España, por lo que había Comunidades Autónomas que preveían una mayoría de edad diferente. Es el caso de Aragón, donde la mayoría de edad se alcanzaba un poco antes, a los veinte años; y Navarra y Cataluña, donde la mayoría de edad se alcanzaba dos años después, a los veinticinco. LASSO GAITE, J.F. explica que en Navarra regían los veinticinco años por costumbre contra ley, pues el Amejoramiento establecía catorce años para los varones y doce años para las hembras, en *Crónica de la Codificación española. 4, Codificación civil: (génesis e historia del código),* vol.1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 750. Hubo varios intentos fallidos de rebajar la mayoría de edad. Finalmente, fue la Ley de 13 de diciembre de 1943 la que unificó la mayoría de edad para todos los españoles a los veintiún años, cuya vigencia comenzó el 1 de enero de 1944. Por tanto, a partir del 1 de enero de 1944 aparece un criterio unánime sobre mayoría de edad en todo el país. Sin embargo, habían transcurrido muchas décadas en las que esto no había sido así y esa cuestión civil tenía su repercusión en Derecho Penal, por cuanto los delitos relativos a la sustracción de menores en todos los Códigos Penales hacían una alusión expresa al "menor de edad". Si en distintas Comunidades Autónomas la edad fijada para alcanzar la mayoría de edad era diferente, esto podría conllevar la confusa situación de que una misma conducta podría ser delictiva en un lugar, pero no en otro, dependiendo de lo que se entendiera por mayor de edad en cada uno. Por ejemplo, si la mayoría de edad estuvo fijada en veintitrés años desde la entrada en vigor del Código Civil de 1889 hasta la modificación operada por la Ley de 13 de diciembre de 1943, un niño de veintidós años inducido al abandono del hogar en el que vive o no presentado ante sus padres podía ser sujeto pasivo de un delito de sustracción de menores. Sin embargo, si ese niño fuese aragonés, no podría serlo al no ser ya considerado menor de edad. De la misma manera, si el sujeto pasivo tuviese veinticuatro años, la misma conducta no sería delictiva en la mayor parte del país, pero sería constitutiva de delito en Navarra y Cataluña, donde los jóvenes eran menores de edad hasta los veinticinco años. Tres

lo demuestra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid: *La estructura del esquema de situación de hecho constitutiva del delito, se observa que su núcleo consiste en sustraer injustificadamente, uno de los progenitores, a su hijo menor, entiéndase de edad*[475].

Con todo, esta interpretación no es unánime y existen sectores doctrinales que establecen otros criterios, como el que defiende que debe excluirse este límite de dieciocho años porque "parece evidente que el artículo 225 bis 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 que precisa de alguna manera el consentimiento del menor, bien en presencia de un delito de detenciones ilegales" [476].

Puede atenderse a la madurez del menor a partir de los doce años y tener siempre en cuenta su criterio a partir de los dieciséis[477], argumento basado respectivamente en el Código Civil, que dictamina en diferentes ocasiones la necesidad de oír a los niños a partir de los doce años y en el artículo 4 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que sanciona que el convenio es aplicable en materia de sustracción hasta que los niños cumplan dieciséis años .

Sin embargo, el hecho de atender a la madurez del menor es un criterio que adolece de una gran inseguridad jurídica, toda vez que la aplicación del tipo dependería de lo que dictaminase un informe pericial acerca del grado de desarrollo del menor[478]. El tipo no presenta ninguna señal de que deba jugarse con las distintas edades marcadas en el Código Civil o en el Convenio de la Haya, al igual que no se alude en ningún momento a la madurez del menor. Por ello el sujeto pasivo del delito tipificado en el artículo 225 bis es, genéricamente, la persona menor de dieciocho años.

Con todo, existen diferencias obvias entre un menor de tres años y uno de diecisiete. A pesar de que ambos puedan ser sujetos pasivos de la acción (que no del delito) de sustracción de menores, las características de uno y otro determinarán que se deba atender al caso concreto para determinar si se está en presencia de un tipo penal u otro, dada la

---

décadas después, el Real Decreto-Ley 33/1978, publicado en el B.O.E. el 17 de noviembre del mismo año, momento en el cual comenzó su entrada en vigor, modifica la mayoría de edad, estableciéndola en dieciocho años, con la consiguiente modificación del Código Civil. La Constitución española de 6 de diciembre de 1978, publicada en el B.O.E. el 29 de diciembre del mismo año, fue la primera que cristalizó la edad a la que se alcanzaba la mayoría de edad en el artículo 12. Hasta ese momento, la mayoría de edad había sido fijada por otras leyes, especialmente por Códigos Civiles. Ahora también la Constitución reservaba un artículo para dicha materia. Esto conlleva que, en caso de querer procederse a una modificación de la mayoría de edad, debería procederse primero a la modificación de la Constitución, dado que ninguna Ley del Ordenamiento jurídico puede ser contraria a esta.

[475] AAP Madrid núm. 622/2006, de 11 de diciembre.

[476] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal… *",* Ob. cit., pp. 46-47.

[477] *Ibídem*, p. 49.

[478] Recuérdese que la responsabilidad penal de los menores se fijó en catorce años para cumplir la exigencia de seguridad jurídica establecida en el artículo 9.3 de la Constitución, pues dicho límite debía marcarse en algún punto, y también en estos casos sería lógico atender a la madurez del menor para comprobar si podía comprender el alcance y las consecuencias del delito cometido. Empero, este criterio presentaría una gran inseguridad jurídica e iría en contra de los dictados de nuestra norma suprema. Por tal razón, la edad de responsabilidad penal se fijó en catorce años. Con independencia de que haya partidarios y detractores de ese límite de edad, lo cierto es que es un criterio totalmente objetivo. Las mismas razones deben aducirse para determinar quién puede ser sujeto pasivo de un delito de sustracción de menores.

dificultad de que pueda sustraerse a un menor de edad ya adolescente, que puede oponer mayor resistencia que un niño de corta edad a ser trasladado o retenido ilícitamente. Quizá esta haya sido la razón por la que los Convenios internacionales sobre sustracción de menores no han fijado el límite de edad en dieciocho años, sino en dieciséis, entendiendo que, una vez alcanzada esa edad, el menor no puede ser objeto de un traslado ilícito. De hecho, la edad media de un menor sustraído es de 6,4 años, resultado que se obtiene de la edad media de los niños sustraídos por la madre (6 años) y la edad media de los niños sustraídos por el padre (7,2)[479].

Sería bastante difícil sustraer a un adolescente, ya sea en la modalidad de traslado o de retención, sin su consentimiento. Esto no significa que un adolescente no puede ser objeto de este delito, pues todas las posibilidades caben en Derecho penal. No obstante, la facilidad que presenta un recién nacido o un niño de corta edad, dada su escasa resistencia y su vasta ingenuidad, no es la misma que en el caso de un menor de edad adolescente, por ejemplo, de diecisiete años, consciente de lo que ocurre a su alrededor. Es por ello que la mayoría de los casos jurisprudenciales recaen sobre menores que aún no han alcanzado la pubertad.

En el caso de que la sustracción se produzca contando con el consentimiento del menor, puede que ya nos estemos adentrando en el terreno de otro tipo penal, como puede ser el delito de inducción a abandonar el domicilio familiar. Ello implica que debe analizarse cada caso concreto para determinar si existe o no consentimiento, si ese consentimiento es válido y si, en definitiva, se encuentran presentes los elementos que darían lugar a la aparición del tipo. Esto es así porque, si se cuenta con el consentimiento del menor y es este el que por su propio pie decide abandonar el domicilio que constituye su residencia habitual, a proposición del padre, la acción de este no se incardinaría dentro del artículo 225 bis CP, sino que se configuraría como un delito de inducción de un menor a abandonar el domicilio familiar, en vista de que el padre no estaría ejecutando como tal una sustracción en calidad de autor, antes al contrario, sería un inductor que habría llevado a su hijo a infringir el régimen de custodia que hubiese sido determinada judicial o administrativamente. Por tanto, la conducta se integraría en el artículo 224.2 CP. Todo esto en el caso de que el menor cuente con una capacidad suficiente como para poder tomar decisiones por sí mismo[480].

Puede que el menor sea un sujeto que tenga suficiente madurez como para decidir con quién quiere residir o con quién desea permanecer en cada momento. No puede olvidarse que los menores de edad tienen derecho a ser oídos siempre que presenten un grado suficiente de madurez y, en todo caso, cuando sean mayores de doce años y así queda establecido en el artículo 156 CC. En este supuesto, suscribo lo expuesto por la doctrina cuando afirma lo siguiente: "Si se trata de un sujeto que es capaz de decidir con quién quiere estar, no se podrá hablar de afección a la libertad, salvo que se produzca el traslado o retención en contra de la voluntad del menor con capacidad de decidir, y entonces, se debería plantear la aplicación del correspondiente tipo de detención ilegal"[481].

---

[479] OTAEGUI AIZPURUA, I. *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas* (dir. GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 480.

[480] La relación tan estrecha entre ambos preceptos también ha sido puesta de manifiesto por TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1817.

[481] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 48.

En el supuesto de que el progenitor lleve a cabo la conducta de sustracción pero contando con el consentimiento del menor y suponiendo que este tenga capacidad suficiente para decidir acerca de su persona, la conducta debería quedar exenta de responsabilidad penal[482], algo que se analizará más detenidamente en el epígrafe correspondiente[483].

En otro orden de cosas, el precepto no se está refiriendo con la expresión "a su hijo menor" a que deba tratarse forzosamente del hijo más pequeño lo que, además, dificultaría mucho la aplicación en caso de existencia de un solo hijo, pues este sería el mayor y el menor al mismo tiempo[484]. Por otro lado, aunque el legislador haga uso del vocablo "hijo", no cabe interpretar que la conducta seria atípica de sustraerse a una "hija", pues tal distinción no tendría sentido[485].

Finalmente, no sería correcto tampoco interpretar que, como el precepto hace referencia a los hijos en singular ("su hijo menor"), la conducta no pueda producirse cuando exista más de un hijo, lo contrario sería incoherente e incluso rayaría en la pérdida de credibilidad y seriedad del Derecho penal, pues "no se está pidiendo que se trate de "el más pequeño de los hijos, ni es preciso que se trate de un varón menor de edad; como desde luego el "su" no impide que se cometa el delito si hay varios hijos [...] Lo que se pide es que se trate de un descendiente menor de edad" [486].

Aun reafirmando la dudosa calidad técnica en la redacción del tipo, una interpretación lógica y acorde con la sociedad en la que vivimos debería pasar por descartar todas estas posibilidades, pues claramente el precepto abarca a todos los hijos, sean niños o niñas, siempre que sean menores de edad, con independencia de si se sustraen todos, varios o uno solo de los hijos y, en este último caso, siendo indiferente que el menor sustraído sea el menor, el mayor o esté entre medias de otros hermanos.

### 7.1.2 Otros supuestos

Cuando el tipo se refiere a hijo menor de edad, existen dos supuestos complejos que pueden representar problemas interpretativos, pudiendo existir dudas acerca de si en dichos casos, aquel resultará de aplicación: el primero de ellos alude a los menores emancipados. Así, un menor emancipado es técnicamente hablando un menor, pero no podría ser objeto material de este delito[487]. El artículo 323 CC habilita al menor emancipado para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, si bien con algunas excepciones[488]. Por otra parte, el artículo 154 del mismo Código establece que

---

[482] En el mismo sentido, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 52.

[483] Dado que el propio Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor en su artículo 9 sancionan el derecho del menor a ser oído y tenido en cuenta a la hora de tomar decisiones que le afecten, no hay motivo por el cual debiera sancionarse a un progenitor que actúa en consonancia con los deseos de su hijo, siempre y cuando este tenga capacidad para decidir.

[484] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 522.

[485] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 90.

[486] *Ibídem*, p. 90.

[487] De la misma opinión, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 5.

[488] El artículo 323 CC indica que: "*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor*

los hijos e hijas no emancipados se encuentran sujetos a la patria potestad de los progenitores, lo que *a sensu contrario* significa que un menor emancipado no está sujeto a la patria potestad. Si un menor emancipado no está sujeto a la patria potestad de sus progenitores, no puede ser objeto de una sustracción de menores, no existe responsabilidad parental que respetar ni resolución judicial que cumplir. La posible sustracción de un menor emancipado podría ser objeto de los tipos penales de detención ilegal o secuestro en la medida en que se vea coartada su libertad ambulatoria.

El segundo supuesto problemático es el caso del mayor de edad con patria potestad prorrogada. La figura de la patria potestad prorrogada sirve para que un hijo mayor de edad que resulta incapacitado vuelva a estar sujeto a la patria potestad de sus padres, como si fuera menor de edad. Dicha figura se encuentra regulada en el artículo 171 CC[489]. Una persona mayor de edad incapacitada y sujeta a la patria potestad es equiparable a un menor de edad que, por el hecho de ser menor, se encuentra bajo la patria potestad de sus progenitores. Sin embargo, pese a tal equivalencia, el tenor literal del artículo 225 bis CP no permite incluir este tipo de sujetos en el tipo, pues indica claramente *"el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor"*. Es un gran descuido del legislador no haber tenido en cuenta a esta clase de personas, cuya sustracción puede vulnerar el bien jurídico de la misma manera que tratándose de un menor de edad, por lo que se propone *de lege ferenda* su inclusión[490]. Piénsese que un menor de diecisiete años tendría menos posibilidades de ser sustraído en contra de su voluntad que un mayor de veinticinco incapacitado, por lo que no se entiende tal desprotección, en vista de que en estos casos siempre existe una resolución judicial clara relativa a la custodia de aquel.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina cuando afirma que "dado el principio de legalidad, en el caso de sustracción del hijo incapaz[491] mayor de edad, no sería de aplicación el artículo 225 bis. Y si no existe una voluntad contraria del mismo de permanecer con aquel que no posee la custodia y tampoco existe encierro, sería difícil hablar de detención, por lo que se produce una grave laguna punitiva"[492].

Efectivamente, habrá múltiples ocasiones en las que la conducta de sustraer a un hijo mayor de edad con discapacidad necesitado de especial protección sea considerada atípica. Como se afirmaba anteriormente, el artículo 225 bis no puede aplicarse bajo ningún concepto a estos supuestos, por mandato imperativo del principio de legalidad, dado que el Derecho penal debe interpretarse restrictivamente y queda prohibida la analogía *in malam partem*. Si la norma se refiere única y exclusivamente al "hijo menor" no puede extenderse su aplicación a hijos mayores aunque realmente continúen sometidos a la patria potestad de sus progenitores. Tras quedar inutilizado el delito de sustracción de menores cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones, solo resta

---

*emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".*

[489] El artículo 171 CC indica que: *"La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título".*

[490] En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 75.

[491] Actualmente denominados personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

[492] LLORIA GARCÍA, P. *"*La regulación penal*…",* Ob. cit., p. 50.

responsabilizar al sujeto activo de la conducta a través de los tipos penales de detención ilegal y de secuestro y dicha aplicación dependerá de las circunstancias del caso.

En aquellos casos en los que el hijo mayor de edad con discapacidad necesitado de especial protección muestre una voluntad contraria a permanecer con quien lleve a cabo la conducta de sustracción, esta puede ser integrada en un tipo de detención ilegal, por cuanto se vería afectada su libertad ambulatoria, aunque habrá que ver si existe encierro o detención. En caso contrario, si el potencial sujeto pasivo de esta conducta mostrase su voluntad acorde con el sustractor, dado que no puede decidir por sí mismo debido a su discapacidad, pero tampoco verse afectada su libertad ambulatoria, la conducta sería impune, salvo que pueda aplicarse un delito de desobediencia. Ergo queda creada una laguna punitiva que impide apreciar delitos de detención ilegal salvo que exista verdaderamente un encierro o una detención, en tanto tampoco podemos decantarnos por el delito de sustracción de menores porque el tipo no lo permite[493].

Dado que una crisis matrimonial o una crisis de pareja puede producirse una vez que los hijos son mayores de edad, sería posible que alguno de ellos siga estando sometido a la patria potestad prorrogada. Es por ello que se discrepa del razonamiento de algunos sectores doctrinales que justifican que el legislador haya incluido como sujeto pasivo únicamente a los hijos menores de edad: "Con este delito, […] pretende darse respuesta a problemas que se han planteado en la práctica a consecuencia de crisis de parejas con hijos menores. Por ello, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de delitos contra los derechos y deberes familiares, el sujeto pasivo de esta conducta es sólo el menor de edad y no la persona con discapacidad necesitada de especial protección"[494].

La objeción principal que cabe hacer con respecto a esta exclusión es que el bien jurídico protegido, es decir, los derechos de responsabilidad parental o de custodia se ven vulnerados exactamente en la misma medida que cuando el sujeto es menor de edad. En ambos casos, existe un régimen, de hecho o de derecho, que se incumple, se rompe con esa sustracción. Por lo tanto, el legislador no ha protegido eficazmente el bien jurídico porque permite otras formas de ataque igualmente idóneas.

No existe justificación alguna para excluir del tipo a personas que pueden incluso presentar una mayor vulnerabilidad que algunos menores, pues los adolescentes que están cercanos a la edad adulta presentan mayor dificultad para ser sustraídos que una persona con discapacidad necesitada de especial protección[495]. Ya sea porque el legislador decidió expresamente excluirlos del tipo o por un despiste al no tener en cuenta los supuestos de patria potestad prorrogada, esta parte debería reformarse, de manera que se dé entrada como víctimas de sustracción a los hijos en situación de sometimiento a una patria potestad prorrogada, independientemente de su edad.

En este sentido, acierta el Ordenamiento jurídico-penal italiano, al configurar expresamente un tipo de sustracción que recae sobre personas enfermas de mente, a las que en España se denomina personas discapacitadas, necesitadas de especial

[493] MONGE FERNÁNDEZ, A., establece que sería posible la inclusión de estos sujetos mediante una interpretación teleológica del precepto, aunque reconoce que esto podría traducirse en una *analogía in malam partem*, prohibida en Derecho penal. En *El delito de sustracción…*, Ob. cit., pp. 74-75.
[494] CASTIÑEIRA PALOU, Mª T - MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª), 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015, p. 210.
[495] Opina lo mismo ROCA AGAPITO, L. *Derecho penal…,* Ob. cit., p. 920.

protección[496]. Así, los casos que en territorio español quedan fuera del tipo, en vista de que solo se ha tenido en cuenta la edad del sujeto, en territorio italiano son castigados expresamente, dado que tanto los menores de corta edad como las personas discapacitadas necesitadas de especial protección presentan como característica común esa falta de madurez y de discernimiento que les hace especialmente vulnerables. Y es que este tipo de acciones no integran un delito de secuestro porque no es lo mismo la libertad ambulatoria (protegida en ese delito) que la libertad para vivir en un ambiente determinado en el que poder desarrollarse, que forma parte del delito de sustracción[497].

*7.2 El traslado o la retención*

El segundo apartado del artículo 225 bis CP aporta un concepto de sustracción, es decir, el legislador establece qué debe entenderse por sustracción a fin de poder aplicar el tipo, para lo cual se ofrecen dos fórmulas: el traslado y la retención.

Ciertamente no cualquier conducta puede integrar el tipo, por cuanto eso supondría instrumentalizar el Derecho penal a los intereses individuales del progenitor que aprovecha cualquier descuido del otro para interponer una denuncia, colapsando la Justicia innecesariamente. Debe tratarse, pues, de una conducta suficientemente grave para poder ser considerada delictiva, que produzca una efectiva lesión del bien jurídico protegido, de manera que pueda afirmarse que la conducta del sustractor está perjudicando seriamente los derechos del otro progenitor o del tutor o institución a cargo del niño. En definitiva, no cualquier incumplimiento es apto para integrar el tipo, solo aquellos que lesionen o pongan en peligro objetivamente los derechos del progenitor no sustractor (salvo en los supuestos en que ambos progenitores hayan sido privados de la patria potestad, en cuyo caso el perjuicio es causado a la institución encargada de su cuidado).

La doctrina se muestra partidaria de esta idea de exigencia de que la conducta presente una cierta entidad y pueden encontrarse afirmaciones como la siguiente: "La intención o propósito final de la acción, o si se quiere la especificidad del dolo, que no es evidentemente la de poner en peligro la seguridad del menor sino el de atraerlo para sí por explicables y a veces exacerbadas motivaciones sentimentales que podrían llegar hasta supuestos de inexigibilidad de otra conducta, alejarían aquella tipificación de sustracción de menores, […] reservando la grave calificación penal de sustracción para aquellos supuestos en que la acción de los progenitores, inspirada en motivaciones éticas inatendibles, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo los derechos del menor"[498].

Más allá de las reservas en relación al sujeto pasivo, el progenitor o quien ostente la custodia del niño, lo cierto es que esto constituye una defensa enérgica del principio de intervención mínima en el sentido de que debe quedar clara la lesión o puesta en grave peligro del bien jurídico protegido para que la conducta pueda ser considerada típica. En caso contrario, el Derecho penal no debería intervenir. Los derechos e intereses del padre o tutor deben sufrir un grave riesgo o una efectiva lesión para dar entrada al delito de sustracción de menores.

---

[496] Artículo 574 del Código Penal italiano.
[497] TRAMONTANO, L. *Codice Penale Spiegato con esempi pratici, dottrina e giurisprudenza*, 15ª ed., Casa Editrice La Tribuna (CELT), Piacenza, 2015, p. 956.
[498] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al ...,* Ob. cit., p. 598.

### 7.2.1 El traslado

El primer párrafo implica un traslado del menor del lugar de residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de la persona o institución a quien se le haya confiado su guarda o custodia. Por consiguiente, ambos progenitores pueden cometer la conducta del traslado. No obstante, se ha de puntualizar que hasta la reciente reforma de la LO 8/2021, de 4 de junio, el traslado exigía el consentimiento del progenitor conviviente o de la persona o institución que tuviese la custodia, frente al nuevo elemento típico que abarca el consentimiento del otro progenitor, sin distinciones entre custodio o no custodio. En consecuencia, esta primera modalidad solo podía ser realizada por quien no tenía atribuida la custodia del menor o no conviviera con él de manera habitual (por ejemplo, quien disfrutaba de un régimen de visitas). A partir de esta reforma, que ha posibilitado que la conducta sea cometida por ambos progenitores, cabe pensar que esta modalidad comience a tener una aplicación más pronunciada, en vista de que hasta el momento la línea jurisprudencial mayoritaria se limitaba a aplicar el tipo en supuestos en que el sustractor disponía de un régimen de visitas, perjudicando los derechos del custodio.

Por tanto, uno de los elementos del tipo (que se analizará posteriormente) es actuar *sin consentimiento* del otro progenitor o de la institución al que se haya atribuido la custodia. En el caso de contar con dicho elemento, la conducta sería atípica porque no estarían presentes todos los elementos del tipo. Quiere decirse, si concurre el consentimiento del otro progenitor o de la persona o institución a cargo de la custodia, la conducta de trasladar al menor estaría autorizada y, consiguientemente, sería atípica.

Este cambio se hacía necesario y el legislador ha acertado al eliminar la exigencia de que el traslado proviniera únicamente del progenitor conviviente habitual o el custodio, en vista de que eso ha dado lugar durante todos estos años de vigencia de la figura delictiva a la atipicidad de ciertas conductas, bien porque las prohibía el tipo (el traslado cometido por la persona que posee la guarda y custodia), bien porque los tribunales interpretaban que no entraban en el tipo (el traslado producido antes de la separación legal de la pareja).

#### *7.2.1.1 Concepto y naturaleza del traslado*

Trasladar implica desplazar a una persona o a una cosa de un lugar a otro. En este caso, el traslado supone que el progenitor, ascendiente del menor o pariente del primero hasta segundo grado va a trasladar al menor desde el lugar de residencia hasta otro sitio. Ese traslado se produce sin el consentimiento del progenitor o persona o institución encargada de la custodia.

Un traslado, como su propio nombre indica, expresa una realidad en la que existe un desplazamiento, debiendo producirse una modificación del lugar de residencia[499]. Se trata siempre de una conducta activa, no cabe realizar un traslado por omisión. Por ende, se necesita siempre una conducta proactiva, en la que el sujeto activo lleva a cabo una acción positiva de traslado, sin que sea imaginable algún supuesto omisivo, a diferencia de lo que sucede con la modalidad de retención.

[499] En línea similar, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., pp. 9-10 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 299.

Más adelante se explicará detalladamente en qué condiciones debe otorgarse el consentimiento mencionado en el tipo. En este momento, resulta conveniente centrarse en el traslado en sí mismo. El traslado puede producirse a cualquier sitio dentro o fuera del territorio español, teniendo en cuenta que, si el menor abandona el país como consecuencia de ese traslado ilícito, se aplicará el tipo agravado.

El tipo se refiere al "lugar de residencia", lo cual puede dar lugar a distintas interpretaciones, siendo que lo correcto es entender que se refiere al domicilio familiar u otro en el que el menor se encuentre con anuencia de sus padres o guardadores[500]. Puede entenderse que ese lugar hace referencia al lugar en el que vive con la persona encargada de su cuidado o puede entenderse que ese lugar de residencia implica la ciudad en la que habita, si bien se ha mantenido que resulta indiferente el lugar desde el que se produzca el traslado, siendo lo importante que se aleja al menor del progenitor y del domicilio[501].

Para MONGE GARCÍA, el concepto de residencia habitual difiere del domicilio, que es un concepto puramente jurídico, siendo que la residencia habitual es un concepto fáctico que alude al lugar de permanencia estable, al lugar donde se tienen las raíces y vínculos para propiciar una correcta educación del menor[502], mientras que GONZÁLEZ RUS opta por un concepto amplio de lugar de residencia, incluyendo no solo el domicilio legal o el lugar donde vive el menor habitualmente, sino también los lugares en que dicho menor se encuentre con autorización de quien posee la custodia[503].

Efectivamente, no puede reducirse el tipo al traslado que se produce desde la casa donde habita el menor, sino que es necesario interpretarlo en sentido más amplio, comprendiendo también los lugares donde se encuentra el menor con el permiso de quien corresponda, el centro escolar, la casa de un amigo o un familiar[504]. Por tanto, no cabe entender que el tipo se refiera a lugar de residencia habitual entendiendo por tal la casa donde habita el menor, en vista de que el traslado no tiene por qué producirse desde la residencia de aquel, sino desde cualquier lugar en el que este se encuentre (probablemente) con el beneplácito de la persona que se encarga de su cuidado en el momento de la sustracción[505]. Ello quiere decir que forzosamente deben calificarse de conductas típicas aquellos traslados producidos desde el centro escolar, la casa de algún familiar o algún amigo del menor, lugares donde el menor desarrolle actividades extraescolares, un punto de encuentro familiar, etc. El tipo no queda reducido a un traslado producido desde la casa del menor hasta otro lugar, sino que es un tipo abierto en el que caben muchos otros lugares, incluso aquellos en los que el menor se encuentre, aun sin el beneplácito del que se viene hablando, si bien estos casos serán más infrecuentes por la corta edad de los menores que suelen ser víctimas de las sustracciones.

El traslado debería ser, como mínimo, a otro municipio y ello porque el delito de sustracción de menores se castiga en su tipo básico con una pena de prisión de hasta cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de hasta diez años. Ello obliga a que, tanto el traslado como la retención, deban ser suficientemente

---

[500] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 9.
[501] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 54.
[502] MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción*..., Ob. cit., p. 83.
[503] GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (coord. COBO DEL ROSAL), Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005, p. 433.
[504] Así, también, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., que incluye los lugares en los que el menor ejerza autorizadamente su movilidad autónoma. En "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 294.
[505] En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho Penal Español...,* Ob. cit., p. 433.

graves como para que dicha gravedad guarde proporción con la sanción prevista. En la modalidad de retención, el propio legislador ha introducido el filtro de gravedad agregando un elemento típico de incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa, de modo que, si ese incumplimiento grave no existe, la conducta será atípica y el conflicto pertinente habrá de solucionarse en vía civil.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la tipicidad de la conducta ha obviado su propósito de proteger al menor y ha protegido únicamente a la persona a la que corresponde el cuidado del menor en el momento de la sustracción, debe ahora afirmarse que cualquier tipo de traslado integra la conducta típica, siempre y cuando implique un cambio del lugar de residencia. Desde el momento en que el menor pase a habitar en otro lugar, sea donde sea, el tipo se cumple.

Si se hubiese protegido el interés del menor, se debería ser más flexible, pues si se respeta el mismo entorno, centro escolar, etc., no se lesionaría el bien jurídico. Empero, desde que se lesionan los derechos de la persona a cargo del menor, el tipo se realiza porque los derechos de la persona con responsabilidad parental o custodia se ven vulnerados. En este sentido, pueden hallarse casos jurisprudenciales en los que se ha negado la aplicación del tipo en aquellos supuestos en los que el progenitor no sustractor ha seguido manteniendo contacto con el niño y conocía en todo momento el lugar en el que aquel se hallaba[506]. Pero, a pesar de que esto posee lógica desde el punto de vista de la gravedad de las penas, no es acertado en términos legislativos porque el legislador no ha especificado ninguna distancia concreta. Y de *lege ferenda* se solicita la modificación de esta cláusula donde se concrete más a qué se refiere el lugar de residencia habitual y, especialmente, cuándo se entiende que el menor ha abandonado ese lugar de residencia.

Por tanto, en el caso del traslado, el legislador no ha especificado la distancia del mismo, limitándose a señalar que el niño debe salir de su lugar de residencia, pues aquel se produce desde dicho lugar. Pero lo que sí es cierto es que el legislador ha incluido un tipo agravado para el caso de que el menor traspase el territorio español, motivo por el que cabe entender que el tipo básico queda reservado para aquellos casos en que aquel permanece en el interior de las fronteras españolas.

En definitiva, el traslado debería requerir distancia suficiente para que tenga sentido acudir a la rama penal del Derecho, lo cual implica que, al menos, el menor debería salir del municipio en el que se encuentra, de lo contrario no abandonaría su lugar de residencia habitual y no entrarían en juego todos los elementos del tipo. Ello no quiere decir que si ese tipo de traslados ocurren no exista vía jurídica alguna a la que recurrir, pero habrá que acudir a mecanismos menos gravosos, en vista de la entidad las penas que se prevén. No obstante, el tipo nos ata, al no especificar, en el sentido de deber integrar todas las conductas de traslado con lesión de los derechos de quien correspondan, de forma que una vez que dicha persona se vea privada de aquellos, el tipo debe aplicarse. Por ende, cabe entender por residencia habitual el domicilio familiar, de forma que el traslado implique la separación del niño de dicho domicilio, aunque el traslado no se inicie forzosamente desde tal punto geográfico. En cualquier caso y como se desarrollará más

[506] Así ocurre en la SAP Vigo núm. 293/2016, de 16 de junio, en el que no se aprecia delito porque fue el propio menor el que se fue de casa de su madre voluntariamente a vivir con el padre, siendo que mantenía contacto frecuente con aquella e incluso pasaba con ella periodos vacacionales, por lo que no se aprecia dolo alguno de interferir en la responsabilidad parental.

adelante, existe una causa de exclusión de la pena y un tipo atenuado para los casos insignificantes o poco graves que ayuda a sortear este tipo de obstáculos.

Por otra parte, y dado que el tipo no señala ningún medio concreto, la forma de conseguir el traslado es abierta, cabe utilizar tanto medios violentos como astutos y ya sea sobre el propio menor u otras personas, con la posibilidad de aplicar, en su caso, el correspondiente concurso de delitos[507].

Como ya se ha mencionado, la conducta del menor que por propia iniciativa abandona su lugar de residencia quedaría fuera del tipo, pudiendo aplicarse el artículo 224 CP si consta la existencia de una inducción[508]. Esta idea es completamente lógica, quiere decirse, si el menor de edad ya ha alcanzado una edad suficiente como para poder tener cierta libertad de movilidad, algo que es posible en la adolescencia, y es quien, por propia iniciativa, decide cambiar su lugar de residencia para pasar a vivir con el otro progenitor, la responsabilidad de dicho progenitor a tenor del delito de sustracción de menores resulta forzada, toda vez que este no ha cometido conducta delictiva alguna, su actuación se limitaría a dar cobijo al menor. Ahora bien, si el sustrato de esa decisión bebe de la inducción por parte de aquel, entonces existirá responsabilidad penal, pero no por un delito de sustracción de menores, sino por un delito de inducción a la infracción del régimen de custodia.

Por cuanto respecta a la naturaleza, la modalidad de traslado constituye un delito de resultado[509], mientras que la de retención se configura como un delito de mera actividad. No todos los delitos cuentan con un resultado natural pero sí que todos los tipos están formados por un conjunto de elementos, lo que nos transporta a la idea de que todos ellos están provistos de un desvalor de resultado; ahora bien, comoquiera que ese desvalor se encuentra presente en todo tipo de delitos, la diferencia entre uno y otro habrá de hallarse de alguna otra forma, dado que ambas clases de conductas delictivas reportan un cambio de las circunstancias en el mundo exterior con respecto a las habidas antes de la realización de los elementos típicos[510].

Como factor principal de distinción, algún sector doctrinal ha propuesto partir de un concepto más complejo de resultado como vía para determinar la diferencia entre los delitos de resultado y los de mera actividad, pues una de las formas de interpretar el término "resultado" es como forma de separación entre la acción y la omisión y aquel, existiendo entre los dos elementos una separación espacio-temporal, de suerte que la acción u omisión siempre será anterior en el espacio y en el tiempo al resultado, aunque este último sobrevenga de manera automática[511].

Por tanto, el resultado es un elemento separable de la acción y esa separación es la que nos permite luego distinguir entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, toda vez que simplemente los primeros no incluyen ese elemento separable que sí se encuentra presente en los segundos. Esta interpretación del resultado hace que el mismo no sea un elemento esencial, sino accesorio, hasta el punto de que no aparece en los delitos de mera actividad, lo que conllevaría que estos no contienen ese resultado como elemento típico

[507] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 10.
[508] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 295.
[509] De la misma opinión, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 423.
[510] ACALE SÁNCHEZ, Mª. *El tipo de injusto …,* Ob. cit., p. 92.
[511] *Ibídem*, pp. 92-93.

y que no exista necesidad de buscar la relación de causalidad que una la acción con dicho efecto natural[512].

Ciertamente, el resultado es un elemento accesorio, no es un elemento esencial, pues de lo contrario no podría mantenerse la existencia de los delitos de mera actividad. No todos los delitos provocan un resultado, un resultado entendido como efecto natural, como una transformación del mundo exterior. Sin embargo, todos los delitos propician un cambio en las circunstancias existentes en el momento anterior a la comisión de la conducta típica, provocan un daño o una puesta en peligro del bien jurídico y eso se configura como un resultado jurídico que estará presente en toda figura delictiva.

En segundo lugar, resulta indispensable mencionar que, en los delitos de resultado, es necesario que se produzca un nexo causal que permita conectar la acción ejecutada con el resultado producido[513]. Una definición interesante de la causalidad sería aquella que afirma que es un concepto que implica una referencia, quiere decirse, una conexión entre dos procesos, a saber, la causa y el efecto, diciéndonos que la causa es aquello que no puede suprimirse mentalmente sin que ello suponga, asimismo, la desaparición del efecto, la causa es la *conditio sine qua non*, la condición, del efecto[514].

No obstante, se ha indicado que el problema de la causalidad no es tal porque cuantitativamente solo afecta a los delitos de resultado y cualitativamente ni siquiera es suficiente esa relación causal para atribuir el resultado, sino que el problema ya se ha superado impidiendo la responsabilidad objetiva mediante la introducción de criterios subjetivos y el principio de culpabilidad[515].

En los delitos de resultado, al existir una transformación externa, aquel es más fácil de apreciar que en el caso de los delitos de mera actividad, pues estos últimos no causan una transformación que pueda apreciarse a simple vista. Sin embargo, el resultado también acarrea cuestiones problemáticas. Por ejemplo, la acción puede realizarse en un lugar, pero el resultado puede aparecer en otro[516]. Asimismo, el resultado puede producirse tiempo después de haber llevado a cabo la acción, lo cual dificultará sobremanera poder deducir las consecuencias exactas que un determinado comportamiento ha propiciado[517], sin olvidar la posibilidad de que aparezcan factores que supongan la ruptura del nexo causal, dado que la transformación no tiene por qué acontecer inmediatamente después

---

[512] ACALE SÁNCHEZ, Mª. *El tipo de injusto …,* Ob. cit.„ p. 101.

[513] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., PRIETO JUDEL, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.), 7ª ed., Tomo I, Pamplona, 2018, p. 118.

[514] MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal* (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 222.

[515] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 217-218.

[516] En este caso, siguiendo a MORILLAS CUEVA, L. el delito se considera cometido tanto en el lugar de la acción como en el lugar en el que acontece el resultado, de acuerdo a la teoría de la ubicuidad. En *Sistema de Derecho Penal …,* Ob. cit., p. 252.

[517] Esto sería lo que ocurriría en el caso de una persona que causa lesiones a otra y, posteriormente, muere. En primer lugar, tendrá que determinarse si ese resultado de muerte puede imputarse al sujeto que llevó a cabo la acción de lesionar pues, en el intermedio, han podido producirse otras causas de ese resultado paralelas a la acción primigenia de lesionar y que deban valorarse como concausas, siendo que en ese caso el resultado no podría imputarse al sujeto, al crearse una interrupción del nexo causal. Del mismo modo, puede que el resultado de muerte acontezca con posterioridad al enjuciamiento de la acción ejecutada, siendo que en ese caso se castigaría por delito intentado lo que posteriormente se habrá convertido en delito consumado.

de la ejecución de la acción típica[518]. De hecho, la actividad de imputación del resultado a la acción se ha ido realizando de diferente manera a lo largo del tiempo, disponiéndose de una gran variedad de teorías, cada una con sus aciertos y errores. Quiere decirse, la búsqueda de la relación de causalidad se ha realizado a través de distintas teorías que han ido evolucionando con el paso del tiempo[519], hasta llegar a la teoría de la imputación objetiva.

---

[518] RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. - SERRANO GÓMEZ, A., señala dos grupos de teorías que nos permiten llevar a cabo esta atribución causal: las teorías individualizadoras, que tratan de destacar del conjunto de antecedentes del resultado, quiere decirse, de entre las condiciones, el que constituye la causa, teniendo en cuenta que esta distinción entre condición y causa repercutirá posteriormente en la teoría de la participación, pues se considerará autor a quien coloca una causa y cooperador a quien contribuya con una condición a la producción del resultado; y las teorías generalizadoras, que no distinguen entre causa y condición, pues cada una de las condiciones sin las cuales no se habría producido el resultado tiene el mismo valor causal. En *Derecho Penal Español*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 372. Puede afirmarse que entre ambos grupos de teorías las teorías individualizadoras son más correctas, dado que las teorías generalizadoras otorgan el mismo peso a todas las condiciones que han contribuido a la aparición del resultado, lo que sería tanto como decir que autoría y participación no son distinguibles, pues tanto autores como partícipes han actuado como condiciones del resultado y, en consecuencia, causalmente tendrían el mismo valor. Las teorías generalizadoras tienen razón al indicar que todas las condiciones tienen el mismo valor causal, pero solo desde el punto de vista de que ciertamente todas las condiciones juntas han acabado provocando la aparición del resultado, luego puede decirse que ese resultado se ha producido como consecuencia de la intervención de todas y cada una de las condiciones. Todas las condiciones han sido causa del resultado. Pero ahí finaliza la conclusión correcta de este tipo de teorías. No constituye obstáculo alguno la defensa de la idea de que todas las condiciones que intervinieron en la aparición del resultado presentan el mismo valor causal en el sentido de que todas ellas han sido causa del resultado. Sin embargo, lo que las teorías generalizadoras tratan de establecer es que todas las condiciones han tenido el mismo peso de cara a la producción del resultado y, en este sentido, no queda otra opción que discrepar. Y ello porque las distintas condiciones no pueden tener el mismo valor causal debido a que no todas ellas han intervenido de la misma manera en la producción de aquel. Si todas las condiciones recibieran el mismo tratamiento unitario, las conclusiones a las que llegaríamos serían altamente incoherentes, pues cualquier sujeto puede apreciar que, ante la aparición de un determinado resultado, los distintos factores que han intervenido para que dicho resultado acontezca, no han podido tener exactamente el mismo peso, no han podido realizar exactamente la misma contribución y ello no solo en Derecho penal, sino en cualquier otra materia. No todas las condiciones conducen en igualdad de términos a la aparición de un determinado resultado. Es por ello que las teorías individualizadoras se presentan como teorías más correctas, de suerte que, al distinguir entre causa y condición, permiten graduar el nivel de participación de cada una de las condiciones en la producción del resultado típico, lo cual también permite distinguir el mayor o menor peso que cada uno de los intervinientes en el mismo ha desempeñado en la aparición de aquel.

[519] La cuestión de la causalidad ha sido muy debatida y se han ido sucediendo distintas teorías:

a. Teoría de la equivalencia de las condiciones. De acuerdo con MATELLANES RODRÍGUEZ, N., el origen de esta teoría se encuentra en los planteamientos positivistas de Stuart-Mill de finales del siglo XIX y fue exportada al ámbito jurídico por Glaser y Von Buri . Siempre se ha definido esta teoría con la siguiente máxima: "el que es causa de la causa, es causa del mal causado". *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, (dir. DEMETRIO CRESPO, E. *et al.*), 2ª ed., tomo II, Iustel, Madrid, 2015, p. 101. Señala MORILLAS CUEVA que para esta teoría todas las condiciones que han contribuido a la producción del resultado presentan el mismo valor, por lo que no es nada sencillo distinguir entre causalidad penalmente relevante y causalidad penalmente irrelevante, debido a su extraordinaria amplitud. En *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 379. Por consiguiente, las críticas han sido las siguientes: presenta una gran dificultad para seleccionar un único factor causal, siendo que, si todos son equivalentes, cualquiera de ellos suprimido mentalmente evitaría la producción del resultado; presupone que debe tenerse conocimiento de las causas del resultado, de lo contrario, no podría producirse esa supresión mental de un determinado factor causal, por lo que la teoría solo es válida cuando se ha comprobado la eficacia causal de una condición pero no si se desconoce un determinado factor causal, toda vez que no podrá ser suprimido mentalmente para comprobar si de esa forma desaparece el resultado; no es válida en los casos de causalidad acumulativa, quiere decirse, cuando aparecen varias causas iguales y todas ellas conducen a un resultado, pues la supresión de alguna de ellas desembocará en la conclusión de que la siguiente habría funcionado; muestra insuficiencia en los casos de cursos causales irregulares o causalidad mediata en los que un factor de

Esta teoría pivota sobre el principio del riesgo, que se asienta sobre la idea de que el Derecho penal se sitúa en el seno de una sociedad en la que el número de conductas de riesgo va aumentando a lo largo del tiempo y resulta necesario definir la tolerancia hacia las mismas, quiere decirse, es necesario delimitar los parámetros dentro de los cuales pueden ejercitarse dichas actividades, quedando todo lo que sobrepase dichos parámetros sometido a una consecuencia jurídico-penal[520].

---

adecuación social se ha configurado como clave en la producción del resultado. MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y…,* Ob. cit., pp. 102-104. Con todo, MEZGER apunta que la teoría de la equivalencia de las condiciones también ha sido ensalzada desde algunas posiciones doctrinales que la elogian al haber "destacado netamente el concepto de la causalidad y con ello el límite mínimo de la responsabilidad penal", pues el criterio de no poder suprimir mentalmente la condición sin que desaparezca, con ella, el resultado constituye un infalible recurso para determinar la conexión causal, en tanto "se entienda el resultado en su total forma concreta, es decir, con todas sus especiales modalidades"; aunque criticaba que indujera a confusión entre la conexión causal y la responsabilidad, pues la teoría parte de que la afirmación de la primera da lugar automáticamente a la segunda, si bien se exige igualmente la presencia del elemento de culpabilidad, a título de dolo o de imprudencia, lo cual significa una extensión demasiado amplia de la responsabilidad, toda vez que no se para a comprobar (tras haber demostrado la presencia de la relación causal entre comportamiento y resultado) si dicha conexión es suficiente para suscitar responsabilidad penal . En *Tratado de Derecho*… (tomo I), Ob. cit., pp. 226 y 229.

b. Teoría de la causalidad adecuada. Implica que no cualquier condición es causa del resultado, sino solo aquella que se manifiesta típicamente idónea para producirlo, siendo todas las demás jurídicamente inapreciables. MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 387. Esta teoría vino de la mano no de un jurista, sino de un médico (Von Kries) en el siglo XIX, y parte de la base de que un resultado ha sido producido por un conjunto de condiciones, pero no todas ellas han de ser establecidas como causas jurídicas, sino solo aquellas que según la experiencia sean adecuadas para producirlo. MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y…,* Ob. cit., p. 105. El problema será ahora determinar cuándo una condición se estima adecuada para producir el resultado, partiéndose inicialmente del criterio de la probabilidad. Lo que ocurre es que el concepto de previsibilidad objetiva es demasiado relativo, por lo que es necesario acudir a parámetros limitadores, debiendo esa probabilidad que tenía la conducta de producir ese resultado completarse mediante una valoración a tal respecto que haría una persona razonable: esto se conoce como pronóstico objetivo posterior, realizándose dicha valoración después de haberse producido el resultado pero en atención a las reflexiones de un observador objetivo y prudente situado antes de la acción con los conocimientos especiales del autor. MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Pena* …, Ob. cit., p. 387. Según MEZGER, la teoría de la adecuación supone un intento de someter el propio concepto de causalidad a una limitación, eludiendo la distinción inevitable entre los cursos causales fundamentadores de la responsabilidad jurídico-penalmente relevantes y jurídico-penalmente irrelevantes; aunque también ha predicado de ella algunos puntos positivos: la teoría de la adecuación ha manifestado que la afirmación de la conexión causal no es suficiente para suscitar responsabilidad penal, aunque lo ha hecho de forma equivocada, en vista de que lo que hace es negar el nexo causal cuando lo que era necesario era negar la importancia jurídica de ese nexo causal, lo que dejaba a la teoría de la equivalencia de las condiciones como la única teoría de la causalidad existente, al constituir la teoría de la causalidad adecuada una teoría sobre la responsabilidad. *Tratado de Derecho*… (tomo I), Ob. cit., pp. 230 y 235.

c. Teoría de la relevancia. Sostiene MATELLANES RODRÍGUEZ que, en la misma línea que la teoría de la causalidad adecuada, esta teoría defiende que, dentro de las causas que, según la experiencia, son adecuadas para la producción del resultado, relevancia penal solo presentan algunas de ellas, dependiendo dicha relevancia del sentido del tipo penal de que se trate. En *Lecciones y…*, Ob. cit., pp. 106-107. Por su parte, CARBONELL MATEU, J. C., indica que esta tesis distingue entre causalidad, que se afirma de acuerdo a la equivalencia de las condiciones; e imputación, que deriva de la afirmación de la adecuación de la conducta al tipo penal. En "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia", *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, (coord. DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 143. MORILLAS CUEVA sitúa su complejidad en cómo y dónde concretar el carácter relevante de la conexión causal, sin olvidar que la idea de relevancia abarca tanto la realidad del curso causal del hecho, como la posibilidad de producción del mismo (delitos de peligro). *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 389.

[520] MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y…*, Ob. cit., p. 108.

Como se ha dicho, la imputación objetiva gira en torno a la conexión de una acción peligrosa, típicamente relevante, con un resultado, lo que determina que sean excluidas todas aquellas causaciones provocadas por acciones no peligrosas, al igual que ocurre con los supuestos de riesgo permitido, en los que no existe ningún riesgo penalmente relevante[521].

A este respecto, se ha apuntado que todas las conductas que se mantengan dentro de ese riesgo permitido carecen de interés para el Derecho penal y ello a pesar de que externamente coincidan con la descripción típica, se hayan dirigido a la lesión del bien jurídico intencionadamente y lo hayan destruido[522]. Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que, mientras que una persona adecúe su comportamiento al rol que la sociedad espera de ella, su conducta es penalmente irrelevante con independencia de si su comportamiento acaba o no causando una lesión al bien jurídico[523].

Por consiguiente, el juicio de imputación objetiva consta de dos momentos[524]:

a. Análisis prejurídico. Debe comprobarse si la acción, en virtud de la ley natural, es capaz de producir el resultado.
b. Análisis jurídico-normativo. La acción debe suponer la manifestación de un desvalor concretado en un riesgo jurídicamente desaprobado y ese resultado lesivo debe de ser la materialización de dicho riesgo.

Por ende, al ser el delito de sustracción de menores un delito de resultado, será necesario encontrar esa conexión causal entre la conducta del sustractor y el resultado típico, concretado este en la modificación del lugar de residencia del menor sin consentimiento apropiado[525]. En la modalidad de traslado, es necesario que ese traslado sea consecuencia de la acción del sujeto, es decir, que pueda afirmarse que la acción del sujeto es la que ha causado la modificación del lugar de residencia del menor, vulnerándose así los derechos de responsabilidad parental o custodia de otra persona. De

---

[521] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 392-394.

[522] REYES ALVARADO, Y. "La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008, pp. 17-18.

[523] *Ibídem*, p. 18. Desde una óptica de funcionalismo extremo que defiende que el Derecho Penal protege la vigencia de la norma y no los bienes jurídicos, JAKOBS mantiene también su propia teoría acerca de la imputación objetiva. Así, en su opinión, lo que se imputan son las desviaciones que se producen con respecto a las expectativas generadas sobre el portador de un rol, siendo lo importante no la capacidad de quien actúa, sino la del portador de un rol, entendido este como "un sistema de posiciones definidas de modo normativo ocupado por individuos intercambiables". *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ, M.), Civitas, Navarra, 1996, p. 97. En otras palabras, JAKOBS niega la existencia de prohibiciones genéricas de lesión o de mandatos genéricos de salvación, sino que las normas siempre se dirigen a personas consideradas competentes, quiere decirse, a aquellas personas dentro de cuyo rol se encuentra el no lesionar o el salvar y teniendo siempre en cuenta que, si dicha competencia corresponde a la propia víctima, se entiende que está actuando a riesgo propio, siendo que, si solo aquella es competente, el resto de personas ha ejecutado sus roles de manera correcta. En "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (coord. MONTEALEGRE LYNETT, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 45. Para JAKOBS esta teoría de la imputación objetiva basada en los roles correspondientes a las distintas personas que intervienen ante un determinado resultado lesivo, resultaría válida tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes, si bien la diferencia estribaría en que, en los primeros, el quebrantamiento del rol es muy evidente, por lo que no se requiere de ninguna otra explicación, evidencia no tan clara en el caso de los delitos culposos. En *La imputación objetiva…,* Ob. cit., p. 101.

[524] MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y…,* Ob. cit., 109.

[525] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 51.

esta forma, habrá que comprobar la posibilidad de imputar objetivamente el resultado del traslado al autor del delito.

Finalmente, es necesario indicar que este resultado ha de ser muy concreto porque el traslado debe verificarse a cualquier punto, pero dentro de la geografía española, pues en caso contrario se entraría en el terreno del tipo agravado, cuyo ámbito de aplicación queda concretado en la salida del menor de las fronteras españolas o en la exigencia de una condición para la restitución de aquel a la persona que corresponda.

*7.2.1.2 Consentimiento del otro progenitor o de quien posea la custodia*

En la modalidad de traslado, el tipo menciona lo siguiente: *El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*

De ahí se deriva que el traslado lícito pasa por ser el autorizado. La persona competente para autorizarlo será el otro progenitor o la persona o institución a la que está confiada la guarda y custodia del menor. Antes de la reciente reforma de 2021, cuando se exigía el consentimiento del progenitor conviviente habitual, el tipo establecía dos realidades: en la primera de ellas, el menor convivía habitualmente con uno de los padres o con ambos, con independencia de si existía o no una resolución judicial al respecto, en tanto el tipo solo exigía una convivencia habitual, lo cual puede acontecer cuando se ejerce la custodia de hecho sin que exista ninguna resolución judicial que haya establecido nada acerca de cómo debe ejercerse la patria potestad[526].

Igualmente, era típica la conducta del padre que sustraía al hijo cuando este convivía habitualmente con ambos, pues se requería el consentimiento de los dos para proceder al traslado. El tipo hacía referencia a la ausencia del consentimiento del progenitor con el que el menor convivía habitualmente, lo que implicaba que, en caso de que esa convivencia fuera con los dos, ninguno de ellos podía trasladar al menor sin el consentimiento del otro.

Sin embargo, no era típica la conducta del custodio (con resolución al efecto) que trasladaba al menor, dado que era precisamente esta persona la facultada para consentir, aun cuando el traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin el consentimiento del otro cuando ambos ejercen la patria potestad es un traslado ilícito (desde el punto de vista de los Convenios internacionales[527] y del Derecho privado), aunque dicho traslado sea llevado a cabo por el progenitor custodio[528]. Constituye en todo caso un acto de violencia contra el menor que puede generar graves repercusiones

[526] Por ejemplo, en una separación de hecho, los miembros de la pareja viven separados, pero no existe documentación que recoja los términos de dicha separación. Cuando existen hijos comunes, estos pueden convivir con uno, con el otro o con ambos por periodos alternados (custodia compartida). Pues bien, en el caso de que el menor viva con uno de ellos, será dicho progenitor el que deba consentir el traslado.

[527] Así, este caso representaría un caso de traslado ilícito desde el punto de vista del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores (que será desarrollado infra) porque este instrumento interpreta que el custodio también puede cometer un traslado ilícito si el otro progenitor tiene derecho a decidir el lugar de residencia del menor, que ya se ha visto que es una cuestión ajena a la guardia y custodia y perteneciente al ejercicio de la patria potestad. Pero, no obstante, no sería una conducta típica desde la óptica del Derecho penal español dado que el tipo deja fuera este supuesto.

[528] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 80 y LIÉBANA ORTIZ, J. R. "El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores", *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015, p. 108.

psicopatológicas para y para el progenitor no sustractor, ya sea el sustractor el que dispone de la custodia o del régimen de visitas[529].

La segunda realidad, que se mantiene después de la reforma, es que exista una persona o una institución a quien se le haya atribuido la custodia del menor. Esa persona puede ser, por ejemplo, el tutor, pues ya el tipo no se refiere a "progenitor", sino a cualquier persona en general. El legislador ha actuado correctamente englobando genéricamente a personas o instituciones a quienes se le hayan confiado la custodia del menor, toda vez que lo contrario habría supuesto la desprotección del bien jurídico en aquellos casos en los que la custodia no se encuentra atribuida a los padres. De ahí que anteriormente se haya calificado de sujeto pasivo no solo al progenitor, sino al tutor o a la institución encargada de la custodia del menor en el momento de la sustracción. En este supuesto, es esa persona o institución quien debe autorizar el traslado.

Como la falta de consentimiento es uno de los elementos del tipo, la presencia del mismo determinará la atipicidad del comportamiento. Aunque a nivel doctrinal existe un debate acerca de si el consentimiento ha de computarse como causa de atipicidad o como causa de justificación, lo cierto es que incluso los partidarios de esta última idea admiten que cuando el tipo menciona el consentimiento de forma expresa, este actúa como causa de atipicidad[530]. Esta idea se desarrollará un poco más adelante.

#### *7.2.1.2.1 Instituciones civiles relevantes*

Hasta el momento se ha reiterado, en diversas ocasiones, el acierto del legislador al establecer como requisito para el traslado ilícito el consentimiento del otro progenitor, siempre y cuando este goce del ejercicio de la responsabilidad parental, en vista de que la regulación anterior impedía una correcta protección del interés tutelado, al tiempo que permitía la atipicidad de conductas que encerraban verdaderas sustracciones parentales. Para poder argumentar el porqué del beneplácito a la reforma, es necesario aclarar ciertos conceptos civiles que servirán de soporte a la explicación de la postura defendida en la presente investigación. Por tanto, a pesar de que este trabajo se incardina en la rama penal, el concreto tema que en ella se abarca, la sustracción parental de menores, hace que se necesite para su correcta comprensión de otras ramas del Derecho y, como no puede ser de otra manera, una de ellas es indudablemente la rama civil.

Cuando se hace alusión a la sustracción de menores, varios conceptos pertenecientes al mundo del Derecho civil hacen acto de presencia: progenitor, patria potestad, régimen de custodia, régimen de visitas, convenio regulador, etc. De hecho, en un gran número de casos existirá una previa resolución judicial del orden civil en el momento de dar el salto a la comisión del ilícito penal. Conceptos como patria potestad, titularidad y ejercicio, guarda y custodia, etc., son cruciales para una mayor comprensión del supuesto de hecho contenido en el artículo 225 bis CP, en tanto una confusión de tales conceptos puede llevar a equívocos, juzgando como sustracciones parentales lo que en realidad no lo son u otorgando mayor o menor relevancia penal de la debida a una conducta concreta. Es por ello que resulta conveniente tratar algunos aspectos civiles como forma de poder interpretar de una manera más completa y coherente con el resto del Ordenamiento jurídico el delito de sustracción de menores.

---

[529] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., pp. 84 y 85.
[530] Vid. por todos MIR PUIG, S. *Derecho Penal*..., Ob. cit., p. 525.

La lógica invita a reflexionar, en primer lugar, acerca del concepto de patria potestad, realizar un breve recorrido por sus orígenes y, posteriormente, comenzar con la distinción de ciertas definiciones que pudieran ser confusas y cuyo significado resulta preciso para la correcta comprensión, no ya solo del delito de sustracción de menores, sino especialmente de la importancia de la reforma operada. Así, debería comenzarse haciendo referencia a lo que se entiende por patria potestad, pudiendo acogerse alguna de las definiciones aportadas por la doctrina civilista, como aquella que determina que "la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia, en virtud de la cual el Derecho concede a los padres un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos en el ámbito personal y patrimonial"[531]; o la que estima que se traduce en "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole"[532].

Como explica OTERO, la patria potestad en su origen no estaba configurada como un deber para con los hijos, sino como una institución de poder, siendo la *patria potestas* el eje central del Derecho de familia romano, en el que las relaciones matrimoniales y filiales tenían un valor secundario[533]. Esta aura de poder del padre (nunca de la madre) sobre los hijos en el Derecho romano lleva a la doctrina a reflejar el paralelismo de la patria potestad romana con otras figuras: "el titular de la patria potestad era un legislador, ya que de él emanaban preceptos de obligado cumplimiento, un patrón, porque se aprovechaba del trabajo de los hijos y un juez, porque tenía poderes sancionadores y punitivos"[534]. Con estas palabras puede entenderse hasta dónde alcanzaba la potestad del *paterfamilias* romano[535], que era prácticamente omnipotente en el seno de la estructura familiar, pudiendo hacer y deshacer, dictar órdenes cuyo cumplimiento era más que obligatorio y beneficiarse del trabajo de su prole, sin olvidar que contaba con una capacidad sancionadora ilimitada[536]. De ahí que las condiciones de un hijo sometido a

---

[531] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P), Iustel, Madrid, 2008, p. 118.

[532] CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª. L*a patria potestad*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1960, pp. 9 y 10.

[533] OTERO, A. "La patria potestad en el Derecho histórico español", *Anuario de historia del derecho español*, nº 26, 1956, p. 212.

[534] ROVIRA SUEIRO, Mª. *Manual de Derecho Civil, Derecho de familia*, 4ª ed. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Bercal, Madrid, 2015, p. 249.

[535] Piénsese que un *paterfamilias* no tenía por qué haber procreado hijos, pudiendo ser incluso un impúber, pues lo importante era no estar bajo la *potestas* de nadie. Así lo afirman ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A. *Derecho Romano, sección II: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18ª ed., Edersa, Madrid, 1986, p. 726.

[536] Como explica MARTÍ, J. Mª., dentro de la *patria potestas* existía la potestad de aceptar o rechazar al hijo recién nacido (tollere liberum); la de vender tanto a los hijos como a la esposa; desposar a los primeros aun sin su consentimiento, algo que cambió a partir de la época clásica pero solo con respecto a los varones, subsistiendo la posibilidad de desposar a la hija con el único requisito de que el futuro cónyuge no fuera persona indigna (no fue hasta el siglo XIX, con el Romanticismo, cuando se pasó de un matrimonio basado en la conveniencia a un matrimonio basado en el amor). En *Evolución del Derecho de Familia…,* Ob. cit., p. 182. Además, señala SANZ MARTÍN, L., que la diferencia entre hijos e hijas no solo se percibe en el ámbito del consentimiento, sino también en el hecho de que el padre podía llegar a vender al hijo varón hasta tres veces sin que este saliera de la patria potestad, lo que ocurría ya con la tercera venta; mientras que la hija, de menor valía, quedaban fuera de la patria potestad con la primera venta y es que *paterfamilias* no significa progenitor, sino jefe o soberano, pudiendo este incluso disolver los matrimonios de los hijos. En "Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 88, 1997, pp. 292 y ss.

patria potestad romana hayan sido asimiladas a las de un esclavo, no pudiendo aquel poseer propiedad alguna, en tanto todo lo que adquiría pasaba a engrosar automáticamente el patrimonio del padre[537].

OTERO estudia el cambio sufrido por la institución de la patria potestad desde el Derecho romano hasta la actualidad, un cambio motivado por causas morales y sociales, debido al reconocimiento de capacidad patrimonial al hijo; por causas políticas, por el aumento de la autoridad del Estado en detrimento de la familia, que acaba relegada al ámbito privado; por las costumbres griegas y egipcias; pero, sobre todo, por la concepción de la familia propia del cristianismo, construida no sobre la base de poder del *paterfamilias*, sino como sacramento, atribuyendo al *pater* un poder exclusivamente ético. De esta manera, cambian las tornas y ya no existe un poder absoluto del padre sobre el hijo, sino un deber de corrección, mientras que tampoco existe una subordinación del hijo al padre, sino un deber de honra y obediencia[538].

Por su parte, el Derecho visigodo abrió la puerta hacia una *potestas materna* (ciertas facultades como tutelar a los hijos menores, corregirlos o autorizar su matrimonio, no así otras como el derecho a los bienes adquiridos por los hijos) y el Derecho romano va cambiando a través del cristianismo en el sentido de otorgar ciertos derechos también a la madre, fraguándose las primeras ideas de matriarcado[539], si bien la concepción romana seguía imperando, siendo que en Derecho romano la patria potestad solo cesaba a la muerte del padre.[540] Por este motivo, dicho sistema ha sido calificado como un patriarcado en el cual la mujer era considerada una hija más del marido, por lo que su intervención en la patria potestad era prácticamente inexistente[541]. De hecho, la mujer no podía adoptar al no tener *patria potestas* y la *materna potestas* nunca existió[542]. Realmente existieron algunas formas de autoridad paternal común al padre y a la madre en la España medieval, pero dicha patria potestad conjunta desaparece con la recepción del Derecho romano en el siglo XIII[543].

Desde otras posiciones también se hace referencia al gran cambio evolutivo operado en la concepción de la patria potestad y se apunta al reconocimiento de la igualdad de sexos a nivel constitucional en gran parte de los países y a la existencia de una personalidad propia para cada uno de los miembros de la familia, junto con la gran dosis de poder cedida al Estado como los factores principales que motivaron el cambio hacia una nueva concepción del Derecho de familia[544].

Por consiguiente, la patria potestad ha evolucionado desde una visión de prácticamente una propiedad del hijo respecto del padre hacia una fusión de derechos y deberes en beneficio de aquel. Por tanto, podría afirmarse que la patria potestad comienza siendo un

---

[537] SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico* (trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, J.), Bosch, Barcelona, 1960, p. 145.
[538] OTERO, A. "La patria potestad en el …", Ob. cit., pp. 213-214.
[539] *Ibídem*, pp. 217-218.
[540] *Ibídem*, p. 220.
[541] UREÑA CARAZO, B. "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 69, 2015, p. 52.
[542] SCHULZ, F. *Derecho Romano…,* Ob. cit., p. 137.
[543] ZURITA MARTÍN, I. *Mujer, Familia y Derecho* (eds. CERVILLA GARZÓN, Mª. D. - FUENTES RODRÍGUEZ, F.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, p. 67.
[544] FUENTE NORIEGA, M. *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 23.

poder despótico en beneficio de quien la ejerce para acabar convirtiéndose en una autoridad tuitiva en beneficio de los que se encuentran sometidos a ella[545]. A consecuencia de esta evolución, en la actualidad se prefiere el término "responsabilidad parental" a la expresión "patria potestad" precisamente por ser el primero más descriptivo de la función importante de los padres de proteger el interés superior del hijo[546].

Una vez estudiado el concepto de patria potestad, se puede ahondar en algunas de sus facetas, como la titularidad, el ejercicio o la guarda y custodia. Y es que algunos sectores doctrinales ponen de manifiesto el error por parte de otros que confundían patria potestad con guarda y custodia, pues parecía existir una confusión que llevaba a la idea errónea de que el hecho de no ostentar la segunda suponía la práctica inexistencia de la primera[547].

A pesar de que no toda la doctrina confluye en la importancia de la distinción, el Código Civil distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. De esta manera, "la titularidad hace referencia a la pertenencia o posesión en abstracto de todas las facultades y deberes que conforman la patria potestad", en tanto "por ejercicio de la patria potestad podemos entender, pues, la participación en la toma de decisiones en todos los asuntos, personales y patrimoniales, atinentes a la vida del menor" [548].

Otros sectores doctrinales se adentran un poco más en la explicación de ambos términos y refieren que "mientras los padres constituyen una pareja estable, ambos son cotitulares de la patria potestad y a ambos corresponde su ejercicio, efectivo o no. [...] Ambos son titulares, pues la patria potestad se concibe como una función dual, atribuida al padre y a la madre en igualdad de condiciones. [...] Por eso, el ejercicio también es conjunto, lo que significa que tiene que concurrir el consentimiento de ambos progenitores para tomar decisiones extraordinarias, llevar a cabo actos de representación del hijo menor no emancipado y de administración y disposición de sus bienes[549]".

En este punto, la patria potestad no parece alejarse demasiado de la estructura de cualquier derecho. En todos los derechos puede distinguirse entre titularidad y ejercicio. La patria potestad constituye una institución que también engloba ambos términos. La titularidad vendría a ser esa posesión en abstracto de las facultades y deberes que convergen en ella. Es decir, el padre y la madre, por el mero hecho de serlo, poseen todas esas facultades y obligaciones en las que se concreta la patria potestad. El ejercicio sería el uso de esas facultades y obligaciones, quiere decirse, la participación en los actos y toma de decisiones que deben realizarse en la crianza de los hijos menores.

RODRÍGUEZ LLAMAS trata de clarificar en la medida de lo posible estos conceptos (titularidad, ejercicio, guarda y custodia) indicando la regla general de que ambos progenitores ostentan la titularidad y el ejercicio en igualdad de condiciones, salvo que sobrevenga una situación de crisis matrimonial, en cuyo caso lo más frecuente será poseer

---

[545] ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A. *Derecho Romano…,* Ob, cit., p. 740.
[546] BORRÁS, A. "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales* (dir. ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 21.
[547] GARCÍA RIVAS, F. J. "Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, p. 80.
[548] ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial,* Comares, Granada, 2000, pp. 63-64.
[549] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., pp. 118-119.

la titularidad conjunta de la patria potestad, si bien el ejercicio puede ser individual, mientras que la la guarda y custodia abarcaría el conjunto de decisiones propias de la vida cotidiana[550], lo que tiene todo el sentido, pues si ambos progenitores tuvieran que concurrir a todas y cada una de las decisiones y actos en que se concreta el ejercicio de la patria potestad, resultaría impracticable[551].

Acerca del ejercicio, también se ha sugerido que existen dos posibilidades distintas: considerar que es la vertiente activa de la patria potestad (de manera que quien posea el ejercicio puede desarrollar todas las facultades inherentes a dicha institución y que hasta entonces habían correspondido al padre y a la madre); o que consiste en disponer del poder de decisión sobre la vida del menor (de forma que habría que distinguir el abanico de decisiones sobre el cuidado directo del niño que entrarían en la esfera de la guarda y custodia del paraguas de determinaciones sobre la vida del menor que no se refieran a la vida diaria, que integraría propiamente el ejercicio)[552].

La segunda opción parece más adecuada, constituyendo el ejercicio la capacidad de decisión. Indudablemente todo lo relativo a la vida diaria del menor ha de ser decidido por el progenitor que conviva con él (horarios, comidas, organización de las tareas en casa, etc.). Las decisiones más importantes que no formen parte de los hábitos diarios se integrarían en el ejercicio de la patria potestad (tratamientos médicos, lugar de residencia, posibilidad de que el menor viaje a algún lugar, etc.), debiendo ser tomadas por los dos progenitores si ambos ejercen la patria potestad. Finalmente, quedaría un conjunto de decisiones que estarían en el límite de ambas y que presentan una difícil solución (posibilidad de que el niño realice determinadas actividades extraescolares, programas de televisión o páginas web que el niño pueda ver o consultar respectivamente, etc.). Y entran en el límite porque son actividades que interfieren en la vida diaria del niño (y a la postre, en la vida del progenitor conviviente), a la par que constituyen decisiones más importantes que afectan a su formación como persona, por lo que el progenitor no conviviente debería poder opinar y decidir al respecto. Por este motivo, se ha señalado la imposibilidad de establecer una línea nítida entre las decisiones que corresponden al guardador y las que pertenecen a la esfera de decisión conjunta, por lo que el ejercicio conjunto no funcionará si los padres no lo hacen funcionar[553].

El Código Civil contiene una regulación muy completa dedicada a cubrir la temática relativa a la patria potestad y también se refiere a titularidad y ejercicio, entre otros, en los artículos 154 y 156, respectivamente. El artículo 154 indica *ab initio* que *los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.* Esto implica que, en principio, la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, salvo que concurran las causas previstas en el artículo 111, que determinan la exclusión de la

[550] RODRÍGUEZ LLAMAS, S. "La atribución de la guarda y custodia…", Ob. cit., p. 566-568.
[551] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. *Instituciones de Derecho Privado* (dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.), vol. 2º, 2ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 51 e YZQUIERDO TOLSADA, M. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. — CUENA CASAS, M.), vol. 4, 1ª ed., Pamplona, 2011, p. 64.
[552] GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 162-163; RODRÍGUEZ LLAMAS, S., "La atribución de la guarda y custodia…", Ob. cit., p. 568; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 85.
[553] GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica…,* Ob. cit., p. 220.

misma[554]. No obstante, ni siquiera en estos supuestos se permite al progenitor desentenderse de sus hijos, pues tanto el referido artículo como el anterior (artículo 110 CC) establecen que, pese a no ostentarse la patria potestad, los padres siempre van a quedar obligados a velar por sus hijos y a prestarles alimentos.

El artículo 154 CC se completa con un extenso artículo 156[555], que sirve para regular el ejercicio de la patria potestad. De este artículo pueden extraerse varias ideas. Así, en principio, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores o por uno de los dos, pero con el consentimiento del otro, suponiéndose válidos los actos de la vida cotidiana o en situaciones de emergencia llevados a cabo por uno de ellos. Ahora bien, si surgen desavenencias, los progenitores podrán acudir a la vía judicial para que sea el juez quien aporte una solución para ese conflicto de intereses puntual que surge en la pareja. Sin embargo, si esas desavenencias no son ya puntuales, sino que se convierten en un criterio general, la autoridad judicial puede, o bien otorgar el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores, o bien dividir las funciones entre ambos[556].

Finalmente, se establecen dos casos por los cuales la patria potestad será ejercida por un solo progenitor: cuando el otro quede incapacitado o imposibilitado para ejercerla o, y este es el supuesto que aquí interesa, cuando la pareja vive separada, en cuyo caso la patria potestad será ejercida por el progenitor con el que el hijo conviva, a salvo el derecho del Juez de conceder la custodia compartida si así lo estima pertinente.

---

[554] Según el artículo 111 CC: *Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*
*1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.*
*2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.*

[555] El tenor literal es el siguiente: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.*

[556] Debe tenerse en cuenta que el párrafo tercero del artículo 156 CC no atribuye al juez la facultad de tomar la decisión que considere más adecuada al interés superior del menor, en este caso no hará de juez propiamente dicho. El mencionado precepto habilita al juez a otorgar la facultad decisoria a uno u otro (al padre o la madre) en caso de desacuerdo, sin que pueda ser el propio juez el que decida. En otras palabras, dicho párrafo permite al juez decidir quién debe decidir.

Se ha defendido la aplicación del último párrafo del precepto en cualquier caso de falta de convivencia de los padres (separación de hecho, separación judicial, ruptura de unión no matrimonial, divorcio, nulidad y parejas que nunca han llegado a convivir)[557]. Aunque no puede afirmarse que un delito de sustracción de menores supone siempre que los progenitores viven separados, sí que será frecuente esta situación. En estos casos ninguno de los progenitores ha perdido la titularidad de la patria potestad por el simple hecho de dar por terminada la relación de pareja (salvo que exista una condena penal en tal sentido), pero sí que el ejercicio puede estar adjudicado a uno u a otro.

La explicación de por qué se decide que el ejercicio deja de ser realizado conjuntamente (salvo en supuestos de custodia compartida) ha sido otorgada por algunos sectores doctrinales, con argumentos como el que sigue: "Cuando los padres deciden vivir separados, se produce la crisis, y bien inician un proceso de nulidad, separación o divorcio, o simplemente ponen fin a la convivencia, los dos siguen siendo titulares de la patria potestad pero se hace muy difícil, incluso a veces imposible, el ejercicio de este deber y facultad de forma conjunta por ambos progenitores, pues es mucho más difícil llegar a un acuerdo para tomar una decisión"[558].

También se ha señalado que el ejercicio conjunto de la patria potestad es un derecho que tienen los propios hijos en el sentido de que ambos padres deben decidir sobre sus necesidades y cuidados, a modo de una garantía o control para evitar abusos por parte de alguno de ellos[559]. A pesar de que esta explicación parece razonable, el tema se complica, lo que queda de manifiesto cuando la doctrina civilista protesta al incidir en que esta regulación es contradictoria con la establecida en el artículo 92 CC[560]. Ambos preceptos establecen una regulación para los mismos supuestos, siendo su contenido contradictorio.

En concreto, el problema se plantea con el apartado cuarto del artículo 92[561], que establece la regla general de ejercicio conjunto en casos de separación, nulidad o divorcio, salvo que los padres o el juez determinen otra cosa. Por otra parte, el quinto apartado del mismo precepto también expresa la posibilidad de acordar en el convenio una custodia compartida. Si se ponen en relación el artículo 92 y el artículo 156, puede apreciarse una solución contradictoria para idénticos supuestos. El primero parte de un ejercicio conjunto de la patria potestad en supuestos de nulidad, separación o divorcio, salvo que se acuerde otra cosa. El segundo establece que la patria potestad se ejercerá por parte del progenitor que conviva con el menor, salvo que el otro progenitor solicite un ejercicio compartido.

Esta es la misma conclusión que alcanza la doctrina, que no duda en poner sobre la mesa el conflicto en los siguientes términos: "dada la doble regulación de la materia a la que se ha hecho referencia al inicio del trabajo nos encontramos con que del artículo 156 CC parece desprenderse que la regla general es la del ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores, en concreto corresponde al que queda al cuidado de los hijos, siendo la excepción el ejercicio conjunto; mientras que del artículo 92 se desprende

[557] RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la patria potestad…,* Ob. cit., p. 131.
[558] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., pp. 119-120.
[559] PÉREZ MARTÍN, A. J. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. – CUENA CASAS, M.), Tomo I, Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 167.
[560] Mientras que el artículo 156 se incardina en el Titulo VII dedicado a las relaciones paterno-filiales, el artículo 92 lo hace a su vez en el Titulo IV dedicado al matrimonio.
[561] Según el artículo 92 CC, *los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

que la regla general es el ejercicio conjunto, pudiendo el Juez acordar como excepción el ejercicio de la patria potestad por uno solo"[562].

Ante este panorama legislativo, debe buscarse la solución ofrecida por la doctrina y una de las conclusiones se caracteriza por entender que todas las opciones son posibles, excepto una: "Independientemente de cuál sea la regla general, podemos concluir que el ejercicio de la patria potestad puede atribuirse en exclusiva al cónyuge con quien el hijo conviva, atribuirse conjuntamente, o distribuir entre el padre y la madre las funciones. Lo único que no tiene sentido es atribuir el ejercicio en exclusiva al cónyuge que no conviva con los hijos"[563].

Esta conclusión se acepta, toda vez que permite una cohesión entre los dos preceptos expuestos al tiempo que bloquea una posibilidad que sería absolutamente inviable, quiere decirse, la de otorgar el ejercicio exclusivo al progenitor que no convive con el menor. No obstante, dicha posición no es unánime y el párrafo sexto del artículo 156 CC ha sido interpretado por la doctrina también en el sentido de que, mientras que ninguno de los progenitores acuda a la autoridad judicial, el ejercicio de la patria potestad le corresponde al progenitor que vive con el hijo[564]. Quiere decirse, dicho párrafo se estaría refiriendo a la existencia de una separación de hecho o cuando los cónyuges nunca llegaron a convivir, pues en el momento en que existe separación judicial, divorcio o nulidad, el juez o bien ha homologado el convenio regulador elaborado por las partes, o bien ha tomado la decisión que haya considerado oportuna[565].

Más concretamente, se trata de un niño que puede que en algún momento conviviese con ambos padres, pero, posteriormente, la convivencia se produce solo con uno de ellos, consintiendo esta situación expresa o tácitamente el otro o no oponiéndose a la misma, o bien puede que se trate de un niño que convive con el único progenitor respecto del cual se ha determinado la filiación[566]. Y este tema es muy importante porque se aprecia una alta incidencia de traslados que generan este tipo de situaciones, quiere decirse, el menor convive con ambos padres y uno de ellos se traslada con aquel como resultado de una decisión unilateral y es por ello por el que se está llevando a cabo este análisis de las instituciones civiles, en tanto nos darán la respuesta a uno de los grandes interrogantes del tipo penal, que no es otro que si existe la posibilidad de considerar típica esta clase de traslados, interrogante que, aunque con la reciente reforma se ha resuelto, ha estado generando dudas durante mucho tiempo.

En este sentido, en estos supuestos, ambos progenitores conservan la titularidad y el ejercicio, salvo resolución judicial en sentido contrario, mientras que la guarda y custodia corresponderá a la persona con quien el menor conviva, que será la encargada de velar por su cuidado diario, como se verá más adelante. Y ello porque el artículo 156 CC faculta al progenitor conviviente para realizar las funciones propias de la vida cotidiana, quedando reservadas las decisiones más importantes en la vida del niño a ambos

[562] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., pp. 121-122.
[563] *Ibídem*, p.122.
[564] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. *Instituciones de…,* Ob. cit., p. 107.
[565] LÓPEZ PELÁEZ, P., RUIZ JIMÉNEZ, J., y PERALTA ORTEGA, J. C. *Practicum Familia 2016* (coord. ARANDA RODRÍGUEZ, R,), 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 10/115, recurso electrónico.
[566] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Tratado de Derecho de la Familia…,* Ob. cit., p. 81.

progenitores, en tanto los dos siguen siendo titulares de la patria potestad (salvo que exista una resolución en contrario)[567].

Otros autores opinan que los arts. 92.4 y 156.5 no son contradictorios, pues el primero se aplica a los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad y el segundo a todos los casos de no convivencia, aunque en caso de contradicción debiera prevalecer el segundo[568]. En cualquier caso, se ha defendido la idea de que el criterio general que mejor protege los intereses del niño es el de un ejercicio compartido, de manera que ambos padres participen en la toma de decisiones del hijo, siempre y cuando dicho interés superior no aconseje lo contrario[569].

Avanzando en estos conceptos previos que conducirán a una mejor comprensión de la conducta de sustracción de menores y una vez sentada la diferencia entre titularidad, ejercicio y expuesta la problemática civil a tal efecto, llegando a la conclusión de que en sede judicial cualquier posibilidad podrá ser adoptada según lo marcado por el interés del menor, con excepción de atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad al progenitor que no convive con el menor y ello por una cuestión de coherencia y lógica, resta adentrarse en la configuración del propio ejercicio de la patria potestad, para pasar después al concepto de guarda y custodia[570]. En este punto de la exposición, ya puede otorgarse una respuesta acerca de las implicaciones del ejercicio de la patria potestad.

Según la doctrina, el "ejercicio individual significa que en las decisiones relativas a la vida del menor (como puede ser el cambio de residencia), el consentimiento u oposición del progenitor que no lo ostenta es irrelevante. El progenitor que no ostenta el ejercicio de la patria potestad no puede guiar o intervenir en la vida del menor en ninguna de sus facetas, por lo que mantendría con él simplemente una relación afectiva y de sostenimiento económico"[571].

Por consiguiente, el ejercicio de la patria potestad engloba la capacidad de tomar decisiones importantes que afecten a la vida o al desarrollo del menor, tales como un cambio de residencia. Esta conclusión será especialmente útil más adelante, cuando se defienda por qué debería haberse aplicado el artículo 225 bis CP a supuestos que la Jurisprudencia consideró atípicos durante años, si bien se reitera que esta tendencia se ha ido modificando paulatinamente (aunque ciertos sectores jurisprudenciales se mantienen aún reacios) con motivo del "toque de atención" dispensado por la Audiencia Nacional a las Audiencias Provinciales en la Sentencia 10/2016, de 15 de marzo, previéndose un cambio drástico tras la reciente reforma del tipo.

En estos casos, debería haberse acudido a la lógica: si entre los cónyuges no ha existido nunca una convivencia, se entiende que el ejercicio lo posee quien convive con el hijo; si lo cónyuges han ejercido siempre la patria potestad conjuntamente y posteriormente la relación sentimental se rompe, en principio los dos seguirán disponiendo del ejercicio, salvo pacto o resolución judicial en contrario. Aunque parece que la tendencia está

[567] LÓPEZ PELÁEZ, P. *et al. Practicum Familia…,* Ob. cit., p. 10/115.
[568] GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica…,* Ob. cit., p.193.
[569] PÉREZ SALAZAR-RESANO, M. *Tratado de Derecho de Familia…,* Ob. cit., p. 168.
[570] GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica…,* Ob. cit., p.181.
[571] Como manifiesta MONFORT FERRERO, M. J., el artículo 90 CC obliga a que el convenio regulador indique el modo de ejercicio siempre que existan hijos sometidos a la patria potestad, aunque en la práctica esto no suele ocurrir. En "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., pp. 119-120.

cambiando en la actualidad, la práctica judicial evidencia que la mayor parte de supuestos de rupturas sentimentales se resuelven atribuyendo la custodia a uno solo de los progenitores y un régimen de visitas, comunicaciones y estancias de mayor o menor amplitud en favor del otro[572].

Así las cosas, además de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, queda aún referir un tercer concepto relevante en este ámbito, el de guarda y custodia. A priori, estos tres conceptos (titularidad, ejercicio y guarda y custodia) parecen comprender lo mismo, pero cada uno de ellos se refiere a elementos diferentes, no debiendo ser confundidos unos con otros. La distinción entre ellos nos dará la llave para una correcta comprensión y aplicación del tipo penal de sustracción de menores. La confusión entre estos términos tiene su origen en el descuido del legislador a la hora de definir claramente las funciones que integran la patria potestad y el régimen de visitas, pero parte de la doctrina entiende también que la guarda y custodia entraña el derecho a decidir acerca de las cuestiones cotidianas, mientras que ambos progenitores deben decidir conjuntamente las cuestiones más trascendentales (como la elección del colegio o el lugar de residencia), dado que ambos siguen ejerciendo de manera conjunta la patria potestad[573].

Por tanto, pese a que existen posiciones que defienden que ejercicio coincide con atribución de la guarda y custodia[574], un sector doctrinal incide en la idea de que no debe confundirse poder de decisión con guarda y custodia, pues el poder de decisión entraría dentro del ejercicio de la patria potestad mientras que la guarda haría referencia a las funciones que han de encomendarse necesariamente al padre conviviente con el hijo para que puedan ser desarrolladas correctamente[575]. Sin embargo, aun siendo esto así, parte de la doctrina considera que dentro de la guarda entraría la capacidad del guardador de cambiar de domicilio, llevándose consigo al hijo o hijos menores, quedando dicha decisión fuera del ejercicio de la patria potestad[576]. Fuera del ejercicio y dentro de la titularidad de la patria potestad quedarían el consentimiento para la adopción del hijo, la emancipación y la autorización para contraer matrimonio[577].

Más concretamente y en términos sencillos y llanos, la diferencia entre ejercicio y guarda y custodia se explica de la siguiente manera: "Si el ejercicio de la patria potestad supone la toma de decisiones relativas a los distintos aspectos de cierta importancia de la vida del menor, la guarda y custodia hace referencia a la convivencia física habitual con el menor. Es decir, las cuestiones de mayor relevancia las decide el progenitor o los progenitores que tienen atribuido o que no se han visto privados del ejercicio de la patria potestad, pero en las pequeñas cuestiones del día a día decidirá solo quien tenga atribuida la guarda y custodia sin que sea necesario contar con la aprobación del otro progenitor por mucho que ostente el ejercicio de la patria potestad"[578].

Así, la doctrina es clara al expresar que el cese de convivencia no altera el ejercicio de la patria potestad más allá del tiempo de compañía de los menores (en tanto el que ostenta

---

[572] CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2010, p. 95.
[573] GARCÍA RIVAS, F. J. "Guarda y custodia compartida…", Ob. cit., p. 80. Vid. también RODRÍGUEZ LLAMAS, S. "La atribución de la guarda y custodia…", Ob. cit., p. 568.
[574] CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de…,* Ob. cit., p. 83.
[575] GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica…,* Ob. cit., p. 75.
[576] *Ibídem*, p. 95.
[577] *Ibídem*, p. 211.
[578] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles …", Ob. cit., p. 125.

el régimen de visitas disfrutará de un tiempo menor) y afirma que la custodia no otorga más derechos sobre el niño[579], idea compartida, igualmente, por la Jurisprudencia, como afirma la Audiencia Provincial de Islas Baleares[580] en un caso en el que, ostentando la madre la guarda y custodia de su hijo, se lo llevó de Mallorca en mitad del curso escolar a la República Checa con el pretexto de que se iban de vacaciones, siendo que era su intención no regresar a España. Ello hace que la Audiencia considere que ha habido una extralimitación del derecho de guarda y custodia y del ejercicio de la patria potestad, por cuanto su conducta vulnera las visitas y las vacaciones del progenitor, careciendo de autorización del padre o de la autoridad judicial pertinente. La Sentencia sigue afirmando que puede existir una sustracción internacional de menores en los términos previstos por el Reglamento 2201/2003, pues este asume que la custodia se ejerce de manera conjunta cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir unilateralmente el lugar de residencia del menor, teniendo en este supuesto el padre el mismo derecho a decidir que la madre. Ese traslado ha supuesto un perjuicio para el menor al haberlo privado de la compañía del padre. La Audiencia acaba concluyendo que la guarda y custodia del niño pasen al padre debido al comportamiento de la madre.

Incluso el Tribunal Constitucional se ha posicionado a favor de esta postura desde antiguo. Así, en una de sus resoluciones[581] y en cierta relación con la sustracción de menores, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por una mujer de nacionalidad francesa que consideraba que la Audiencia Territorial de Valencia[582], le había coartado su derecho a la libre residencia al haberle otorgado la guarda y custodia de sus hijas solo si decidía residir en España, no así en el caso de que se decantase por volverse a Francia, en cuyo caso, la guarda y custodia pasaría al padre. El Tribunal Constitucional denegó el amparo al entender que la Audiencia había tomado su decisión pensando en el interés de las menores, que consistía en permanecer en el ambiente en el que se encontraban.

Por tanto, en condiciones normales la titularidad de la patria potestad será compartida por ambos progenitores, salvo que exista una resolución judicial en contrario. En cuanto al ejercicio de la patria potestad, supone la posibilidad de tomar las decisiones trascendentales en torno a la vida del menor y ya se ha comprobado que dicho ejercicio puede estar supeditado a distintas posibilidades, siendo la única inadmisible otorgarlo al progenitor que no convive con el niño. Por último, la guarda y custodia hace referencia a decidir en el día a día del menor, englobando la toma de decisiones cotidianas, y corresponde a quien, como su propio nombre indica, se le haya otorgado dicha guarda y custodia, con independencia de que el otro progenitor también tenga el ejercicio de la patria potestad, especialmente debido a la imposibilidad de tomar todo este tipo de decisiones en consenso[583].

---

[579] GARCÍA RIVAS, F. J. "Guarda y custodia compartida…", Ob. cit., p. 80.
[580] SAP Islas Baleares núm. 294/2010, de 28 de julio.
[581] ATC núm. 127/1986, de 12 de febrero.
[582] La demandante de amparo se refería a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 9 de julio de 1985.
[583] Como afirma MONFORT FERRERO, M. J., la situación ideal sería que los padres llegasen a un acuerdo acerca de con quién ha de convivir el menor y a quién debe corresponder el ejercicio de la patria potestad y es que nadie mejor que ellos conoce la situación familiar, los tiempos de cada uno, las necesidades de los niños y, en definitiva, cómo deben ser cuidados los menores, a salvo siempre de la posterior resolución judicial, dado que, como ya se sabe, en todo caso se busca siempre el interés superior del menor y la autoridad judicial debe comprobar que, efectivamente, el acuerdo alcanzado se corresponde con dicho interés superior. Sin embargo, esta situación ideal en la práctica es difícil de obtener y suele producirse en

El juez deberá tener en cuenta las circunstancias de cada familia, las necesidades de cada niño, la disponibilidad y disposición de cada progenitor y los antecedentes familiares antes de tomar una decisión porque cada caso es totalmente distinto al anterior, sin que quepa establecer una fórmula general sobre cómo actuar en caso de crisis sentimental, siempre sin olvidar que puede ocurrir que los miembros de la pareja hayan podido llegar a un acuerdo y haberlo plasmado en un convenio regulador, en cuyo caso la labor del juez es de simple homologación del mismo en el caso de que lo tenga por favorable o de adaptación o modificación en el caso contrario[584].

---

aquellos casos en los que la pareja acaba en excelentes términos y busca realmente el mayor beneficio para sus hijos, siendo que frecuentemente la pareja suele centrarse en destruirse mutuamente más que en buscar la mejor opción para los niños. Por eso señala la doctrina que "sucede a menudo que ambos padres quieren atribuirse la custodia de los hijos e incluso impedir al otro progenitor cualquier relación con su descendencia. A veces esta actitud es infundada, fruto del rencor que se puede tener la pareja en ese duro trance, y a veces fundada en unos malos tratos, abusos o en la posibilidad de secuestro del menor sobre todo en aquellos casos en los que uno de los progenitores sea extranjero". En "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., pp. 125-126.

[584] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles …", Ob. cit., pp. 127-131, ha realizado un esquema básico de cómo puede quedar dilucidado este tema:

a. La sentencia puede atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guardia y custodia a un solo progenitor, en cuyo caso será este el encargado de tomar las decisiones importantes de la vida del menor, entre ellas la de fijar el lugar de residencia. Sin embargo, no toda la doctrina es favorable a este criterio puesto que hay autores que señalan que, a pesar de que la sentencia atribuya tanto el ejercicio de la patria potestad como la guarda y custodia a uno de los progenitores, existen decisiones sumamente trascendentales (inclusive la de fijar el lugar de residencia) que deben ser tomadas por ambos progenitores en tanto en cuanto ambos siguen siendo titulares de la patria potestad.
b. La sentencia puede atribuir la titularidad conjunta de la patria potestad a ambos progenitores pero la guarda y custodia a uno solo de ellos, en cuyo caso debe entenderse por mandato expreso del último párrafo del artículo 156 CC que el ejercicio de la patria potestad lo lleva a cabo quien tenga atribuida la guarda y custodia y sería este el que tendría capacidad suficiente para decidir los aspectos clave y cotidianos en la vida del menor, correspondiendo también a este progenitor la decisión sobre el lugar en el que debe residir el menor, algo que también ocurriría en aquellos supuestos de inexistencia de sentencia, pues si los padres viven separados y lo que existe es una separación de hecho aunque no de Derecho, el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor con el que el menor conviva. En estos casos puede apreciarse que los límites entre guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad se difuminan, en tanto simplemente por tener la guarda y custodia se goza también del ejercicio de la patria potestad (salvo criterio jurisprudencial contrario), así lo ordena el precepto al que se ha aludido previamente. El progenitor que no ostenta la guarda y custodia tendrá el deber de prestar alimentos al hijo y el derecho-deber de disfrutar de un régimen de visitas que le permita mantener una relación afectiva con el mismo. Sin embargo, al igual que en el supuesto anterior, la doctrina no mantiene un criterio unánime a este respecto, siendo la postura moderna considerar que titularidad conjunta debe implicar asimismo un ejercicio conjunto de la patria potestad, especialmente en aras de evitar, por un lado, la sobrecarga del progenitor que ostenta la guarda y custodia, pues se ve obligado a tomar todas y cada una de las decisiones que afectan a su hijo sin ayuda; y la escasez de la relación padre-hijo que ofrece este sistema para el que no posee la guarda y custodia, por otro.
c. La sentencia puede optar por atribuir la guarda y custodia a un solo progenitor pero especificando de manera expresa que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente. Esto implicaría que las decisiones trascendentales deben ser tomadas por ambos padres y son ambos los que deben decidir dónde ha de residir el menor. Evidentemente, al ser el ejercicio de la patria potestad realizado por ambos, en el caso de que el que ostenta la guarda y custodia quiera cambiar de lugar de residencia, debe contar con el consentimiento del otro progenitor, pues este tiene el mismo derecho a decidir que el custodio. Parece que esta opción es la que goza de mayores partidarios entre la doctrina, aunque no está exenta de crítica, pues se ha puesto de manifiesto que, aunque en teoría es la situación ideal pues ambos padres participan en las decisiones importantes, en la práctica es muy frecuente que no logren ponerse de acuerdo.

La opción más lógica era la de entender que, aunque un juzgado atribuyese la guarda y custodia a uno de los progenitores, las decisiones más importantes seguirían siendo tomadas por ambos conjuntamente, ello siempre que el no custodio no hubiese sido suspendido o privado de patria potestad. A falta de acuerdo, siempre podía decidir el juzgado. El hecho de que la pareja no desee permanecer unida no resta derechos a ninguno de los progenitores. Obviamente, será el que posee la custodia el que decida en las cuestiones del día a día del menor. Pero las decisiones de gran trascendencia, como un cambio de residencia, de centro escolar, etc., deben ser consensuadas, para ello el padre y la madre deben tener siempre el mismo peso, a excepción de los casos en que medie suspensión, inhabilitación oprivación para la patria potestad. En eso consiste la corresponsabilidad parental.

Con todo, esta postura tenía defensores y detractores, como se ha visto, si bien todo el debate terminó en el año 2015, cuando la Fiscalía General del Estado emitió una Circular en la que se exponía claramente que los progenitores tienen la misma capacidad de decisión en asuntos relevantes, con independencia de a quién haya sido atribuida la guarda y custodia[585]. Con estas directrices se logra aportar una solución a las cuestiones que se planteaban previamente en torno a las distintas posibilidades que pueden resultar del contenido de una sentencia que regule el derecho de patria potestad y de guarda y custodia. El Ministerio Fiscal recalca que, si ambos progenitores ejercen la patria potestad, el hecho de que la guarda y custodia esté atribuida solo a uno de ellos no quiere decir que solo a este le incumba la decisión relativa al establecimiento del lugar de residencia del menor.

Por el contrario, los dos progenitores deben llegar a un acuerdo sobre este ámbito. Finalmente, y para despejar cualquier duda que pudiera albergarse, se asienta el criterio de que, si la sentencia atribuye la patria potestad a ambos progenitores y la guarda y custodia solo a uno de ellos, a falta de una disposición expresa acerca de quién puede decidir donde vivirá el menor, debe entenderse que tal decisión corresponde al padre y a la madre conjuntamente, que deberán someterse al criterio judicial si no son capaces de alcanzar el pertinente acuerdo[586]. Todo esto actúa en pro de paliar en cierto modo la idea

---

d. Puede ocurrir que la sentencia atribuya la guarda y custodia a uno de los progenitores estipulando que la patria potestad será compartida. En este caso, no hay manera de saber si la sentencia se está refiriendo a la titularidad o al ejercicio, pudiendo interpretarse en el sentido que se desee.
e. Finalmente, puede que el juez zanje directamente la cuestión sobre quién puede decidir el lugar de residencia del menor, indicando que dicha decisión corresponde en exclusiva al titular de la guarda y custodia, lo que disiparía cualquier duda en torno a esta materia.

585 En estos términos se expresaba la Fiscalía General del Estado en la Circular 6/2015, de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: *si la sentencia de separación, nulidad o divorcio atribuye la guarda y custodia a un progenitor correspondiendo el ejercicio de la patria potestad a ambos, ambos tendrán que decidir sobre los asuntos de mayor trascendencia relativos a la vida y gobierno del menor. Por ello, en estos casos debe haber acuerdo de los dos progenitores ante cualquier modificación de la residencia del menor que suponga un cambio de su entorno físico y social. Por tanto, cuando se dicta una resolución estándar en la que, atribuyéndose la patria potestad conjunta y la guarda y custodia a uno de los progenitores, no se hace ningún pronunciamiento en cuanto a la facultad de decidir la residencia, la misma ha de entenderse corresponde a ambos progenitores de común acuerdo y, en su defecto, a la decisión judicial.*

586 Debe tenerse en cuenta que, a diferencia del Código Penal, que opera en todo el territorio español, no ocurre lo mismo con el Código Civil, puesto que éste ultimo coexiste con los denominados Derechos Forales, que pueden establecer otro tipo de soluciones para el mismo conflicto y, de hecho, esto es lo que ocurre en el tema que nos ocupa. De este modo, el Código de Familia de Cataluña no ofrece dudas a la hora de saber quién está capacitado para tomar una decisión tan importante como es la de fijar el lugar de residencia del menor pues establece que, a menos que la autoridad judicial establezca lo contrario, el

a la que alude la doctrina acerca de esa percepción de que la realidad social suele desmerecer al progenitor no custodio, que cree que uno se queda con los hijos y con la vivienda y el otro con nada, en definitiva, que uno gana y el otro pierde, cuando la verdadera realidad es que los que pierden son los hijos[587].

Precisamente a evitar todos estos conflictos que pueden sucederse con motivo de un cambio en el lugar de residencia responde el criterio jurisprudencial actual, pues como explica MONFORT FERRERO "es por esta razón por lo que nuestros jueces y tribunales suelen atribuir la vivienda familiar al progenitor que queda al cuidado del menor. O, si el menor ya se encontraba conviviendo con uno solo de los progenitores, se suele mantener la continuidad en esta convivencia. [...] La valoración por la Jurisprudencia de estos cambios de residencia tanto si es dentro de España como si el traslado es a un país extranjero, varía según que estos se deban a móviles caprichosos, injustificados o ilegales, en cuyo caso no se accede a la atribución de la guarda y custodia (o se accede a la modificación) o que, por el contrario, respondan a otros motivos como traslados laborales, deseos de reunirse con la familia, etc. Se valoran también las posibilidades, básicamente económicas, del otro progenitor de cumplir con su derecho de visita"[588]. Y es en estos casos, cuando el motivo es caprichoso o injustificado, cuando puede aparecer la responsabilidad penal mediante la aplicación del tipo de sustracción de menores.

Como conclusión, puede resumirse cada uno de los tres conceptos que se han estudiado. La titularidad de la patria potestad hace referencia a la mera posesión, al igual que somos titulares de múltiples derechos. El padre y la madre son titulares de la patria potestad mientras no sean privados de aquella. La titularidad queda vacía de contenido sin ejercicio, que es lo que va a permitir ponerla en práctica. El ejercicio se refiere al conjunto de decisiones trascendentales de la vida del menor, que ambos progenitores deberán tomar de común acuerdo, con independencia de quién ejerza la guarda y custodia. Mientras los dos progenitores mantengan el ejercicio de la patria potestad, no se podrá tomar unilateralmente ninguna decisión importante que afecte a los hijos menores, algo que les ofrece la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones, dentro de las cuales se encuentra aquella relativa al lugar de residencia habitual del menor, de cara al consentimiento que exige el tipo en la modalidad de traslado, lo cual es crucial, como se verá más tarde. No basta con ejercer la guarda y custodia para tomar esa decisión tan trascendental, sino que será necesario disponer del ejercicio exclusivo si se quiere tomar dicha decisión unilateralmente, motivo por el cual se aplaude la inclusión en el tipo de los traslados efectuados por quien ejerce la guarda y custodia. Además, todo esto tiene repercusión, asimismo, en la pena de la sustracción, consistente en una inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad (además de una pena de prisión), que afecta al

progenitor que ejerce la patria potestad está obligado a obtener el consentimiento del otro ante la decisión de cambiar el lugar de residencia cuando ello conlleve el cambio del entorno habitual, consentimiento que puede ser otorgado de forma expresa o tácita. Ello implica que considera que ambos padres deben participar en la toma de la decisión, salvo que exista una resolución judicial que indique lo contrario. Así, el apartado sexto del artículo 236-11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia se expresa en los siguientes términos: *El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada, que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13.*

[587] GARCÍA RIVAS, F. J. "Guarda y custodia compartida…", Ob. cit., p. 80.

[588] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., p.132.

ejercicio y no a la titularidad. Finalmente, la guarda y custodia atañe a aquellas decisiones cotidianas de la vida diaria del niño (horario para las comidas, para irse a dormir, para el baño, etc.), algo que tendrá que decidir, obviamente, la persona que convive con el menor de manera habitual, la persona que ejerce esa guarda y custodia o, en su defecto, ambos progenitores si se ha otorgado la guarda y custodia compartida. Lo contrario, el hecho de que ambos padres debieran ponerse de acuerdo para todas las cuestiones cotidianas, haría inviable la situación de separación. Empero, para aquellas decisiones más importantes si será necesario ese acuerdo, que será alcanzado por los ejercientes de la patria potestad.

Tras estas conclusiones, se puede afirmar que resultaba poco coherente que se permitiera el traslado por parte del custodio si el otro progenitor posee el ejercicio de la patria potestad porque es una decisión que no puede tomarse unilateralmente, por imperativo directo tanto de la normativa civil como de la propia Fiscalía General del Estado. En ese sentido, haber incluido en el tipo cualquier tipo de traslado efectuado por cualquiera de los progenitores sin el consentimiento del otro es acertado y, evidentemente, servirá, de ahora en adelante, para proteger de forma más eficaz el bien jurídico protegido, concretado en los derechos derivados de la responsabilidad que tienen los padres sobre los hijos.

Probablemente, el legislador decidiera en un primer momento, que ha durado casi veinte años, dejar fuera del tipo la conducta del progenitor custodio que se traslada porque el prototipo de caso en aquel momento era el de un progenitor que, aprovechando el régimen de visitas, no devolvía al menor. Actualmente, se ha percibido un cambio en la realidad, como puede apreciarse simplemente mediante el estudio de los casos jurisprudenciales, de manera que suele ser el custodio el que se traslada o cualquiera de los dos antes de que medie resolución judicial alguna. Sin embargo, el legislador debería buscar la mejor manera de proteger el interés tutelado, sin legislar a golpe de caso, sino mediante una profunda reflexión que invite a tener en cuenta todas las posibilidades. Si hasta ahora existían algunos casos dudosos y otros que, directamente, eran atípicos, con la reforma todos ellos serán tratados como lo que siempre fueron, sustracciones parentales.

Como reflexión final y tras haber analizado la postura de la doctrina civilista, tan útil y necesaria a este respecto, puede decirse que, si bien el legislador ha acertado a la hora de configurar a ambos progenitores como sujetos activos de la conducta, en tanto ambos poseen el mismo derecho a decidir el lugar de residencia del hijo, no ha terminado de captar del todo la verdadera esencia de la responsabilidad parental, en tanto carecería de sentido exigir el consentimiento también en aquellos supuestos en los que el otro progenitor, por la circunstancia que sea, no dispone del ejercicio de la patria potestad, lo que implica que el otro progenitor (entiéndase, el que traslada) quedaría plenamente facultado para tomar las decisiones que estimase convenientes. Por consiguiente, la correcta interpretación del tipo implica la coherencia con el sistema civil y, por ende, la ausencia de necesidad de autorización por parte de quien no ejercita la responsabilidad parental, en línea con las propias estipulaciones de la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de 4 de junio. No obstante, habría sido óptimo que este dato apareciese expresamente reflejado en el tipo.

*7.2.1.2.2 La naturaleza del consentimiento*

En primer lugar, es necesario mencionar que la eficacia del consentimiento siempre se refiere a bienes individuales, nunca a bienes de titularidad colectiva, dada la imposibilidad de obtener el consentimiento de todos y cada uno de los titulares en estos últimos[589] y ello porque existen espacios de disponibilidad fundados en el libre ejercicio de la personalidad[590].

Pueden producirse dos situaciones cuando el titular del bien jurídico emite un consentimiento jurídicamente válido[591]:

a. Puede constituir una causa de atipicidad al no existir relevancia jurídica negativa, falta el tipo indiciario por ausencia de cualquier ilícito, lo que puede deberse bien a una falta de lesión del bien jurídico o a que esa conducta sea socialmente adecuada.
b. La conducta puede ser típica ya de entrada, por tanto, el tipo se produce y el bien jurídico queda lesionado o puesto en peligro sin que esa acción pueda ser considerada como socialmente adecuada, por lo que el consentimiento actuaría como causa de justificación debido a una ponderación de intereses.

Realmente no resulta extraño que se pivote entre la atipicidad y la justificación, dado que donde la disponibilidad se admite socialmente como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, puede estimarse que el comportamiento es atípico, en tanto cuando no existe consenso en tal conclusión, suele acudirse a las causas de justificación[592]. Algunos señalan que el consentimiento constituye una causa de atipicidad cuando el tipo protege bienes disponibles por el titular y la libertad de disposición de los mismos y cuando en el tipo se recoge expresa o tácitamente como uno de los elementos el de que el hecho se realice contra o sin la voluntad del sujeto pasivo; y constituye una causa de justificación cuando el bien jurídico es individual y disponible pero no se protege en el tipo esa libertad de decisión sobre el bien disponible (como ocurre, por ejemplo, en el delito de lesiones)[593].

ROXIN no se muestra partidario de otorgar al consentimiento la naturaleza de causa de justificación, pues consentir la lesión en un bien jurídico impide de entrada la existencia de la agresión al titular de dicho bien, simplemente se trata de una protección de la libertad de acción recogida en la Constitución sobre la base de la libre disposición sobre los bienes jurídicos que asiste al titular de los mismos, por lo que el comportamiento

[589] En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal", *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (dir. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.), Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 380.
[590] GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 129.
[591] LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012, pp. 13-14.
[592] GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 133.
[593] CEREZO MIR, J. "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación", *Estudios de Derecho y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa* (tomo I), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, pp. 203-209; en la misma línea de entender atípicas las conductas en las que el consentimiento constituye un elemento del tipo, QUINTANAR DÍEZ, M. - ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de Derecho Penal. Parte General* (dir. QUINTANAR DÍEZ, M.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 92.

es desde el principio atípico[594]. En esa línea, se afirma que el consentimiento constituye una causa de atipicidad como manifestación de la libertad de acción del sujeto pasivo[595].

Efectivamente, el consentimiento a la lesión del bien jurídico entraña un supuesto de atipicidad porque, si el titular goza de la libre disposición sobre ciertos bienes jurídicos (no todos son disponibles), no es que ese consentimiento justifique la conducta. Si se considera que el consentimiento es una causa de justificación se estaría afirmando la existencia de una conducta típica, y en principio antijurídica, que al final acaba convertida en una situación lícita precisamente al encontrarnos en una situación permitida por el Ordenamiento jurídico. Con todo, cuando el sujeto consiente, esa agresión no llega a nacer.

Esto se desprende también de la propia esencia del Derecho penal. Si se ha dicho más arriba que la función principal del Derecho penal no es otra que la protección de los bienes jurídicos, si el titular del mismo consiente en esa lesión, esa protección deviene innecesaria, por lo que será penalmente irrelevante. Esto será así siempre y cuando el bien jurídico sea plenamente disponible por el titular[596]. Al igual que el consentimiento del titular de un bien impide la apreciación de un delito de hurto porque la conducta sería desde un principio atípica o de la misma manera que realizar prácticas sexuales consentidas no constituyen un delito contra la libertad sexual que luego se vea justificado, sino que el delito nunca llega a existir, el consentimiento en el delito de sustracción de menores produce el mismo efecto: si el sujeto goza del consentimiento de la persona a la que corresponde decidir sobre el menor, no es que la conducta esté justificada, sino que desde el principio no hay lesión del bien jurídico, la conducta deviene atípica.

Sin ánimo de entrar en el debate sobre la verdadera naturaleza del consentimiento[597], dado que en el delito que se está estudiando, el consentimiento es un elemento del tipo cuya ausencia determina de plano la atipicidad de la conducta, sí se indicará que se estima

---

[594] ROXIN, C. "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena" (trad. POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, p. 173.

[595] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 482.

[596] Algunos bienes jurídicos no son plenamente disponibles por el titular. Por ejemplo, la integridad física no es un bien plenamente disponible, motivo por el cual el legislador solo ha previsto una atenuación de la pena pero sigue tipificando la conducta de lesión con el consentimiento del titular con la pena inferior en uno o dos grados a la de la lesión producida sin consentimiento (artículo 155 CP).

[597] Explica LUZÓN PEÑA, D. M., que, frente a las teorías monistas que entienden que el consentimiento puede jugar como causa de justificación o como causa de atipicidad, confluyen las teorías dualistas, que distinguen entre consentimiento, al que atribuyen la esencia de causa de justificación (el consentimiento sirve para justificar una conducta dirigida contra un bien jurídico y que es jurídicamente relevante, quedando esta justificada, por el principio del interés preponderante, si se estima que el consentimiento del titular pesa más que el bien jurídico afectado); y asentimiento, que actúa como causa de atipicidad y aparece en aquellos tipos en los que el legislador menciona que la conducta se realice contra la voluntad del sujeto pasivo, por lo que el acuerdo o conformidad impide la lesión del bien jurídico, pudiendo llegar a constituir una acción normal (la entrada en un domicilio con el consentimiento del dueño es una actividad normal de la vida cotidiana y ese tipo de conductas son, obviamente, atípicas). "El consentimiento en Derecho Penal…" *(Estudios Penales en Homenaje…)*, Ob. cit., pp. 386-387. Las teorías dualistas, lejos de ser útiles y clarificadoras, solo añaden una variedad terminológica que sirve para enredar aún más el complejo entramado del consentimiento, por lo que resulta preferible abrazar las teorías que hablan solo de consentimiento, ya sea para defender que este es una causa de justificación, una causa de atipicidad o una u otra dependiendo del tipo penal, y ello porque el consentimiento es el mismo en unos y otros casos, no hay necesidad de añadir el término "asentimiento", en vista de que siempre nos referimos a una situación en la que el titular del bien jurídico permite al sujeto activo ejecutar la conducta deseada, con independencia del debate acerca de si ese consentimiento sirve para justificar o para negar la tipicidad de la misma. En el mismo sentido, *Ibídem*, pp. 387-388.

más acertada la corriente que defiende la atipicidad[598], por cuanto, cuando el bien es disponible, lo que se protege es la libertad de disposición. Si el bien jurídico nunca llega a ser puesto en peligro, no tiene sentido reconocer una causa de justificación que transforme en lícito lo que en un principio era antijurídico, pues la conducta no llega a ser ilícita en ningún momento y ello porque "no se trata de un permiso singular que se proyecta sobre una conducta típica, lo que abocaría a la justificación de tal comportamiento, sino de una manifestación de libertad de acción del sujeto que consiente y que conduce a la ruptura del proceso de valoración típica, quedando el proceder activo fuera del tipo por desvinculación del bien jurídico que se pretende proteger"[599]. Así las cosas, la propuesta inicial de considerar el consentimiento como causa de justificación va perdiendo fuerza en la actualidad[600].

#### *7.2.1.2.3 Los requisitos de validez del consentimiento*

En otro orden de cosas, desde algunos sectores doctrinales se exige la presencia de ciertos elementos o requisitos para que el consentimiento sea válido[601]:

a. Capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación sobre la que consiente, de forma que el mismo comprenda la significación de su consentimiento respecto de la acción que va a lesionar el objeto de la misma, no requiriéndose la capacidad exigida por el Derecho civil para llevar a cabo negocios jurídicos, pues es suficiente la capacidad natural de comprender o juzgar.
b. El consentimiento ha de preceder a la acción, de suerte que, si se otorga a posteriori, no es consentimiento, sino perdón. Además, ese consentimiento debe mantenerse durante la acción, lo que implica que es retractable.
c. El consentimiento ha de otorgarse libremente, no puede provenir de error o amenaza, de lo contrario no se eliminaría la lesión al bien jurídico.

Se trata de tres exigencias que no convierten al consentimiento en una institución casi imposible de aplicar pero que aportan unos mínimos para que tampoco pueda estimarse cualquier tipo de autorización como consentimiento, algo que dejaría parcialmente desprotegidos a los bienes jurídicos.

El tema de la capacidad concreta que debe presentar el sujeto pasivo para que pueda consentir en el ataque al bien jurídico es un tema complejo y cada autor puede establecer un baremo más o menos estricto. En este estudio se defiende que no es necesaria una

---

[598] LUZÓN PEÑA, D. M. ha estudiado el cambio de criterio en la doctrina acerca de la naturaleza a la que responde el consentimiento: la doctrina tradicional y parte de la moderna conciben el consentimiento como causa de justificación basada en la ausencia de interés o en el interés preponderante de la libertad del sujeto pasivo frente a la protección que el Estado brinda a sus bienes jurídicos y solo se consideraba causa de atipicidad cuando el tipo legal incluía expresamente en la descripción de la conducta la ausencia de consentimiento; desde la década de los sesenta y setenta en adelante surge una nueva corriente doctrinal que paulatinamente ha ido adquiriendo mayor importancia que afirma que el consentimiento siempre actúa como causa de atipicidad sobre la base de que en los bienes disponibles lo que se protege es la libertad de disposición del sujeto pasivo más que el propio objeto de disposición, por lo que si aquel ejerce su libertad de disposición, el bien jurídico nunca llega a ser puesto en peligro ni lesionado, siendo que la conducta es atípica . En "El consentimiento en Derecho Penal…" (*Estudios Penales en Homenaje…)*, Ob. cit., pp. 384-385.

[599] MORILLAS CUEVA, L. "Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo?", *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (coord. ALVÁREZ GARCÍA, *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 137.

[600] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 478.

[601] BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho…,* Ob. cit., pp. 206-207.

plena capacidad de obrar, lo cual solo se consigue con la mayoría de edad, según los postulados del Derecho civil[602]. Si el Derecho penal actualmente establece la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, no se puede ahora exigir una capacidad aún mayor para otorgar otros consentimientos, sería algo incoherente que, además, adolecería de inseguridad jurídica.

Aunque pueda parecer que este tema es irrelevante a efectos del delito de sustracción de menores, la realidad es bien distinta y existe un motivo muy concreto por el que debe precisarse cuándo una persona puede consentir y cuándo no: la posibilidad de que el progenitor aún no haya alcanzado la mayoría de edad y la posibilidad de que sea el propio menor (sustraído) el que consienta[603]. La idea de que sea posible que el consentimiento sea otorgado por un menor de edad que es, a su vez, el padre o la madre del menor sustraído, fuerza a defender que la capacidad de la persona que presta el consentimiento no puede coincidir con la plena capacidad de obrar exigida por el Derecho civil para la realización de negocios jurídicos[604].

En relación con el delito de sustracción de menores, la capacidad para otorgar el consentimiento implicaría una capacidad para ser consciente de lo que está ocurriendo, quiere decirse, que el progenitor desea trasladar al menor a un sitio distinto de su residencia, de forma más o menos prolongada en el tiempo (esto formará ya parte de la idea del posible sustractor, que no lo será en el caso de que el consentimiento exista), de que este traslado puede significar la pérdida total o parcial del contacto con el mismo y, obviamente, la ausencia de cualquier tipo de incapacidad que suponga que ese consentimiento no sea válido.

Por consiguiente, se exige una capacidad natural para comprender la situación en la que ese consentimiento se presta, lo cual significa que esa persona consiente bajo unas condiciones concretas (a continuación, se analizará qué ocurrirá en el caso de que se preste un consentimiento en condiciones distintas a las finalmente acontecidas en la realidad) y, por supuesto, la ausencia de una incapacidad que invalide esa decisión.

Resumidamente, la capacidad exigida para poder consentir no ha de ser tan estricta como para que consentir se convierta en algo casi imposible pero tampoco tan flexible como para que se estime como válido un consentimiento que realmente no presente todas las garantías. Por ende, la solución pasa por encontrar un equilibrio consistente en exigir que el sujeto comprenda todas las circunstancias en las que está otorgando el consentimiento y sea capaz de razonar por sí mismo si desea o no prestarlo.

---

[602] Así también, MIR PUIG, S. *Derecho Penal*..., Ob. cit., p. 531.

[603] Si bien no será la situación más frecuente, tampoco puede descartarse la aparición de un supuesto en el que no solo el hijo sea menor de edad, sino también los progenitores. El tipo penal se refiere a que el consentimiento para el traslado ha de ser predicado por parte de la persona a la que corresponda la guarda o la custodia del menor y, si esa persona fuese menor de edad, el consentimiento seguiría siendo el mismo.

[604] Además, como ya se ha dicho, el Derecho penal permite elecciones en otros ámbitos incluso antes de alcanzar esa mayoría de edad, lo que ocurriría en casos de delitos contra la indemnidad o la libertad sexual, donde la edad mínima para consentir se sitúa en los dieciséis años de edad. Por tanto, no sería lógico que para otorgar un consentimiento sexual sea necesario contar con dieciséis años y que luego, en otros consentimientos, se exija una capacidad o una edad mayor. Ello determina que la capacidad para consentir sea la necesaria para comprender la situación en la que se está prestando el consentimiento, la capacidad para razonar qué elementos objetivos se encuentran presentes en la situación y ofrecer un consentimiento para ese traslado.

En cuanto a las dos restantes exigencias, a saber, que el consentimiento ha de ser previo a la acción y que forzosamente debe ser libre y espontáneo, son dos exigencias evidentes e inobjetables. Así, se afirma que libertad y espontaneidad son equivalentes a un consentimiento no condicionado por ningún elemento externo[605]. La primera de ellas es indudable, el consentimiento ha de ser previo a la lesión, de lo contrario no existiría consentimiento, sino perdón[606], y ya se sabe que el perdón solo tiene eficacia respecto a un pequeño número de delitos y en ciertas condiciones, lo que conllevaría muy probablemente la persistencia del tipo. En lo concerniente al delito de sustracción de menores, el perdón del ofendido resulta ineficaz, toda vez que el legislador no lo ha tipificado expresamente, algo a lo que volverá a aludirse un poco más abajo, con motivo de la explicación relativa al momento en que el consentimiento debe prestarse.

Una de las consecuencias que se extraen de que el consentimiento haya de ser previo es justamente que este es revocable[607], de forma que el sujeto puede cambiar de opinión en cualquier momento antes de la acción, pues un consentimiento retirado con posterioridad a la ejecución de la acción típica tampoco puede surtir efecto. Efectivamente, el sujeto puede consentir en cualquier momento antes de que se produzca la lesión (aplicado al delito de sustracción de menores, el consentimiento se puede otorgar en cualquier momento anterior al inicio del traslado), pero también es posible, y totalmente legítimo, que dicho sujeto desee dejar de consentir o, lo que es lo mismo, revocar o retirar el consentimiento. Comoquiera que el consentimiento forma parte de la libertad de decisión de cada persona, quien deba otorgarlo es perfectamente libre de ofrecerlo o denegarlo, ambas facetas conforman dicha libertad de decisión. No obstante, esa decisión, sea la que sea, deberá ser adoptada antes de la ejecución de la conducta para que pueda surtir efectos jurídico-penales. Si ese consentimiento existe, el efecto será la atipicidad del comportamiento. Si el mismo es denegado y aun así el comportamiento se ejecuta, el efecto será el de la aparición de una conducta antijurídica sujeta a una determinada responsabilidad penal.

Con todo, debe realizarse aquí una apreciación para el concreto delito de sustracción de menores. Acaba de mencionarse que un consentimiento otorgado con posterioridad a la comisión de la conducta no elude la responsabilidad penal porque no elimina la tipicidad. El sujeto ha cometido el delito y el consentimiento posterior no elimina la existencia del tipo, a lo sumo serviría para dar entrada al perdón del ofendido. La sustracción de menores no se encuentra dentro del círculo de delitos en los que el perdón del ofendido posee relevancia. Sin embargo, sí que puede hacerse uso de otro mecanismo si se quiere evitar la responsabilidad penal del sustractor. Como se expondrá más adelante, el delito de sustracción de menores se configura como un delito semipúblico o semiprivado. Ello implica que siempre requiere previa denuncia. De hecho, la duración de la sustracción comenzará a contar desde la presentación de la denuncia. Si la persona que debía consentir ese traslado no lo hace con anterioridad a la ejecución del mismo, pero decide consentir después, el delito se habrá cometido. Empero, puede abstenerse de interponer denuncia, lo que conllevará la impunidad del sustractor. La sustracción no

[605] QUINTANAR DÍEZ, M. - ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de…,* Ob. cit., p. 93.
[606] En el mismo sentido, LANDECHO VELASCO, C. M. - MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 357.
[607] De la misma opinión, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *Derecho Penal. Parte General,* (coord. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), 2ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 254.

comenzará formalmente hablando hasta tanto no se interponga denuncia, de suerte que la renuncia a iniciar este trámite determinará la falta de responsabilidad criminal del sujeto.

Finalmente, el consentimiento ha de ser otorgado libremente, pues cualquier tipo de coacción, violencia, amenaza o presión supondría que ese consentimiento queda viciado[608]. Si alguno de estos elementos se encuentra presente, el consentimiento del custodio o conviviente no será válido en términos jurídicos y, por ende, no se excluirá la tipicidad penal.

Con respecto al error y al engaño, se afirma que solo eliminan la validez del consentimiento en tanto afecten a la cantidad y calidad de la injerencia consentida y no sobre presupuestos accesorios[609]. En lo tocante a la existencia de un error por parte del sujeto pasivo que afecte al conocimiento de los hechos del tipo, este devendría ineficaz, lo que determinaría la falta del mismo (configurado como uno de los elementos del tipo) y, por consiguiente, la tipicidad de la conducta. En estos casos se excluye la eficacia eximente del consentimiento, su plena validez jurídica, si el que ha de consentir no conoce o no comprende la totalidad de los elementos, así como su eficacia excluyente de la tipicidad penal si no comprende lo esencial de los elementos típicos[610].

La doctrina ha realizado una clasificación de los elementos sobre los que puede recaer el error y le ha ido otorgando a cada uno de ellos la relevancia jurídica que merecen. Así, se niega la eficacia del consentimiento cuando recae sobre el conocimiento o la comprensión de alguno de los elementos del tipo, ya sea el error provocado o no por la existencia de un engaño previo, especificándose que el sujeto no solo debe conocer la presencia del bien jurídico y la lesión o puesta en peligro del mismo, sino también el alcance y la manera en que ese bien jurídico va a verse vulnerado, por lo que un error acerca de estos elementos será relevante y desembocará en la ineficacia del consentimiento; de la misma forma, se otorga relevancia también al error sobre la motivación del sujeto, pues existen ciertos errores que aparentemente solo afectan a dicha motivación, pero provocan un desconocimiento de alguno de los elementos del tipo o sobre la entidad o la forma de afectación al bien jurídico[611].

Por ejemplo, si el consentimiento se otorga porque el sustractor hace creer al emisor del mismo que el traslado es durante unos cuantos días o, en cualquier caso, un periodo corto de tiempo, esto es un engaño que provoca un error en el sujeto, que consiente en algo distinto a lo que se le ha expuesto. Ese consentimiento sería apto durante el periodo de tiempo para el que fue emitido, pero no más allá, de modo que la extensión del traslado más allá del tiempo permitido integraría la conducta de sustracción de menores al no contarse ya con el consentimiento necesario.

Ciertamente, el error relevante no solo recae sobre el conocimiento y la comprensión del concreto bien jurídico y de que este va a ser lesionado o puesto en peligro (dependiendo del tipo penal de que se trate), sino que también puede recaer sobre la intensidad o la forma en que ese bien jurídico va a resultar afectado o sobre la motivación

---

608 LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…", (*Revista General*…), Ob. cit., p. 38.
609 TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 316.
610 LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…", (*Revista General*…), Ob. cit., pp. 34-35.
611 LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…" (*Estudios Penales en Homenaje…)*, Ob. cit., pp. 413-414.

bajo la cual el sujeto consiente. De esta manera, un error sobre estos otros elementos debe ser relevante a efectos de negar la eficacia del consentimiento, en tanto en cuanto implicaría que la persona no conoce a ciencia cierta aquello sobre lo que está consintiendo[612].

También una mención especial merece el consentimiento otorgado mediante engaño. Imagínese que una persona consiente una vez que se le han ofrecido una serie de condiciones que no se tienen intención de cumplir. Esta es una de las modalidades del engaño y realmente puede tener una gran relevancia en el delito que se viene estudiando. Antes se ha referido que el consentimiento se emite válidamente cuando la persona consiente en el seno de una capacidad de comprensión de todas las circunstancias que rodean esa situación de posible lesión para el bien jurídico[613]. Si esas circunstancias han sido alteradas para obtener dicho consentimiento, el mismo será debido a un engaño y, consecuentemente, no será posible afirmar su validez y la exención de responsabilidad penal (o atenuación, dependiendo del tipo)[614].

En el delito de sustracción de menores, la situación en la que el consentimiento se emite se presta a la posible maquinación de un engaño por parte del sujeto activo, un engaño urdido para obtener un consentimiento que finalmente se reputará como nulo o inválido al haberse obtenido en ausencia de una completa libertad, en tanto dicha libertad se encontraba viciada por la presencia del engaño[615]. Como ejemplo, pudiera pensarse en el supuesto en el que uno de los progenitores propone al otro el traslado del menor prometiendo un determinado contacto telefónico y visual, sabiendo desde un principio que ello no será cumplido. Supóngase que el progenitor consiente en un traslado dentro del territorio español y el sustractor aprovecha tal consentimiento para trasladar al menor fuera de España. En este supuesto, es evidente que el consentimiento ha sido otorgado mediante engaño y que la conducta no vendría amparada por la autorización del progenitor o de la persona o institución que posea la custodia, esto es, la conducta integraría un delito de sustracción de menores y al sujeto activo se le exigiría la responsabilidad penal correspondiente.

Lo mismo sucedería en el caso del traslado bajo una serie de condiciones que no van a ser cumplidas en ningún momento: el sujeto promete un contacto que no se produce, unas visitas que nunca llegan o cualquier otra condición que no piensa cumplir. El consentimiento otorgado con miras a una serie de condiciones que jamás van a ser cumplidas es un consentimiento obtenido con engaño, la libertad del que consiente ha sido viciada, luego ese consentimiento no sirve para eliminar la tipicidad de la conducta.

---

[612] También es relevante el error cuando el consentimiento es otorgado por error (el titular quería decir que no, pero dice que sí) y el beneficiario del mismo no sabe que el titular ha cometido un error. CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 102.

[613] CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B., afirman que la capacidad depende de cada delito, bastando normalmente con la capacidad natural, si bien existen delitos que incluyen elementos más complejos que requerirán una capacidad mayor, aunque no necesariamente la capacidad negocial. *Ibídem*, p. 101.

[614] Sostiene BACIGALUPO que esta idea es matizable, por cuanto el consentimiento, aun el obtenido mediante engaño, anula la violencia, por lo que excluirá la aplicación de los tipos que cuenten con el ejercicio de la violencia entre sus elementos típicos. En *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 297.

[615] De la misma opinión acerca de que el engaño entraña la nulidad del consentimiento, CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de*…, Ob. cit., p. 102.

Cuando un sujeto actúa de mala fe y engaña a otra persona, el consentimiento otorgado en dichas circunstancias no puede ser válido, ni en Derecho penal ni en ninguna otra rama[616]. Esto es así dado que un sujeto presta un consentimiento ante una concreta y determinada situación. Si esa situación resulta ser falsa, el consentimiento se halla viciado, no es válido, no puede amparar la conducta típica. Distinto sería el supuesto de que el consentimiento se otorgue ante una serie de condiciones que posteriormente el sujeto activo no puede cumplir, siendo que su pretensión era cumplir con ellas. En estos casos, no puede hablarse de engaño, por lo que el consentimiento ha de afirmarse válido a pesar de que el sujeto pasivo (o, mejor dicho, el sujeto que lo emite) lo haya expresado en ciertas condiciones que posteriormente no resultan cumplidas.

En este supuesto, no existe mala fe. El sujeto que dirige la acción pretendía cumplir con la situación que propició la emisión del consentimiento, algo que luego no pudo cumplir. Ello no quiere decir que no exista ningún tipo de responsabilidad, muy probablemente el sujeto emisor del consentimiento pueda acudir a la vía civil para solicitar algún cambio de medidas con respecto a los hijos menores para lograr el cumplimiento de esas condiciones pactadas. Empero, en vía penal, la conducta no aparece como engaño, no existe mala fe, el consentimiento no se halla viciado, es válido, por lo que el traslado sería lícito (se reitera, desde el punto de vista penal) y el sujeto que procede a dicho traslado no se vería supeditado a ningún tipo de responsabilidad penal.

Como puede apreciarse, entre el engaño y el error existe un cierto nexo. Así, el engaño propicia una situación de error parecida a la relación que entre ambos elementos existe en el delito de estafa, que como ya se sabe, se construye sobre la base de un engaño lo suficientemente importante como para inducir a error al sujeto pasivo. En el consentimiento, este paralelismo es evidente: el engaño por parte del sujeto que va a trasladar al menor provoca que el sujeto que debe consentir decida hacerlo, pero bajo un error, bajo una representación de la realidad que es falsa. Por ello, puede decirse que no todo error proviene de un engaño, pero sí que todo engaño va a acabar provocando un error, definido este como representación falsa de la realidad.

Por lo que respecta a una coacción o amenaza, la situación es aún más evidente, siendo ese consentimiento inválido desde el principio, toda vez que, en estos supuestos, el sujeto ha sido forzado desde el inicio a otorgar un consentimiento que, en condiciones de libertad y espontaneidad, no emitiría. Si el sujeto es forzado a consentir, ya no solo se estaría ante una conducta de sustracción de menores, sino que se abriría la puerta a otros tipos delictivos que aparecerían como forma de concurso medial o concurso real (dependiendo del supuesto en cuestión), entre los cuales figurarían los delitos de coacciones del artículo 172 del CP o los tipos de amenazas de los artículos 169 y siguientes del Código Penal.

Realmente la forma más grave de invalidez del consentimiento es el obtenido mediante coacción o amenaza, por cuanto implica la comisión de otros tipos penales además del tipo principal (que en nuestro caso sería el de sustracción de menores), que arrojarían un plus de antijuridicidad al conjunto delictivo, formado ya desde este momento por más de un tipo delictivo.

---

[616] CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B., también extienden el engaño que implica la nulidad del consentimiento a los supuestos en que existe engaño acerca del motivo por el cual se consiente, En *Curso de*…, Ob. cit., p. 102.

En cualquiera de estos tres supuestos (engaño, coacción, error), el consentimiento será inválido[617] y ello provocará que la conducta o el comportamiento del sujeto activo despliegue la eficacia del Derecho penal, quedando la misma supeditada a responsabilidad jurídico-penal. Y ello por un motivo más que evidente: si se establece que la presencia de alguno de esos tres factores invalida el consentimiento, se está afirmando, consecuentemente, que la ausencia de consentimiento que menciona el tipo se cumple, por lo que el tipo se realiza.

Debe plantearse también la cuestión acerca de si el sujeto que es estimulado a consentir mediante la entrega de dinero u otro tipo de recompensa otorga libremente su consentimiento o no. La doctrina indica que en estos supuestos en los que el sujeto es estimulado, el consentimiento no deviene ineficaz y que, dependiendo de los tipos penales, podría pensarse que la entrega del dinero invalida el consentimiento en caso de angustia o necesidad de la víctima[618].

El hecho de que el sujeto no consienta por propia iniciativa, sino que sea convencido a tal efecto o estimulado de alguna manera no afecta a la libertad, simplemente el sujeto otorga su consentimiento motivado por un interés que podrá ser más o menos moral pero, en cualquier caso, irrelevante a efectos penales. Si el sujeto que emite el consentimiento lo hace al sentirse estimulado por los beneficios que puede recibir si consiente, el motivo por el que lo haga no importa al Derecho penal, siempre y cuando sea una decisión fruto de la libertad. Otra cosa distinta es que el sujeto se encuentre en una situación desesperada o de necesidad extrema y la obtención de dinero sea lo que condiciona a la persona a emitir un consentimiento que, en otras condiciones, no emitiría. No es lo mismo estimular que condicionar[619].

Esto puede trasladarse a cualquier delito. Si el sujeto emisor del consentimiento es estimulado de alguna forma y, libremente, utiliza esos estímulos para prestar el consentimiento porque desea obtener aquello que se le ha ofrecido, el consentimiento sigue siendo válido, pues el sujeto consiente libremente, en la plasmación de su libertad, decide obtener lo que se le ofrece y consiente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Si lo que ocurre realmente es que el consentimiento se emite a cambio de dinero en vista de una situación económica extremadamente grave, el sujeto consiente, pero no lo hace libremente.

Ello, trasladado al delito de sustracción de menores, implica que, si el progenitor o la persona encargada de la guarda o custodia del menor es estimulada por el presunto sustractor, por ejemplo, con el pensamiento de que ello le dejará más tiempo libre al no tener tanta responsabilidad para con el niño o la niña, o que ahorrará más dinero al no tener que emplear tanta parte de salario en los gastos del menor, etc., el consentimiento seguirá siendo válido y, por tanto, la conducta no será delictiva. Ahora bien, si la situación económica del progenitor, o cualquier otra de extrema necesidad, hace que aquel se vea obligado a prestar el consentimiento debido a las circunstancias, ese consentimiento no

---

[617] En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 97.

[618] LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…" (*Estudios Penales en Homenaje…)*, Ob. cit., pp. 417-418.

[619] Por ejemplo, no es lo mismo la persona que accede a tener relaciones sexuales a cambio de obtener algo que la persona que se encuentra en una situación de extrema necesidad y accede, sin ningún tipo de deseo, a mantener esas relaciones porque no le queda otra salida.

es válido porque no ha sido prestado libremente y, sea por el motivo que sea, la ausencia de libertad a la hora de emitir el consentimiento determina la invalidez del mismo.

#### *7.2.1.2.4 Formas de emisión del consentimiento*

El consentimiento siempre debe ser exteriorizado[620], por lo que otro de los elementos que deben tenerse en cuenta es la forma de prestación del consentimiento: este puede resultar expreso o tácito. El consentimiento expreso supone que el progenitor o la persona o institución que tiene atribuida la custodia de aquel va a autorizar de forma fehaciente el traslado del niño. Ello puede producirse de forma oral o escrita, siendo esta última de mayor conveniencia dada su utilidad como prueba. En cualquier caso, el consentimiento expreso implica una autorización emitida por parte del sujeto pasivo al sujeto activo. Ese consentimiento puede apreciarse de forma clara, si bien ya se ha mencionado que sería pertinente reflejarlo en un documento que pueda servir como herramienta probatoria en un eventual proceso judicial.

El consentimiento tácito puede producirse de dos formas: o bien, por la pasividad del sujeto que debe consentir, o bien por actos de los que quepa deducir que este está consintiendo, aunque no lo comunique de forma expresa. Este consentimiento tácito es válido, goza de la misma validez que el consentimiento expreso, si bien será difícil probar su existencia si esto llegase a ser necesario en un determinado momento. Con todo, la mayor o menor facilidad de prueba no se encuentra en entredicho con la validez jurídico-penal que presenta. El consentimiento otorgado por el sujeto puede ser expreso o tácito y la validez será la misma en uno u otro caso[621].

Si la persona que debe autorizar el traslado del menor no otorga su consentimiento expreso pero se mantiene en una actitud pasiva, sin iniciar ningún proceso, sin interponer denuncia, puede interpretarse que consiente tácitamente. También cabe que el consentimiento pueda extraerse de alguna actuación determinada, aunque no se haya consentido expresamente. Por ejemplo, si es el propio sujeto el que prepara la maleta del menor o el que lo entrega al progenitor que va a trasladarlo[622].

Por ende, tanto si el consentimiento es expreso o tácito, será válido y su existencia determinará la atipicidad del comportamiento, que no podrá ser calificado como una sustracción de menores. Ahora bien, siempre será recomendable optar por un consentimiento expreso y recogido en soporte documental a efectos de poder actuar como elemento probatorio en un eventual proceso judicial.

En otro orden de cosas, no puede dejar de abordarse una importante materia en relación con este apartado. Y dicha materia no es otra que la eficacia del consentimiento presunto.

---

[620] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 487.

[621] En la misma línea, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 53.

[622] Recuérdese que los padres pueden en cualquier momento llegar a un acuerdo en relación con la forma en que van a cuidar y criar a los hijos. Por consiguiente, podría ocurrir que el progenitor con el que convive habitualmente el menor y el otro progenitor acuerden un cambio de roles motivado por cualquier cambio de circunstancias. En este caso, de no existir ninguna resolución atinente a la guarda y custodia del menor, ese acuerdo es perfectamente válido y simplemente se procede a la entrega de aquel. En caso contrario, lo correcto sería acudir a los tribunales del orden civil para solicitar un cambio de medidas. Ahora bien, esta posibilidad de alcanzar acuerdos está vetada a tutores e instituciones a cargo de menores, que siempre deberán recurrir a la autoridad judicial pertinente para cualquier tipo de cambio en el destino del menor, lo contrario podría suscitar responsabilidad civil o administrativa.

Cuando un tipo penal recoge como elemento típico el hecho de que la conducta se haga contra la voluntad o sin el consentimiento del sujeto pasivo, debe plantearse el valor del consentimiento presunto. Si el sujeto pasivo otorga en este tipo de delitos su consentimiento, no existe problema alguno, pues uno de los elementos del tipo exige que la conducta se realice contra la voluntad o sin el consentimiento, ese consentimiento existe, ergo no se cumplen todos los elementos del tipo, la conducta es atípica. Si el consentimiento es tácito y de la actitud o el comportamiento del sujeto se puede entender que no se opone a esa conducta, nuevamente vuelve a no cumplirse uno de los elementos del tipo y, por tanto, la conducta seguiría siendo atípica. Pero, ¿qué ocurre con el consentimiento presunto?

Cuando el titular del bien jurídico no puede prestar el consentimiento por hallarse ausente o inconsciente, pero resulta seguro que lo prestaría si pudiera, se está ante el denominado consentimiento presunto[623]. El consentimiento presunto alude a los supuestos en que cabe esperar que el sujeto habría dado su consentimiento si hubiese tenido conocimiento de la hipotética situación típica. Y digo hipotética porque, si el sujeto puede disponer del bien jurídico y habría otorgado su consentimiento de conocer la lesión o la puesta en peligro del mismo, aquella no llegaría a ser típica. Es importante no confundir este tipo de consentimiento con el consentimiento tácito, que, como se ha dicho, alude a una mera pasividad del sujeto pasivo o a la realización de actos de los cuales cabe deducir que consiente, sin que llegue a prestarse su consentimiento de forma expresa[624].

El consentimiento presunto presenta una serie de presupuestos: al igual que los otros tipos de consentimiento, solo tiene relevancia en relación a bienes jurídicos disponibles; únicamente cabe recurrir a aquel cuando no hay posibilidad de obtener un consentimiento expreso; implica un juicio hipotético sobre indicios objetivos, donde cabe incluir manifestaciones generales previas del afectado, relaciones entre los sujetos, etc., para otorgarle eficacia y presumir que aquel lo prestaría si pudiera hacerlo, para de este modo lograr un alto grado de certeza de conocimiento objetivo de la voluntad del sujeto[625].

El delito de sustracción de menores describe una conducta típica en la que se incluye la falta de consentimiento de la persona a la que corresponde tomar la decisión sobre el destino del menor, lo que obliga a analizar el valor que podría otorgarse al consentimiento presunto en estos supuestos.

El problema principal del consentimiento presunto es, precisamente, que es presunto. No es un consentimiento que pueda conocerse a ciencia cierta, es un consentimiento que cabe imaginar que existiría de acuerdo con algunos indicios[626]. Pero es siempre presunto, no certero. No podemos introducirnos en la mente del sujeto para saber lo que opinaría de conocer la situación, por lo que cabe plantearse si se puede otorgar relevancia penal a un consentimiento deducido hasta el punto de admitirlo como forma de descartar la tipicidad del comportamiento.

[623] MIR PUIG, S. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 533.
[624] CEREZO MIR, J. "El consentimiento como…", Ob. cit., p. 235.
[625] MORILLAS CUEVA, L. "Consentimiento y…", Ob. cit., p. 143.
[626] CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B., lo definen como el hecho de decidir por el titular donde no se puede saber lo que se quiere. En *Curso de*…, Ob. cit., p. 100.

Hay quien otorga al consentimiento presunto eficacia como causa de justificación[627]. Así, se estima que ello puede ser así siempre que el fundamento de la causa de justificación resida en la ausencia de interés, pero no si se estima que el fundamento reside en la renuncia a la protección del Derecho porque no se ha producido realmente esa renuncia, lo que determina que el consentimiento presunto deba concebirse como una causa de justificación independiente e innecesaria dada la existencia del estado de necesidad, pues aquel podría dar lugar a abusos[628].

De hecho, como requisitos para otorgar eficacia a este tipo de consentimiento se han señalado los siguientes[629]:

a. La acción debe ser realizada en interés del titular del bien jurídico[630].
b. Deben cumplirse las condiciones que atañen a todo consentimiento.
c. Debe arrojarse como resultado de un juicio objetivo que ese consentimiento habría sido de esperar en el momento *ex ante* de la acción, realizándose dicho juicio por parte de un tercero razonable situado en el lugar del autor.

El consentimiento presunto se produce en situaciones en las que el sujeto que debe consentir no se encuentra en condiciones óptimas para emitir el consentimiento, no puede hacerlo. Se hace en interés del titular del bien jurídico, de ahí que ese interés se exija doctrinalmente como requisito. Es una acción que se produce en interés del titular, luego en Derecho penal no debería tener validez en toda clase de delitos, toda vez que se está haciendo alusión a lesión de un bien jurídico.

Como se indicará un poco más adelante, el delito de sustracción de menores no se presta a que el consentimiento sea otorgado por medio de un consentimiento presunto[631]. Ni siquiera cuando el custodio o el guardador no pueda otorgar el consentimiento por las especiales circunstancias en las que se encuentre, el consentimiento presunto podría tener validez. No debería contarse para el traslado con un consentimiento presunto y la inexistencia de un consentimiento expreso o tácito dará lugar a la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, pudiendo el sujeto que traslada al menor ser procesado por un delito de sustracción de menores, sin perjuicio de que concurra cualquier circunstancia que haga posible posteriormente la constatación de una causa justificada (que será lo frecuente en este tipo de supuestos), que también supondría la atipicidad del comportamiento, en los mismos términos que la concurrencia del consentimiento.

Si el sujeto que dispone de la guarda o custodia del menor no puede, por la razón que sea, consentir en ese traslado, el consentimiento presunto no es válido, la solución correcta sería acudir a la vía civil para solicitar judicialmente un cambio en el régimen del menor en vista de las nuevas circunstancias en las que se ve envuelto el progenitor custodio. De esta manera, no puede presumirse que el progenitor consentiría en un traslado si por cualquier razón se encontrase en una situación de incapacidad para decidir (por ejemplo, en caso de encontrarse en coma o inconsciente debido a alguna enfermedad o accidente). El sujeto que pretenda trasladar al menor debe instar el proceso civil

[627] BACIGALUPO, E. lo considera una causa de justificación apoyada en el riesgo permitido porque la falta de consentimiento real impide la exclusión de la tipicidad. En *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 299-300.
[628] CEREZO MIR, J. "El consentimiento como…", Ob. cit., pp. 235-236.
[629] BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho…,* Ob. cit., p. 211.
[630] En contra, incluyendo también al que se ampara en el consentimiento, CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de*…, Ob. cit., p. 103.
[631] En el mismo sentido, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 10 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 296.

adecuado para lograrlo, al margen de que siempre quedará, en estos casos, la alusión a la existencia de una causa justificada (toda vez que la ausencia de esta constituye otro de los elementos típicos). Por otra parte, en estos supuestos tampoco puede afirmarse que el traslado responda a un interés del titular del bien jurídico, lo que impediría la afirmación de que se está cumpliendo el requisito de que el consentimiento se presume siempre porque la decisión adoptada beneficia al titular del bien jurídico.

Finalmente, otra de las opciones que deben abordarse, es el supuesto de que el emisor del consentimiento lo emita, pero no al sujeto activo, sino a un tercero. En el caso de que la persona facultada para otorgar el consentimiento lo comunique a un tercero que, a su vez, lo transmita al presunto sustractor, la conducta deviene atípica porque el consentimiento existe y el sujeto activo tiene conocimiento de ello. Por consiguiente, es perfectamente válido que sea un tercero el que comunique, en representación del autorizante, el permiso para efectuar el traslado.

#### *7.2.1.2.5 Revocación del consentimiento*

El emisor del consentimiento puede revocarlo en cualquier momento, se entiende, en cualquier momento antes de que la conducta quede completamente realizada[632]. No cabe revocar un consentimiento para una acción que ya ha sido ejecutada. Por tanto, el emisor tiene derecho a revocar el consentimiento previamente otorgado en cualquier momento antes de la consumación de la conducta[633]. Ello implica, en el caso de la sustracción de menores, que, si el emisor otorga el consentimiento y en mitad del traslado se arrepiente y revoca su consentimiento, el sujeto que está efectuando el traslado debe paralizarlo y restituir al menor si no quiere incurrir en el delito.

Por tanto, el consentimiento es expresión desde el principio hasta el momento final de la realización del tipo de la libertad del sujeto que consiente, motivo por el cual ese sujeto puede echarse atrás en cualquier momento antes de la consumación. En definitiva, el consentimiento no esclaviza a quien lo emite, es susceptible de revocación en cualquier momento, siempre y cuando la conducta no haya terminado de realizarse[634].

Así las cosas, aquí se resumen las ideas principales en torno a los distintos momentos en que el consentimiento puede otorgarse: si este surge antes del inicio de la conducta, esta es atípica; en el caso de que el consentimiento se emita durante la ejecución de la conducta, el delito no llegará tampoco a producirse por falta de cumplimiento de los elementos típicos (además, muy probablemente, en este supuesto tampoco existirá denuncia); si el consentimiento se emite una vez realizada la conducta típica, dicho consentimiento es irrelevante jurídicamente hablando al constituir un supuesto de perdón del ofendido no operativo para el delito de sustracción de menores, si bien el titular del bien jurídico puede optar por no interponer denuncia, que será lo más lógico; si el

---

[632] En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…" (*Estudios Penales en Homenaje…)*, Ob. cit., p. 422.

[633] HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 254.

[634] Quizá el delito de sustracción de menores no constituya el ejemplo más claro sobre la posibilidad de revocación en el último momento pero en los delitos contra la libertad sexual es evidente que el sujeto que inicialmente se presta a mantener relaciones sexuales con otra persona, puede en cualquier momento antes de la culminación de la práctica sexual revocar su consentimiento, en cuyo caso el otro sujeto debe paralizar inmediatamente la acción para no dar lugar a un delito de abuso o agresión sexual, pues ambos (o todos los sujetos implicados) son libres de prestar el consentimiento hasta cierto momento o hasta ciertas prácticas, de forma que en cualquier momento pueden negarse a continuar.

consentimiento se revoca en algún momento previo o durante la ejecución de la conducta, esa revocación surte plenos efectos jurídicos, de manera que el sujeto que se encuentra realizando o que va a realizar la conducta, debe interrumpir la ejecución o someterse a la responsabilidad penal correspondiente.

#### *7.2.1.2.6 El consentimiento como manifestación de una decisión irrazonable*

Otro de los conflictos que pueden tener lugar en el área del consentimiento sería lo que ocurre cuando el consentimiento manifiesta ser el resultado de una decisión insensata o irrazonable.

Se ha expuesto la posibilidad de que una persona mayor de edad y capaz, informada de las razones que desaconsejan que preste su consentimiento, se empecine en consentir una injerencia que resulta del todo insensata, en cuyo caso la doctrina mayoritaria se decanta por seguir considerando válido dicho consentimiento, toda vez que el Derecho también protege la libertad para tomar decisiones poco o nada razonables, mientras que la Jurisprudencia alemana y un sector doctrinal minoritario entienden que el consentimiento en esos casos resulta inválido, en vista de que la insensatez de la persona demuestra que no posee realmente capacidad de comprensión[635].

Efectivamente, la relevancia jurídica otorgada al consentimiento no puede depender de si ese consentimiento se ha utilizado para tomar decisiones lógicas o ilógicas. El Derecho no puede amparar solo las decisiones sensatas y ello por varios motivos: primero, lo que es sensato o insensato no obedece a criterios objetivos, sino subjetivos, de forma que cualquier decisión (y ya me refiero a cualquier decisión que pueda ser tomada en la vida cotidiana) puede resultar irracional a ojos de una persona y totalmente racional a ojos de la persona que la toma, por lo que carecería de seguridad jurídica el hecho de que el Ordenamiento tomara en cuenta el consentimiento solo en el caso de que el mismo haya sido prestado para tomar decisiones racionales; en segundo lugar, porque se desconoce quién debería juzgar lo que es racional o irracional, suponiendo esto una indeseada conexión entre Derecho y Moral; en tercer lugar, lo que se protege no es el objeto de la decisión, sino la libertad para consentir cuando se tiene capacidad para hacerlo y, una vez que se afirme que la persona ha consentido libremente y con capacidad suficiente para hacerlo, el Derecho ya no tiene que realizar ninguna otra pesquisa, pues el objeto del consentimiento, quiere decirse, aquello para lo que se ha consentido, va más allá de las fronteras jurídicas, siempre y cuando se trate de bienes disponibles. Pero es que, además, si se tratase de bienes no disponibles por su titular, el consentimiento sería inválido ya sea racional o no porque directamente la persona no se encuentra facultada para consentir en tales situaciones. Con todo, si el sujeto que consiente se encuentra inmerso en estados anímicos de preocupación, obsesión, estados afectivos, pasionales o emocionales o alteraciones psíquicas, aun cuando sean ocasionales, que lleguen a eliminar o perturbar la capacidad de comprensión y discernimiento del sujeto, dicho consentimiento es inválido[636].

Traduciendo todo esto al delito que nos ocupa, si la persona que debe prestar el consentimiento no se encuentra en plenas capacidades mentales, por estar sumida en un estado anímico o mental inapropiado y no apto para tomar decisiones, ese consentimiento

---

[635] Adscribiéndose a la opinión mayoritaria, LUZÓN PEÑA, D. M. "El consentimiento en Derecho Penal…" (*Estudios Penales en Homenaje*…), Ob. cit., p. 404.
[636] *Ibídem*, pp. 404-405.

no será válido. En consecuencia, el traslado del menor efectuado a partir de ese consentimiento daría lugar a la realización del tipo penal, dado que ese consentimiento que actuaría como elemento del tipo cuya presencia determinaría la atipicidad de la conducta, brillaría por su ausencia, es como si no se hubiese otorgado. En otras palabras, el consentimiento existe, pero no es válido, por lo que el traslado aun cuando ese consentimiento existe, daría lugar a la configuración del delito de sustracción de menores y ello precisamente por la invalidez del consentimiento. En estos casos, lo mejor sería acudir a la autoridad judicial para solicitar la autorización del traslado.

En este momento podría alegarse por parte del sujeto la existencia de un error, en caso de que dicho sujeto pensase que el consentimiento era válido. Si el sustractor piensa que cuenta con el consentimiento de la persona que debía autorizar el traslado, pero dicho consentimiento no es válido, se produciría un error de tipo, en atención a que el error afecta a uno de los elementos del tipo de la sustracción en la modalidad de traslado: la existencia del consentimiento[637].

Sin embargo, la cuestión en el delito de sustracción de menores se torna un poco más complicada de lo expuesto hasta el momento. Ello es así porque el tipo penal se refiere a un consentimiento que la persona facultada para ello otorga pero que no solo le afecta a ella misma, sino también al menor. En este punto interviene un complejo entramado de ideas: el consentimiento sirve para respaldar toda decisión adoptada con libertad y con plenas facultades mentales y anímicas, aun cuando dicha decisión sea irracional o insensata; lo que se protege cuando se permite legislativamente al sujeto consentir en la vulneración de un bien jurídico es la libertad de decisión más que el objeto de la misma; el interés superior del menor debe seguirse como directriz principal siempre.

Se requiere ahora una labor de interpretación o, más bien, de compatibilidad, entre unas ideas y otras. Si se defiende que el consentimiento es válido siempre, aunque entrañe una decisión irracional o insensata, a pesar de que se vea perjudicado visiblemente el interés del menor, la respuesta es insatisfactoria, dado que una de las premisas que más se han repetido a lo largo de este estudio es que el interés del menor debe primar por encima de cualquier otro interés.

Si, por el contrario, se aboga por la idea de que el interés del menor debe primar siempre y que, por tanto, no puede dotarse de validez al consentimiento que entrañe una decisión irracional o insensata, la idea tampoco es del todo satisfactoria porque el Derecho no protege intereses morales, no puede proteger el consentimiento otorgado solo frente a decisiones racionales, protege el derecho a decidir independientemente del resultado acontecido y siempre que se trate de bienes disponibles por el titular. Un Ordenamiento que solo permite a las personas decidir siempre y cuando adopten decisiones racionales se acerca más a un sistema dictatorial que a un sistema democrático.

---

[637] Una vez determinado que existe error de tipo, el segundo paso es establecer si el error es vencible o invencible, aunque en ambos casos la responsabilidad penal se acabe extinguiendo, dado que no existe tipo culposo de sustracción de menores. Por consiguiente, si el sujeto que traslada al menor podría haber salido de ese error si hubiese actuado con mayor diligencia, el error de tipo será vencible pero no habrá responsabilidad penal, en tanto en cuanto, el artículo 14 CP resuelve este tipo de errores eliminando la responsabilidad por dolo, pero con permanencia de la responsabilidad culposa. Comoquiera que el delito de sustracción de menores es siempre un delito doloso, seguirá sin existir responsabilidad penal. Lo mismo ocurriría de ser un error de tipo invencible, de manera que el sujeto no habría podido salir de ese error al haber actuado de forma diligente, en cuyo caso la invencibilidad del error desemboca en la exclusión de la responsabilidad penal.

La solución pasa por realizar un ejercicio de equilibrio entre ambas ideas, de forma que no se vulnere el derecho a decidir ni tampoco el interés superior del menor. Por ello, debe otorgarse libertad para decidir y prestar el consentimiento al traslado, siempre y cuando ello no suponga un absoluto desprecio por el interés superior del menor[638], lo cual implicaría un exceso en los límites del consentimiento.

Por consiguiente, el legislador atribuye a ciertas personas (el progenitor o, subsidiriamente, la persona o institución a cargo del menor) el poder de decidir acerca del traslado. Sin embargo, el consentimiento no es ilimitado, dado que, pese a ser un bien disponible, es un consentimiento que afecta directamente a un tercero. Y no a un tercero cualquiera, sino a un menor, frecuentemente de corta edad, que se verá expuesto a las consecuencias derivadas de dicho consentimiento. Así las cosas, el consentimiento no puede ser ilimitado, sino que se encuentra supeditado a que no se perjudique seriamente el interés del menor. Lo contrario dará lugar a la responsabilidad civil pertinente, pues el Ministerio Fiscal y el juzgado de familia deberán decidir si dicho consentimiento constituye una forma de abuso del ejercicio de la patria potestad y, por ende, procede un cambio en las circunstancias hasta la fecha asignadas o, para el caso de que en ese momento aún no exista resolución judicial, podrá dar lugar a una decisión más adecuada al interés del menor, todo ello sin perjuicio de que pueda eventualmente devengarse responsabilidad penal si el sujeto que consiente tiene conocimiento de que el traslado causará un daño al menor y dicho daño se encuentra tipificado en el Código Penal.

En definitiva, la existencia de un consentimiento abusivo, si bien frecuentemente impedirá la apreciación del delito de sustracción de menores, no obsta para la aplicación de otros delitos de los que pueda ser víctima el menor trasladado, ni tampoco para una posible resolución judicial en el ámbito civil que se refiera al modo de ejercicio de la responsabilidad parental, pudiendo optarse por una suspensión o privación de aquella si se estima que no se ha ejercitado de manera correcta.

#### *7.2.1.2.7 El consentimiento otorgado por el propio menor*

Otra de las cuestiones controvertidas que deben tratarse con motivo del delito de sustracción de menores es si el consentimiento puede ser otorgado por el propio menor[639]. El tenor literal del delito de sustracción de menores en el primer apartado indica que el consentimiento ha de ser otorgado por el progenitor o la persona u organismo a quien corresponda la custodia del menor. Dado que el tipo no recoge la posibilidad de que sea el propio menor el que preste el consentimiento, no cabe concluir que en esa situación en la que el menor consiente, no se cumpla el tipo por concurrencia del consentimiento. El menor, justamente con motivo de que es menor de edad, no puede otorgar un consentimiento válido a tal efecto, sobre todo cuando se trata de menores de corta edad.

Cuando se hace referencia a menores de corta edad, es obvio que su consentimiento no es apto para descartar el tipo de sustracción de menores. Aún son demasiado pequeños para poder tomar una decisión, les falta madurez y sus decisiones se basan en lo que ellos consideran beneficioso a pesar de que, objetivamente hablando, sea justo lo contrario a

[638] Señalan ORTS BERENGUER – GONZÁLEZ CUSSAC que el consentimiento otorgado en perjuicio de tercero es inválido, como señala el artículo 289 del Código Penal. En *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2016, p. 412.
[639] CUGAT MAURI, M., entiende que la voluntad del menor llevaría a aplicar el artículo 224.2 CP, pues en ese caso existiría inducción. En *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 576.

lo que marca su interés superior. No puede ser de otra manera, los padres deben velar por sus hijos porque ellos no pueden valerse por sí mismos hasta alcanzar determinada edad, lo cual redunda también en una incapacidad para tomar decisiones factibles.

No obstante, cuando son adolescentes de quince, dieciséis o diecisiete años, la conclusión habría de ser diferente parcialmente: un adolescente de esa edad no dispone aún de plena capacidad de obrar para decidir acerca de algunos aspectos de su vida porque la ley no se lo permite, lo cual no quiere decir que deba negarse toda eficacia o validez a sus decisiones[640].

Ahora bien, el hecho de que el consentimiento sea válido desde el punto de vista jurídico no implica que sea suficiente como para excluir la tipicidad de la conducta, al menos, desde la óptica del consentimiento que exige el tipo. Así, en la modalidad de traslado, el consentimiento exigido puede provenir, o bien del progenitor, o bien de la persona o la institución a la que se le ha atribuido la guarda o custodia. Por tanto, aunque el menor adolescente tenga capacidad suficiente para tomar la decisión, su consentimiento no basta para cubrir el consentimiento al que alude el tipo.

En esto difiere el Código Penal español de la normativa italiana, en tanto esta última recoge tres tipos diferentes de sustracción de menores, el primero de los cuales, tipificado en el artículo 573 del Código Penal, se refiere a la sustracción de un menor mayor de catorce años que haya prestado su consentimiento, con lo cual, se tiene en cuenta el consentimiento del menor para integrar un tipo delictivo castigado con una pena más leve que cuando la sustracción se produce sobre una persona menor de edad o discapacitada[641], aunque en ambos casos, se protege la responsabilidad parental[642].

#### *7.2.1.2.8 Consentimientos en direcciones opuestas*

Finalmente, acerca del consentimiento queda aún una última cuestión por analizar, debiendo darse una solución a lo que ocurriría en el caso de existir disparidad de consentimientos, quiere decirse, cuando el menor y la persona facultada para consentir presentan intereses encontrados, y ello puede tener lugar en dos sentidos distintos:

a. En primer lugar, puede que el menor consienta el traslado, pero el progenitor o la persona o institución a quien corresponde consentir, no lo haga. Este caso se resolvería atendiendo a la misma teoría que se ha expuesto con anterioridad: si el menor no tiene capacidad para consentir debido a su corta edad y el emisor del consentimiento no lo emite, si el sujeto activo realiza el traslado, la conducta queda dentro del tipo (salvo que exista alguna otra causa que justifique el comportamiento); si el menor tiene capacidad suficiente para decidir y

[640] Un adolescente tiene capacidad de obrar reducida, es decir, existen determinados aspectos para los cuales no presenta legalmente madurez suficiente como para decidir (por ejemplo, no puede votar en unas elecciones ni consumir bebidas alcohólicas o tabaco) pero su opinión es tenida en cuenta para otras cosas. Recuérdese que se ha repetido varias veces que es obligatorio oír a los menores con edad suficiente para tomar cualquier decisión que pueda afectarles. De hecho, es una premisa general que los propios jueces y magistrados deben escuchar la opinión de los menores en los procesos judiciales en los que se ven inmersos antes de tomar una decisión.

[641] La sustracción consensuada de menores se castiga con una pena de prisión de hasta dos años (no existe un mínimo) y la sustracción de menores de catorce años e incapaces se castiga con una pena de prisión de uno a tres años (artículos 573 y 574 del Código Penal italiano, respectivamente).

[642] TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato*..., Ob. cit., pp. 954-957.

consiente en ese traslado, comoquiera que el legislador no lo ha invitado a consentir, el consentimiento seguiría siendo inexistente. Ahora bien, esa decisión proveniente de un menor con capacidad suficiente debería integrar la "causa justificada" que menciona el tipo y, por tanto, la conducta debería ser atípica aun faltando el consentimiento del emisor facultado, pues ello supondría la ausencia de uno de los elementos del tipo[643]. Esta idea se desarrollará detenidamente cuando se analice el elemento típico relativo a la ausencia de causa justificada.

b. Alternativamente, puede suceder el planteamiento contrario, quiere decirse, que el menor no consienta el traslado, pero la persona facultada para emitir el consentimiento sí lo haga. De nuevo, caben dos posibilidades: si el menor debido a su corta edad no dispone de capacidad para consentir o decidir, el progenitor o quien se encarga de su guarda será quien decidirá, con independencia de lo que el menor opine, pues aún no está capacitado para decidir o para saber lo que es mejor para él; si el menor tiene capacidad suficiente para decidir y no consiente en ese traslado, de forma que el mismo se efectúa a la fuerza, la conducta integrará más bien un delito de detención ilegal, pues lo que se está vulnerando es su libertad ambulatoria.

En cualquier caso, cuando existen consentimientos cruzados, lo mejor es acudir a la vía judicial para que se resuelva el conflicto (en concreto, a la rama civil), de forma que sea el juez el que decida, de acuerdo con el interés superior del menor, si autoriza o no el traslado. Con todo, el consentimiento del menor no exime de responsabilidad penal, puesto que no es él quien debe decidir, de acuerdo con la redacción del tipo, a salvo de su posible inclusión en el seno de la causa justificada.

#### *7.2.1.3 Exigencia de resolución judicial o administrativa*

Debe tenerse muy presente la redacción del tipo cuando se refiere a la sustracción en la modalidad de traslado, especificando que, para que este pueda ser considerado una sustracción, debe haberse producido, o bien sin el consentimiento del progenitor, o bien sin el consentimiento de la persona o institución encargada de la custodia del niño. De esta redacción cabe extraer que el legislador, en esta modalidad, no está exigiendo necesariamente la existencia de resolución[644], bastando la ausencia del consentimiento oportuno para la integración del tipo.

Antes de la reforma de 2021, se discutía si, efectivamente, era necesaria también en la modalidad de traslado la existencia de una resolución judicial o administrativa. Si la intención del legislador hubiese sido la de exigir una previa resolución judicial o administrativa, no solo lo habría indicado expresamente como ocurre en el caso de la retención, sino que además se habría limitado a establecer que la conducta debía realizarse sin el consentimiento de la persona que ejerce la custodia y no habría incluido también la

[643] A favor de tener en cuenta el consentimiento del menor con madurez suficiente para excluir el tipo, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., pp. 48-49.
[644] De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* (2019), Ob. cit., p. 305 y STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 9.

posibilidad de que el delito se produjera cuando quien no daba el consentimiento era el progenitor que convivía habitualmente con el menor[645].

Quiere decirse con esto que, con la redacción anterior, el legislador pretendía albergar tres casos distintos:

a. El supuesto en que existía una resolución judicial o administrativa que determinaba que la custodia había de ser ejercida por una persona o institución concreta.
b. El supuesto en que no existía una previa regulación, pero alguien estaba *de facto* ejerciendo las labores de custodia, es decir, el supuesto en que el menor se encontraba conviviendo de manera habitual con el progenitor no sustractor y de tal situación de estabilidad nacía la legitimación de dicho progenitor para otorgar o no el consentimiento para el traslado.
c. El supuesto en que el menor convivía habitualmente con ambos padres y uno de los dos huía con el niño sin esperar resolución judicial que especificara la situación a la que queda sometido el menor. Ambos ejercen en ese momento la patria potestad y un cambio de residencia del menor debe ser fruto del acuerdo de los ejercientes, sin que quepa la toma de decisión de forma unilateral.

La consideración del traslado ilícito del menor por parte del progenitor como un supuesto de sustracción de menores, aun a pesar de no existir una regulación previa, no era complicado, no solo porque el tipo no lo exigía, sino porque ya ha quedado reseñado anteriormente que un progenitor no puede tomar unilateralmente la decisión acerca del lugar de residencia del menor, salvo que dicho progenitor haya sido suspendido o privado de la patria potestad.

Es decir, si una pareja decidía poner punto y final a su relación y uno de ellos se marchaba con el hijo o hijos comunes, la conducta a priori podía ser constitutiva de un delito de sustracción de menores, puesto que el menor había estado conviviendo habitualmente con ambos progenitores y el que abandonaba el hogar con el menor necesitaba el consentimiento del otro. El traslado se habría efectuado sin consentimiento de la persona con quien aquel convivía habitualmente. Según la doctrina, se trataría de proteger en este caso, "la estabilidad de los niños mientras no se produzca una decisión que disponga que la guarda deba ser ejercida por otra persona distinta a la que venía haciéndolo con habitualidad"[646]. No obstante, ya se ha visto que el bien jurídico protegido es otro muy diverso.

Con todo, a pesar de que el tipo no exige en la modalidad de traslado ningún tipo de incumplimiento para la aparición del tipo, los tribunales son dados a exigir una resolución, si bien posteriormente se analizará el cambio de postura producido a raíz de la Sentencia de la Audiencia Nacional, que incluía un aviso al conjunto de los juzgadores, con motivo de que no se estaba aplicando el tipo convenientemente. Es por ello que la doctrina señala que "los Tribunales españoles solo aprecian el delito de sustracción, tanto

[645] ARROYO ALFONSO, S. no solo no comulga con la exigencia de resolución en la modalidad de traslado, sino que también critica el hecho de que se haya incluido como elemento típico en la retención. En "Tendencias del…", Ob. cit., p. 442.

[646] ESPINAR VICENTE, J.M. "Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala primera del Tribunal Supremo. Recurso en interés de la Ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya", *Actualidad Civil,* núm. 1, 1999, p. 33.

en la modalidad de traslado como en la de retención, cuando se incumple una resolución judicial o administrativa previa a los hechos. Por consiguiente, la Jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva del tipo y considera que pese a que no se declare de modo expreso en el apartado que define el traslado de residencia del menor sin consentimiento del otro progenitor, también en este caso (como en el de la retención) debe exigirse que el traslado se produzca vulnerando las facultades inherentes a la custodia del menor, y que estas hayan sido atribuidas legalmente, por resolución judicial o administrativa, al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor"[647].

A favor de considerar que no se necesita tal resolución se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, en virtud de la propia redacción del tipo[648]; o la Audiencia Provincial de Barcelona, que alude no solo a la posibilidad de realizarse el traslado sin una previa resolución judicial o administrativa (como acostumbra a exigir la Jurisprudencia), sino también al supuesto de que el delito se cometa pese a la inexistencia de una crisis matrimonial o sentimental, siendo que la mayoría de resoluciones judiciales se refieren justamente a este delito como algo enmarcado en el seno de una crisis de pareja[649].

En sentido contrario, es decir, entendiendo que siempre ha de existir una previa resolución que regule la situación familiar, se pronuncia la Audiencia Provincial de Sevilla en un caso en que un español y una alemana que residían en Alemania, habiendo contraído matrimonio en Alemania y siendo este también el país de nacimiento de los tres hijos que tenían en común, decidieron, en un momento determinado, trasladarse a España. Dos meses después, la relación se rompe y ella vuelve a Alemania con los hijos, motivo por el cual el padre la denuncia por un delito de sustracción de menores. La Audiencia aprecia inexistencia de actividad delictiva en la conducta de la madre debido a que en el momento en que decide volver a Alemania no existía resolución alguna que hubiese adjudicado la guarda y custodia al padre, considerándose algo normal que la primera haya decidido volver al país de origen con los niños, puesto que ellos no solo tienen también la nacionalidad alemana, sino que además habían residido en dicho país durante toda la vida, excepto el par de meses en que se trasladan a España. Finalmente, se entiende que la madre estaba legitimada para tomar tal decisión al convivir habitualmente con los menores, dado que, siendo ambos progenitores ejercientes del derecho de la patria potestad, los dos se encuentran facultados para decidir acerca del lugar de residencia de los menores y, si no existe acuerdo al respecto, la cuestión deberá dilucidarse en sede

---

[647] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 52.

[648] El AAP Madrid núm. 224/2007, de 9 de mayo, indica: *Se está pensando, en definitiva, por un lado en un posible quebrantamiento de la resolución judicial sobre la custodia del menor, pero igualmente también el número 1° del citado apartado 2 del artículo 225 bis incluye el supuesto de quien, aun sin resolución judicial previa, traslade a un menor de su lugar de residencia "sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente". Las mismas palabras transcritas del legislador ponen de manifiesto que se parte de una situación de convivencia estable del menor con uno de los progenitores, que ejerce una custodia de hecho quebrantada de forma ilegitima frente a la voluntad de este.*

[649] En concreto, la SAP Barcelona, núm. 148/2009, de 23 de febrero, establece: *Es un delito autónomo y es de observar que el art.225 bis 2.1° ni siquiera exige expresamente el incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial, a diferencia del 225 bis 2.2° Cp., con lo cual cabría el supuesto hipotético de la sustracción del menor –traslado del menor- por un progenitor que tuviera la patria potestad y privara de la misma al otro progenitor fuera de los supuestos de divorcio, separación judicial, etc., es decir, sin mediar resolución judicial alguna.*

judicial, si bien en el orden civil, de suerte que este tipo de cuestiones no presentan relevancia penal alguna[650].

Tampoco admite la existencia del delito por ausencia de resolución judicial previa la Audiencia Provincial de Barcelona[651], alegando que *La LO 9/2002 de 10 de diciembre, que introdujo el art. 225 bis en el Código Penal, situaba las conductas castigadas en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera situación de hecho.* No obstante, ya se ha comprobado que posteriormente este órgano judicial realiza un cambio de criterio y permite la tipicidad de una conducta aun no existiendo resolución alguna.

También de manera contundente en el sentido de exigir resolución y, por tanto, en una confusión de criterios contradictorios con respecto a resoluciones surgidas paralelamente donde no se exigía dicho elemento[652], se muestra la Audiencia Provincial de Madrid en el caso de una mujer que se traslada de Madrid a México con la hija en común con el denunciante, pues los progenitores habían acordado el retorno en una fecha determinada, siendo este acuerdo incumplido por la madre[653]; o ante otro caso en el que la madre decide abandonar el domicilio familiar con los hijos[654]; o en un supuesto en el que una pareja

---

[650] La explicación aludida por el AAP Sevilla núm. 33/2005, de 20 de enero, es la siguiente: *En el momento en que la esposa denunciada se va y se lleva con ella los hijos comunes no se había dictado resolución alguna que hubiera atribuido al marido la custodia de los menores, y tampoco puede sostenerse que los menores hayan sido trasladados de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivían, ya que lo que consta es que los niños, que como nacidos en Alemania e hijos de alemana tienen también la nacionalidad de dicho país y en cuyo pasaporte alemán, cuya copia se aporta con la denuncia, figuran como residentes en Maguncia (Mainz), vivían allí desde su nacimiento y se han ido con su madre, con la que no han dejado de convivir en ningún momento y que, mientras no se decida otra cosa por un órgano judicial, ostenta la patria potestad y la custodia compartidas. No estamos, en suma, ante una sustracción que haya tenido lugar quebrantando medida o situación legal alguna de custodia, sino simplemente ante un ejercicio de la patria potestad compartida en la que discrepan quienes la comparten y que, ante todo, deberá dirimirse ante el órgano civil correspondiente.*

[651] AAP Barcelona, núm. 626/2007, de 27 de diciembre.

[652] Así se ha comprobado en resoluciones jurisprudenciales analizadas anteriormente.

[653] Así, el AAP Madrid núm. 340/2007, de 7 de junio, indica: *La aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1°, debe realizarse, entendiéndose que se exige una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del número 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del número 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 solo exige expresamente en este segundo apartado la existencia de una resolución judicial o administrativa, lo que parece excluir en el primero. Pero esta interpretación resulta excesivamente amplia, y no casa con las exigencias del derecho penal, y sobre todo se contradice por la propia Exposición de Motivos de cuyo tenor se deduce la necesidad de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia del menor* [...] *No existiendo en el supuesto de autos dicha resolución, la consecuencia será que los hechos en cuestión no pueden ser incardinados en el precepto penal,* argumentación que ha sido reiterada posteriormente en otras resoluciones judiciales, como en el AAP Madrid núm. 1109/2007, de 29 de octubre (en un caso de una madre que abandona Lisboa y se traslada a Madrid con los hijos, procediendo a matricularlos en un colegio madrileño, sin que existiera hasta el momento una resolución judicial que decidiese acerca del destino de los menores, pero sí un convenio provisional firmado por el propio denunciante en el que cedía la guarda y custodia de los hijos a la madre); en la SAP Sevilla núm. 308/2007, de 25 de junio (en el caso de un padre con guarda y custodia asignada que interpone una denuncia contra la ex mujer y el padre de ésta por sustracción de menores).

[654] AAP Madrid núm. 707/2007, de 15 de noviembre: *La circunstancia de que, en la fecha de la denuncia, al igual que en la fecha en que se acordó el archivo de la causa, no existiera resolución judicial que atribuyera la guarda o custodia del hijo menor de edad a uno de los progenitores impide que el presente caso sea incardinable en el tipo penal citado. Efectivamente este delito exige, en lo que atañe al caso, que su autor sea el progenitor que no tenga confiada la guarda o custodia del menor; razón por la que no existiendo resolución judicial sobre tal extremo se está en la situación de que la tienen conferida ope legis*

con una niña en común decide separarse, trasladándose el padre a otro domicilio dentro del mismo pueblo en el que habían vivido previamente, recibiendo este, poco tiempo después, un mensaje de la que era entonces su pareja diciéndole que volvía a su país con la niña, por cuanto no tenía sentido permanecer en España si ya no existía relación alguna entre ellos[655].

Obviamente, el mismo criterio se sigue cuando se trata de casos en los que el traslado se produce dentro del territorio nacional, teniendo siempre en cuenta que en el momento en que ese traslado trascienda de dicho territorio, la pena se agrava. Por ejemplo, esto ocurre en el caso de una madre que, tras una discusión con la pareja, abandona el domicilio familiar junto con la hija y se traslada a Asturias para permanecer en el domicilio de los abuelos maternos de la niña, motivo por el cual el padre interpone una denuncia por delito de sustracción de menores[656]; se niega también la existencia de una sustracción de menores en el caso de una mujer que se traslada a Barcelona a visitar a su madre en el puente del Pilar en compañía de la hija y, una vez allí, le hace saber al marido que no va a regresar con él[657]; al tiempo que se considera atípica la conducta de una mujer que se lleva a la niña del colegio a pesar de que esta residía con el padre, dado que la madre se encontraba hasta ese momento hospitalizada, pues ambos progenitores tenían el mismo derecho a tener a la hija en su compañía[658].

---

*tanto el padre como la madre. Es decir, debe existir una previa resolución judicial que determine el régimen de tutela del menor.*

[655] AAP Madrid núm. 224/2011, de 11 de abril: *En el presente caso, o bien se entiende que el menor convivía con el padre y la madre (que parece lo más sensato, sin tener en cuenta el cambio de domicilio de aquél durante los últimos diez días), o bien se entiende que la convivencia era solo con la madre, ya que el padre había dejado de convivir con ambos. En el segundo caso, es decir, si se entiende que convivía con la madre, está claro que no seria típico pues ella habría prestado su consentimiento al traslado desde el momento en que fue la que lo protagonizó. También podría entenderse que cuando el menor convive con los dos hace falta un doble consentimiento o consentimiento acumulativo, pero no es así, la ley no prevé todos los supuestos de traslado del menor, sino solo aquellos que se realizan sin consentimiento del progenitor con quien convive habitualmente, lo que significa que ha de existir con carácter previo una situación que implique que el menor habitualmente convive con uno de sus padres, pero también que no convive habitualmente con el otro. Por tanto, faltando esa situación de convivencia con un solo progenitor tampoco se darían los elementos del tipo.*

[656] Caso resuelto por el AAP Madrid núm. 224/2007, de 9 de mayo: *En el momento en que la denunciada se va y se lleva con ella a la hija común no se había dictado resolución alguna que hubiera atribuido al padre-denunciante la custodia de la menor, y tampoco puede sostenerse que la menor haya sido trasladada de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivía, ya que lo que consta es que la niña, de un año de edad, vivía con ambos progenitores y habiéndose ido con su madre, con la que evidentemente, dada su corta edad, no ha dejado de convivir en ningún momento y que, mientras no se decida otra cosa por un órgano judicial, ostenta la patria potestad y la custodia compartidas. No estamos, en suma, ante una sustracción que haya tenido lugar quebrantando medida o de situación legal alguna de custodia, sino simplemente ante un ejercicio de la patria potestad compartida en la que discrepan quienes la comparten y que, ante todo, deberá dirimirse ante el órgano civil correspondiente, ante el que se dice en el recurso que ya se ha planteado dicha solicitud de medidas previas a la demanda de guarda y custodia de la menor.*

[657]AAP Sevilla núm. 43/2005, de 26 de enero: *Dado que cuando la denunciada partió hacia Barcelona con la menor, con conocimiento y consentimiento del denunciante, éste, la denunciada y la menor vivían en el mismo domicilio, estamos ante un supuesto de naturaleza civil, dado que hasta el momento ambos progenitores tienen la guarda y custodia compartida y por tanto la acción de la denunciada no es incardinable en el precepto invocado por el recurrente, debiendo en su caso regularse la guarda y custodia de la menor en el procedimiento civil correspondiente.*

[658] SAP Barcelona núm. 571/2009, de 16 de junio, en un caso en el que *Las conductas tipificadas en el art.225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el*

La Jurisprudencia ha negado la existencia de delito incluso en casos de adjudicación de custodia compartida, cada día más frecuentes. De esta forma la Audiencia Provincial de Barcelona niega la posibilidad de que pueda producirse un traslado ilícito en tales condiciones[659]. La misma solución es reiterada por la Audiencia Provincial de Madrid en el supuesto en que una madre se lleva a la hija a Colombia y ello pese a que se perturba el régimen de visitas estipulado[660].

Por tanto, el criterio jurisprudencial, al menos hasta la reciente reforma, consistía en que el traslado ilícito, que exigía la inexistencia del consentimiento de la persona o institución encargada de la custodia del menor, solo podía producirse en aquellos casos en los que uno de los dos progenitores detentara la guarda y custodia y el otro un régimen de visitas, sin que pudiera entenderse que en los casos de custodia compartida el menor convivía habitualmente con uno y con otro.

En cualquier caso, la nueva redacción, acontecida con la reciente reforma de 2021, que exige el consentimiento del otro progenitor, sin ningún otro tipo de limitación, favorece la línea defendida de no exigir la presencia de una resolución judicial o administrativa, en tanto aclara que el traslado será ilícito mientras que no sea fruto del consenso entre ambos progenitores si los dos se encuentran facultados para decidir.

Así las cosas y teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial de exigir un elemento que el tipo no reclama, resulta de gran interés el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 310/2008, de 29 de mayo, debido a la presencia de un voto particular con una honda reflexión acerca de la exigencia de resolución judicial. En el caso que recoge, la madre había abandonado el hogar familiar junto con el hijo después de siete años de convivencia con el padre de este, que la había denunciado al no tener noticias de ninguno de los dos. La Audiencia se pronuncia en el sentido de no considerar la existencia del

---

*supuesto del n°2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del n°1 (traslado del menor), y ello aun cuando el legislador solo exige de forma expresa la existencia de la citada resolución en el supuesto del segundo apartado, por cuanto dicha interpretación se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que introdujo el tipo penal enjuiciado en el Código Penal y que señala que resulta necesario prever una respuesta 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.*

[659] AAP Barcelona núm. 337/2005, de 22 de junio: *Si la parte apelante pretende sustentar, tal como se afirmó en la denuncia inicial, que el padre convivía habitualmente con su hijo ya que existía una custodia compartida con la madre, de modo que el menor gozaba de dos hogares o residencias familiares, ha de indicarse en primer término que no ha quedado indiciariamente acreditado [...] Pero es que, aun de haberse probado la apuntada circunstancia, ello no autorizaría a hablar de que entre el padre y el hijo medio convivencia habitual, concepto este reservado para el progenitor con el que en casos de separación quede viviendo en exclusividad el hijo, de modo que el sujeto activo tan solo podrá serlo el padre o madre que ostentando la titularidad de la patria potestad tan solo cuente con un derecho de visita.*

[660] AAP Madrid núm. 2415/2009, de 18 de noviembre: *El hecho denunciado no cumple los elementos exigidos por la ley para la existencia del tipo delictivo desde el momento que la persona que lleva a la menor a Colombia es el progenitor custodio, y si bien es evidente que este traslado a Colombia incide en el régimen de visitas de la denunciante, el ámbito para una nueva regulación debe hacerse en el procedimiento civil que le es propio. Además en este caso con anterioridad al viaje se comunicó el traslado a la denunciante y un número de teléfono para comunicarse con la menor, por lo tanto en todo momento se conoce el paradero de la menor. Y ello sin perjuicio de que se pueda solicitar por la recurrente una modificación de las medidas paterno-filiales, o la ejecución del título ya dictado, pero en todo caso en el ámbito de la jurisdicción civil.*

delito al no concurrir resolución judicial que atribuya a alguno de los dos la guarda y custodia[661].

Tras este pronunciamiento en la que se deriva al asunto a la vía civil, el Magistrado VIERA MORANTE emite un voto particular en el que desmonta la teoría de la exigencia de resolución judicial aportando cuatro sólidos argumentos. El primero de ellos alude al bien jurídico protegido: *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.*

Esto es discutible, realmente lo que se trata de proteger con el delito de sustracción de menores no son los intereses del menor implicado, aunque debiera. Y es verdaderamente una excelente forma de describir el bien jurídico, pues se dejan atrás consideraciones más concretas que quizá no terminen de recoger el concepto entero, tales como la paz en las relaciones familiares, el derecho del menor a relacionarse con los padres, el derecho del menor a gozar de un ambiente de afecto a pesar de la existencia de una crisis entre los padres, etc. Es decir, la respuesta al interrogante que se ha planteado una y otra vez la doctrina penal queda resumido en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002 y no es otro que evitar los perjuicios que puedan causar los progenitores a sus hijos ante una situación de crisis familiar de cualquier tipo. Sin embargo, ya se ha visto que la redacción del tipo impide finalmente interpretar el bien jurídico en tal sentido, contradiciéndose así con la propia Exposición de Motivos.

El segundo de los argumentos alude directamente a la exigencia de la resolución judicial o administrativa: *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.*

Esto resulta totalmente lógico en consonancia con el primero. Es decir, si lo que se está protegiendo (ya sea el interés del menor o el derecho del progenitor o del custodio) no es el cumplimiento de una resolución judicial, no debería exigirse la presencia de la misma porque la conducta del progenitor, el simple traslado, aun sin existir una resolución judicial o administrativa que haya establecido previamente el destino del menor, ya es apto para lesionar el bien jurídico.

En tercer lugar, VIERA MORANTE no aprecia ninguna diferencia en la afectación al menor exista o no resolución judicial, entendiendo que el menor puede verse igualmente perjudicado con independencia de aquella e interpretando que la exigencia de resolución

[661] *En efecto, para que concurra el delito de sustracción de menores del art. 225 bis del Código Penal se exige que su autor sea el progenitor que no tenga confiada la guarda o custodia del menor, sin embargo en el presente caso no consta resolución judicial reguladora de las relaciones paterno filiales, pues según se indica en la denuncia existía una convivencia del menor con ambos progenitores, de lo cual debemos inferir que dicha guarda o custodia la tenían conferida tanto el padre como la madre. En todo caso se plantea una situación de conflicto que debe resolverse en la vía civil y tan solo en caso de producirse un incumplimiento por parte de la denunciada, de lo que pudiera acordarse en dicha resolución podrá, obviamente, ejercitar las correspondientes acciones penales, si tal incumplimiento tiene tipicidad penal.*

implica una desprotección del bien jurídico (el menor, que es la teoría defendida por el magistrado), sobre todo cuando el niño es trasladado al extranjero[662].

Trasladado a la hipótesis defendida en el presente estudio, la existencia o ausencia de resolución judicial nada tiene que ver con la efectiva afectación del bien jurídico. Los derechos del progenitor o de la persona o institución a cargo del menor se verán igualmente lesionados en el momento del traslado, luego no tiene sentido exigir un requisito que actuará como cortapisas en la correcta protección de aquel.

Finalmente, tiene razón el autor del voto particular al aludir a la diferencia sustancial entre las dos modalidades de sustracción (traslado y retención), que justifican que la primera no exija la existencia de resolución y la segunda sí[663]. Si no se ha incluido expresamente en el primer apartado del artículo 225 bis la exigencia de resolución judicial o administrativa que sí se menciona en el segundo apartado, es porque el legislador así lo ha querido, sobre todo analizando que tal exigencia se encontraba prevista en uno de los borradores iniciales y que finalmente se decidió la supresión de la misma. Por este motivo resulta sumamente errónea la tendencia jurisprudencial de exigir para todo caso de sustracción de menores la previa resolución administrativa o judicial, en vista de que el tipo no lo hace. Se ha asentado anteriormente la idea de que el Derecho penal debe ser interpretado restrictivamente. Eso implica la imposibilidad de extender el tipo a supuestos no mencionados expresamente en el supuesto de hecho de la norma, pero en absoluto conlleva la creación de trabas inexistentes.

Así las cosas y cuando ya ha quedado de manifiesto que eran muy pocas las resoluciones judiciales que no exigían la existencia de una resolución judicial que atribuyese la custodia al no sustractor, dejando parcialmente desprotegido el bien jurídico, se produce un hito más de una década después de la entrada en vigor del delito de sustracción de menores. Dicho hito tuvo lugar con un pronunciamiento de la Audiencia Nacional[664], que hizo especial mención al criterio erróneo que habían ido siguiendo las distintas Audiencias Provinciales en materia de sustracción de menores. Y lo hizo con ocasión de una Sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Penal[665], en el que se absolvía al acusado de un delito de sustracción de menores.

Los hechos probados se pueden resumir de la siguiente manera: Jesús y Florinda se casaron y tuvieron una hija en Sevilla en el año 2012. Al año siguiente, Florinda acepta

---

[662] Así, se expresa en los siguientes términos: *ninguna diferencia se produce pues, en la afectación de los derechos del menor si la sustracción se produce tras una resolución judicial o administrativa o antes de que se tenga oportunidad de acudir a los Tribunales para que establezcan las condiciones en las que debe producirse la custodia del menor ante la crisis conyugal, estableciendo un régimen de visitas. En cualquiera de los dos casos los intereses del menor se verían perturbados gravemente, y si no se permitiera la persecución penal de los casos en los que el traslado del menor se realizara antes de que pudiera haber un pronunciamiento judicial quedarían desprotegidos los menores en tales situaciones, sobre todo cuando el traslado se realiza a un país extranjero, pues se imposibilitaría la utilización de los mecanismos policiales para la localización internacional del menor sustraído.*

[663] Concretamente, el magistrado apunta que la *referencia a la resolución judicial o administrativa del n°2° del artículo 225.2 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 n°1 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.*

[664] SAN núm. 10/2016, de 15 de marzo.

[665] Sentencia del Juzgado Central de lo Penal núm. 21/2015, de 2 de noviembre.

una oferta laboral que le obliga a desplazarse a Bogotá, trasladándose toda la familia a dicha ciudad. Jesús se dedica al cuidado de la hija mientras Florinda desempeña su trabajo. A finales de 2013, el matrimonio entra en crisis y Jesús decide volverse a España con sus padres, comprando dos billetes de avión para trasladarse en compañía de su hija. Al pisar suelo español, Jesús comunica a Florinda el traslado de la niña. En 2014, Jesús solicita medidas cautelares y consigue que se prohíba la salida de la menor del territorio español, salvo autorización expresa. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia de Dos Hermanas dicta un Auto con medidas urgentes y entrega la custodia a la madre, que se encontraba en España en ese momento. Posteriormente, y en calidad de medidas provisionales, se ratifica esa decisión permitiendo a madre e hija residir en Bogotá y atribuyendo al padre un régimen de visitas, quedando ya sin efecto esa prohibición de abandonar el territorio español.

El Juzgado Central de lo Penal absolvió por delito de sustracción de menores por ese traslado de la menor de Bogotá a España al considerar que el padre era un progenitor custodio en aquel momento, sin que existiera resolución judicial o administrativa alguna que regulase la potestad en relación con la menor, indicando la Audiencia Nacional que el criterio de las Audiencias Provinciales era el de considerar atípico el traslado de un menor por un progenitor sin consentimiento de otro cuando no mediaba resolución judicial o administrativa sobre el derecho de custodia.

En el presente caso, el padre traslada a la menor desde Bogotá, lugar de residencia habitual, ejerciendo ambos la patria potestad sobre la niña conjuntamente, por lo que la Audiencia Nacional estima que, para que el traslado sea lícito, es necesario que se produzca de mutuo acuerdo. Por este motivo, cambia la valoración del Juzgado Central de lo Penal y condena por sustracción de menores a Jesús a dos años de prisión e inhabilitación absoluta del derecho de patria potestad durante cuatro años[666].

Este pronunciamiento es muy relevante, toda vez que se aprecia un reconocimiento de lo que se venía explicando en este trabajo. El caso del progenitor que, de repente, traslada al hijo o hijos menores sin consentimiento del otro, debía resultar forzosamente un delito de sustracción de menores, pues si ambos están ejerciendo conjuntamente la patria potestad, de mutuo acuerdo tendrán que adoptar esa decisión tan trascendental para el menor y, en última instancia, debería ser la autoridad judicial la que tomase dicha decisión.

Después de esta resolución de la Audiencia Nacional en la que expresa el criterio erróneo por parte de las Audiencias Provinciales, dejando atípicos muchos supuestos que, sin duda, eran constitutivos de delito, se marca un antes y un después. De hecho, puede encontrarse abundante Jurisprudencia en tal sentido de no exigir responsabilidad penal a quien se traslada con los hijos menores a otro lugar, siendo que el bien jurídico se veía igualmente vulnerado. Además, mediante la declaración de atipicidad de todos estos casos, se estaba lanzando un mensaje equivocado a la ciudadanía: queda exento de

[666] Cabe precisar que la Audiencia Nacional condena por un delito de sustracción de menores a una pena de prisión y de inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de patria potestad, siendo que esta última pena es realmente una inhabilitación especial, como bien indica tanto el artículo 225 bis CP como el artículo 46 CP. Probablemente, esto se deba a un error por parte de la Audiencia dado que, aunque quisiera imponer una pena de privación para la patria potestad, no podría hacerlo por mandato imperativo del artículo 225 bis CP, que establece que la pena tiene carácter temporal, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

responsabilidad penal el más rápido. De esta manera, obligando a que ambos ejercientes de la patria potestad participen en la toma de decisión del lugar de residencia del menor, se está contribuyendo a la formación de una vida familiar más justa.

Por consiguiente, se aplaude este pronunciamiento de la Audiencia Nacional que no hizo sino confirmar todos los criterios que se exponían en el presente estudio acerca de por qué era erróneo lo que venían haciendo los juzgados y tribunales españoles de considerar atípica la conducta del progenitor que, de repente, decide trasladar al menor a otro lugar, incluso, fuera del país de residencia habitual. Dicha resolución de la Audiencia Nacional sirvió para inspirar Jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales, que concibieron esta teoría como una nueva interpretación. Así, la Audiencia Provincial de Asturias[667], se pronuncia sobre un auto de sobreseimiento de un Juzgado de Instrucción en un caso en el que una pareja convivía con la hija menor de edad en una vivienda propiedad del padre y la madre decide trasladarla a Granada, bajo el pretexto de pasar las vacaciones de Semana Santa, sin haber retornado al lugar de residencia habitual tras las vacaciones, antes al contrario, se había matriculado a la hija en un centro escolar de dicha ciudad. El sobreseimiento respondía a la interpretación tradicional de que estos casos no podían dar lugar a responsabilidad penal dado que quien traslada al menor es un custodio (en estos casos, ambos lo son) y no existe resolución judicial o administrativa alguna. La Audiencia se refiere a la nueva interpretación realizada por la Audiencia Nacional, adscribiéndose a ella y ordenando la continuación de las diligencias penales, recordando que, cuando los progenitores ejercen la patria potestad, una decisión de tal envergadura no puede ser adoptada unilateralmente. Y es que, como recuerda la Audiencia Provincial de Alicante, una de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad es la de velar por los hijos, educarlos y procurarles una formación integral, lo que implica un necesario contacto siempre que sea posible[668]. Asimismo, la Audiencia Provincial de Zaragoza[669] resalta la nueva tesis de la Audiencia Nacional y ordena continuar con las investigaciones por apreciar indicios de responsabilidad penal por un delito de sustracción de menores en un caso en el que los cónyuges se separaron de hecho sin mediar resolución alguna, marchándose la madre con el hijo a Barcelona sin el consentimiento del padre.

Empero, ya antes de la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo se había pronunciado en la misma línea y con argumentos muy similares. Así lo hizo en un caso relativo a una familia con residencia habitual en Estados Unidos. La madre, de manera unilateral y sin consentimiento del padre, traslada al menor a España en 2010, residiendo a partir de ahí en casa de los padres de aquella, en Madrid. La Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil) consideró el traslado ilícito en una Sentencia dictada el 25 de enero de 2011. Entretanto, los tribunales de Estados Unidos, competentes por ser los del último lugar de residencia habitual del menor, atribuyeron la guarda y custodia al padre. Pues bien, el Tribunal Supremo hace alusión al Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, que incardina los conceptos de sustracción y derecho de custodia, definiendo este como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, sin distinción entre custodios y no custodios. El Alto Tribunal, de esta forma, indica que el padre y la madre disponían del mismo derecho de custodia mientras que vivían en Estados Unidos, lo que impediría a la madre trasladar de forma unilateral y no consentida al menor a España, resaltando que *la alteración del status quo*

[667] AAP Asturias núm. 870/2018, de 28 de diciembre.
[668] SAP Alicante núm. 615/2005, de 20 de septiembre.
[669] Esto ocurre en el AAP Zaragoza núm. 363/2018, de 6 de julio.

*del menor, en caso de custodia conjunta, solo puede hacerse de común acuerdo por ambos titulares del derecho. Y a falta de acuerdo, decide la autoridad en interés del menor*[670].

Por tanto, aparece otra resolución más en la que se va cambiando ese criterio de que ha de mediar siempre y en todo caso una resolución judicial, pues lo importante es que no se vea afectado el bien jurídico, con independencia de si ese traslado supone o no una vulneración de una resolución judicial o administrativa. De hecho, este no es un elemento del tipo de la sustracción de menores en esa modalidad, siendo que era un elemento adicional que los tribunales venían exigiendo sin una explicación razonable.

Afortunadamente, existen resoluciones judiciales muy anteriores a estas fechas que ya aplicaban dicho criterio. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife[671], en el ámbito civil, ya se pronunciaba en dichos términos en un supuesto de una pareja que se separa en el año 2002, acordándose que la guarda y custodia de los hijos menores se atribuiría a la madre, adjudicándose un régimen de comunicación para el padre y ejerciendo ambos la patria potestad. Algunos meses después de la separación, la madre, de nacionalidad alemana, se vuelve a su ciudad con los hijos sin conocimiento ni consentimiento del padre y sin comunicación al Juzgado pertinente. A partir de ese momento, las visitas dejan de cumplirse y el padre solo tiene contacto con los hijos a través de llamadas telefónicas. Así las cosas, Santiago (el padre) promueve procedimiento instando modificación de medidas y solicitando la custodia de los menores, al tiempo que la madre inició procedimiento en Alemania para obtener la patria potestad exclusiva de aquellos, dictándose una resolución por parte de los tribunales alemanes disponiendo provisionalmente que los niños continuasen con la madre. Los tribunales españoles otorgan la custodia al padre y establecen régimen de visitas para la madre. Esta Sentencia es apelada por la madre, con el pretexto de que ese cambio perjudicaba a los niños porque siempre habían estado con ella, alegando también la incompetencia de los tribunales españoles. La Audiencia responde en el sentido de considerar que es la madre la que estaba perjudicando a los menores privándoles de la presencia del padre y decidiendo unilateralmente el lugar de residencia de aquellos, pues nada justificaba que ese cambio les hubiera beneficiado, sino que más bien había actuado en beneficio propio[672], negando, además, que este derecho proviniera del Convenio de La Haya[673].

Distinto era el caso del progenitor con custodia exclusiva que se traslada con el menor, supuesto no abarcado por el tipo antes de la reforma, toda vez que era precisamente esa persona la que se encontraba facultada para decidir y, en consecuencia, autorizar el traslado, constituyendo este extremo un privilegio incomprensible en perjuicio del progenitor no custodio. Así, la Audiencia Provincial de Tarragona[674], niega la responsabilidad penal de una madre que se traslada con sus hijos a Argentina porque ella

---

[670] Así, el ATS de 2 de febrero de 2012.
[671] SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 227/2004, de 1 de junio.
[672] De hecho, la Audiencia es tajante cuando afirma que *la apelante tiene todo el derecho a elegir libremente su propia residencia, pero ni ese derecho, ni la custodia atribuida en la sentencia de separación, implica el de decidir libérrimamente la residencia de sus hijos al margen por completo del parecer del padre, que comparte con ella la patria potestad* […] *Con su proceder, la apelante ha hecho un uso abusivo y desviado de la custodia que le fue confiada, que no le otorga un derecho absoluto y exclusivo sobre los menores* […] *En ningún caso, la atribución de la guarda y custodia a uno de estos presupone que el titular de este derecho-deber tenga la facultad de trasladar al niño de ciudad o de país.*
[673] Idea que también se recoge en el AAP Barcelona núm. 91/2006, de 4 de abril.
[674] SAP Tarragona núm. 4/2019, de 10 de enero.

ejercía la guarda y custodia por resolución judicial y ello a pesar de las directrices marcadas por el Convenio de La Haya[675]. Es decir, la Audiencia Provincial estima que, pese a que el Convenio Internacional incluye en el régimen de custodia tanto al que ejerce el cuidado del menor como el que dispone de un régimen de comunicación y, consecuentemente, el traslado sea ilícito, el tipo penal español de sustracción de menores no permite la integración de este tipo de supuestos (se reitera que esto era conforme a la redacción anterior a la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio), interpretación correcta si no se quería incurrir en un grave atentado al principio de legalidad.

Como puede apreciarse, la exigencia de resolución judicial o administrativa parece tener su base en la idea de que el progenitor custodio no podía cometer un delito de sustracción de menores. No obstante, la configuración del delito de sustracción de menores como un delito permanente permitía que la conducta que inicialmente no era típica (quien, teniendo atribuida la custodia del menor, se trasladaba con el menor) acabase siéndolo si la resolución judicial o administrativa pertinente atribuía la custodia al progenitor que hasta entonces se había visto privado de la compañía del menor y el otro no procedía a entregarlo y también, en la tesis seguida en esta investigación, si a pesar de atribuirse la custodia al progenitor que inicialmente abandonó el hogar familiar con el niño, se retenía al menor de manera que no se permitiera el cumplimiento del eventual régimen de visitas atribuido al otro. Todas estas ideas han quedado superadas con la nueva redacción típica, luego todo apunta a que, a partir de ahora, la Jurisprudencia seguirá el criterio de no exigir ningún tipo de resolución, aplicando el tipo desde el momento en que no esté presente el consentimiento del otro progenitor, siempre y cuando este tenga derecho a decidir.

### 7.2.2 La retención

El segundo párrafo hace referencia a la retención del menor. En primer lugar, debe reseñarse que este párrafo también ha sido objeto de reforma por parte de la LO 8/2021, de 4 de junio, aunque no con la misma intensidad que para el caso del traslado. Así, la nueva redacción del precepto alude a *la retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.* Por consiguiente, la modificación se sitúa en la expresión "persona menor de edad", siendo que en la redacción anterior la retención tenía lugar sobre "un menor". Desde el punto de vista dogmático no existe ninguna diferencia, pero ciertamente la expresión "persona menor de edad" utiliza un lenguaje inclusivo, prescindiendo del uso del masculino genérico. En segundo lugar, debe tenerse en mente que el concepto de retención no es el mismo al que aluden los delitos contra la libertad, sino que se trata de una retención en el sentido de que el menor no es conducido al lugar donde debe estar en virtud de una resolución judicial o administrativa.

[675] *En el caso, parece claro, a la luz de las circunstancias acreditadas en la fase previa, que al tiempo en que la acusada se marchó con sus hijas a Argentina, esta, por resolución judicial, ejercía la guarda y custodia. Desde esta perspectiva y si bien en el Convenio de La Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su artículo 5, se incluye, en relación al régimen de custodia, tanto el derecho del que es titular la persona que cuida al menor como de quien ostenta el derecho a visitarle, las exigencias de estricta tipicidad penal impiden subsumir la conducta, objeto de este proceso, en la fórmula de sustracción.*

*7.2.2.1 Concepto y naturaleza de la retención*

La modalidad de retención integra un delito omisivo de mera actividad. Retener consiste en no entregar, no permitir la llegada del menor a la persona que corresponda en virtud de una resolución judicial o administrativa. Esto abarca no solo al otro progenitor, sino también abuelos u otras instituciones a las que se haya atribuido el cuidado, siquiera parcialmente, del menor.

No se comparte la definición esgrimida por algún sector doctrinal acerca de la conducta de retención: "La conducta de retención de un menor consiste en la no entrega del menor al que ostenta la custodia, cuando expresamente se le ha atribuido la custodia al otro progenitor en resolución judicial o administrativa"[676], por cuanto esta modalidad abarcaría también el supuesto de que la persona que ejerce la guarda y custodia retenga al menor para impedir que el progenitor que tiene a su favor un derecho de visitas lo ejerza, en tanto la modalidad de retención puede ser cometida tanto por el progenitor custodio como por el no custodio[677], idea que parece aún más clara a partir de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio.

La retención integra una no entrega, quiere decirse, una omisión propia. Esto es, un puro no hacer que da lugar a la aparición de los elementos típicos. El traslado siempre exige una conducta positiva por parte del autor del delito, mientras que la retención expresa supuestos omisivos. Por ejemplo, si un progenitor acude a recoger a los hijos para efectuar un régimen de visitas y el custodio no lo permite, la pasividad de este último, la negativa a atender ese régimen, comporta la retención. No es necesario que el sujeto lleve a cabo una conducta positiva, con esa simple no entrega o no devolución se cumple el tipo.

Como elementos típicos de los delitos omisivos se han mencionado la situación típica (el presupuesto de hecho que da origen al deber de actuar y que varía según el tipo específico), la ausencia de realizar la acción mandada y la capacidad personal de realizar la acción[678], incluyendo el dolo el conocimiento de esa situación que genera el deber de actuar[679].

En otras palabras, para que quepa atribuir la omisión de la acción debida es necesario que el sujeto conozca la existencia del deber de obrar y las circunstancias fácticas que hacían ejecutable dicho deber, así como la forma en que puede cumplir con el mandato[680]. Efectivamente, la retención implica un deber de entrega del menor a la persona que corresponda, el sujeto no procede a esa entrega aun pudiendo hacerlo y ello da como resultado la aparición del tipo de sustracción de menores. Asimismo, el tipo omisivo está formado por el desvalor de la omisión más el desvalor del resultado[681]. Se sustituye, por tanto, el desvalor de la acción por el desvalor de la omisión, permaneciendo intacto el desvalor del resultado.

---

[676] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción …,* Ob. cit., p. 58.
[677] También LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 55.
[678] DEMETRIO CRESPO, E. *Curso de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 332.
[679] MORENO-TORRES HERRERA, Mª R. *Lecciones de…,* Ob. cit., p. 236.
[680] PIVA TORRES, G. E. *Teoría del delito y el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 68.
[681] LACRUZ LÓPEZ, J. M. *Curso de Derecho Penal Parte General,* 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, p. 317.

En otro orden de cosas, todo señala que se trata de un delito de mera actividad porque solo con retener ya se consuma el tipo, no requiriéndose ningún tipo de resultado material. En el momento en que el progenitor impide ese desplazamiento del menor al lugar que le corresponde, se consuma la conducta típica.

Los delitos de mera actividad carecen del efecto natural que poseen los delitos de resultado y ello determina que no exista necesidad de realizar esa actividad de búsqueda de la relación de causalidad entre el resultado y el comportamiento que ha dado pie al primero. El resultado natural no deja de configurarse como un elemento típico más que estará presente en algunos delitos y en otros no, quiere decirse, un elemento más de los delitos de resultado que no aparece en los de mera actividad. Y es simplemente eso, se trata de un elemento típico que se encuentra en determinada tipología delictiva y ausente en otra, si bien se defiende que los delitos de mera actividad carecen de objeto material[682].

No obstante, el objeto material en ambas conductas recae sobre el propio menor, que es el que se verá sustraído por medio del traslado o de la retención[683]. Con lo cual, tanto la modalidad de resultado como la modalidad de mera actividad presentan objeto material y bien jurídico. Es más, si los delitos de mera actividad no tuviesen un bien jurídico al que proteger, su presencia en el Código Penal no estaría justificada, toda vez que ya se ha reiterado en innumerables ocasiones que un delito sin bien jurídico protegido atenta contra las bases del Derecho penal y resulta absolutamente inadmisible. No puede defenderse que esta rama jurídica se base en el principio de intervención mínima si incluye figuras que no protegen nada y que, por tanto, no encuentran razón alguna para su tipicidad.

Cuando el resultado aparece como elemento típico, ese efecto natural que contiene la norma deberá enlazarse con el comportamiento realizado por el agente para comprobar que, efectivamente, el segundo ha sido la causa del primero[684]. De ahí que luego puedan existir otras concausas que modifiquen la responsabilidad penal del sujeto si han intervenido en la producción del mismo e, incluso, puede que no quepa imputar ese resultado a aquel al haber derivado de otro factor distinto, en cuyo caso solo podría imputarse la acción típica pero no el resultado.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el hecho de no tener que buscar una relación de causalidad no implica en absoluto que los delitos de mera actividad carezcan de desvalor de resultado y solo presenten desvalor de acción, puesto que ya ha quedado reflejado que el resultado posee distintas acepciones y que cada una de ellas hace referencia a una idea determinada que jugará un papel concreto dentro de la teoría jurídica del delito.

A diferencia de los problemas que presentan los delitos de resultado, normalmente un delito de mera actividad podrá imputarse objetivamente con facilidad al sujeto que realiza dicha actividad prohibida o que no realiza la actividad obligada por la norma, pues esa acción u omisión conllevará, prácticamente de forma automática, la lesión del bien

[682] Así, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 452.
[683] También defendiendo que puede existir objeto material en loa delitos de mera actividad, ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de…", Ob. cit., p. 17.
[684] Vid. MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 376.

jurídico protegido[685]. Así, en un delito de allanamiento de morada, en el momento en que el sujeto se introduce en morada ajena sin permiso, se vulnera automáticamente el derecho a la intimidad del morador, lo que determina el resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

Por otra parte, los delitos de mera actividad pueden acarrear responsabilidad civil igual que un delito de resultado, puesto que el daño al bien jurídico se produce de la misma forma y es ese daño al bien jurídico lo que se tiene en cuenta a la hora de calcular la responsabilidad civil derivada del delito[686].

En principio, la retención es un delito de mera actividad porque solo con retener al menor, el tipo se cumpliría. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el legislador incluye un elemento adicional, el incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa, es necesario que ese resultado se produzca. Por consiguiente, una retención que no se manifieste en ese incumplimiento grave no dará lugar a la aplicación del tipo. Ello expresa que, si, por ejemplo, se retiene el menor durante un periodo de tiempo insignificante, un mero retraso en la entrega, no existe ese resultado y, por ende, tampoco el delito.

#### *7.2.2.2 Exigencia de resolución judicial o administrativa*

En Derecho Civil, las crisis matrimoniales y, en general, las crisis en las que se ven envueltos menores de edad, pueden dar lugar a medidas provisionalísimas, provisionales y definitivas, siendo suficiente con la vulneración de la resolución, con independencia del carácter que posea, para la aparición del tipo[687]. Esto es así porque aquel requiere la presencia de la retención de un menor y de un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. En el momento en que ambos elementos confluyen debería producirse el surgimiento del tipo, sin perjuicio de que posteriormente esa resolución pueda ser modificada en atención al interés del menor. No debe olvidarse que incluso una resolución definitiva puede ser modificada con el tiempo si se demuestra que el interés superior del menor requiere nuevos cambios.

En este caso se necesita la presencia de una resolución judicial o administrativa, ya sea para establecer medidas provisionales o definitivas y en una separación de hecho o de derecho [688], aunque no es preciso que se firme[689]. Por consiguiente, es importante tener en cuenta que en aquellos casos en los que aún no existe convenio regulador ni resolución judicial o administrativa, si el progenitor que ejerce de hecho la custodia retiene al hijo menor impidiendo que este pueda pasar tiempo con el progenitor no custodio o si el que no ejerce la custodia retiene al menor impidiendo que este vuelva con el progenitor custodio, la conducta tampoco podría integrarse en el tipo por cuanto no está presente el incumplimiento grave de la resolución judicial o administrativa descrita en el mismo y ello pese a que el bien jurídico protegido se ve lesionado en la misma medida[690].

---

[685] También defendiendo la poca problemática causal en los delitos de mera actividad, ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de…", Ob. cit., p. 33.
[686] En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de…", Ob. cit., p. 40.
[687] Vid. MONJE BALMASEDA, O. "Medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio", *Compendio de Derecho Civil.* Tomo IV (dir. LLEDÓ YAGÜE, F.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 113 y ss.
[688] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 54.
[689] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 11.
[690] De la misma opinión, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 58.

Esto ocurrirá frecuentemente cuando la pareja esté en una crisis que no haya sido solventada mediante la oportuna resolución judicial o administrativa en la que se establezca el régimen que regule el destino de los hijos menores habidos en la relación. En el transcurso del tiempo desde que la crisis tiene lugar hasta que se dicta una resolución judicial o administrativa, ya sea provisional o definitiva, los actos de sustracción producidos mediante una retención no pueden ser abarcados por el artículo 225 bis CP, lo que conlleva la existencia de una laguna punitiva toda vez que, pese a la atipicidad de la conducta, el bien jurídico que esta trata de proteger sí se ve lesionado.

Por supuesto, la modalidad de retención es aplicable a casos de custodia compartida, pues, como apunta la doctrina, se altera la estabilidad del menor, se priva al progenitor custodio de su derecho a relacionarse con el hijo y se quebranta una resolución judicial[691]. En la custodia compartida, el tipo es perfectamente aplicable porque siempre existe una resolución de por medio que la ha acordado. Desde el momento en que uno de los padres no devuelve al menor cuando comienza el tiempo del otro, la conducta integra el tipo de retención, sin perjuicio de que los hechos puedan integrar, asimismo, una conducta de traslado. En cualquier caso, ambas modalidades pueden aplicarse en una situación de custodia compartida.

El delito no se producirá si la sentencia incumplida ya no se encontraba vigente[692]. Esto expresa que, si la resolución ha terminado su vigencia, es como si no existiera, por lo que no se daría el conjunto de elementos típicos, faltaría el elemento fundamental de incumplimiento grave de aquella. A efectos prácticos, una resolución no vigente es lo mismo que si nunca hubiese existido.

Con ocasión del sujeto activo del tipo de sustracción de menores, se aludió al hecho de que el mismo podía ser cometido por otras personas distintas al progenitor, en concreto, aquellas que venían recogidas en el apartado quinto del artículo 225 bis. En la modalidad de retención, podría plantearse el supuesto de que el delito pudiera ser cometido por los abuelos del menor. Supóngase que los progenitores, con independencia de la situación sentimental en la que se encuentren, por distintas desavenencias con sus padres, no quieren que estos tengan una relación personal con sus hijos, es decir, pretenden impedir la relación personal entre abuelos y nietos.

Como se sabe, desde el punto de vista civil, los abuelos tienen derecho a solicitar un régimen de visitas con los nietos que les permita relacionarse con ellos. ¿Qué ocurriría si los abuelos tienen reconocido a través de una resolución judicial o administrativa un derecho a relacionarse con sus nietos y aprovechan una visita para retenerlos y no devolverlos a los padres? ¿Podría ser aplicable el tipo de sustracción de menores?

La respuesta es afirmativa, los abuelos estarían cometiendo el tipo, en vista de que existe *de facto* una resolución judicial o administrativa se está incumpliendo mediante la retención del menor. Por supuesto, esto ocurriría siempre que el incumplimiento sea grave, dado que es un requisito esencial de todo delito de sustracción de menores en la modalidad de retención, al ser configurado como un elemento del tipo.

En el supuesto de que no exista una resolución judicial o administrativa que otorgue a los abuelos tal derecho de visitas, la conducta de retención del menor por aquellos no

[691] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 24.
[692] Misma opinión, DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 23.

puede ser englobada en el tipo de sustracción de menores puesto que no se estaría produciendo el incumplimiento grave descrito en el mismo. Sin embargo, no existe obstáculo alguno para que estos casos sean reconducidos al delito tipificado en el artículo 223 CP, que sanciona a la persona encargada de la custodia del menor que no lo presenta ante sus padres o guardadores cuando es requerido por ellos, siempre de manera injustificada[693]. De la misma forma y en vista de que el tipo de sustracción de menores, en la modalidad de traslado, no exige de manera expresa el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, si los abuelos trasladan al menor del lugar de residencia habitual sin el consentimiento de quien ostenta la custodia o quien convive habitualmente con él, los hechos podrán ser constitutivos de un delito de sustracción de menores.

*7.2.2.3 Incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa*

Al elemento de la retención se añade el incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Es justamente en esta parte del tipo donde pueden surgir serias dudas. El precepto determina dos elementos que deben estar presentes en la conducta para hacer surgir el delito: por un lado, debe producirse la retención del menor; por otro lado, esa retención debe suponer un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Debe dilucidarse, por tanto, qué ha de entenderse por incumplimiento grave.

En este segundo apartado[694], el tipo se refiere a un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa, en un intento de hacer respetar el principio de intervención mínima. Si no se enfatizase en que no cualquier incumplimiento puede hacer surgir el tipo, sino que este ha de ser grave, cualquier nimiedad podría dar lugar a la comisión del delito y esto podría suponer la instrumentalización de la Justicia por parte de los progenitores en constante disputa por sus hijos menores, con el consiguiente colapso de los Juzgados y Tribunales del orden penal. Comoquiera que el incumplimiento debe ser grave, no podría ser típica la conducta del progenitor que entrega o devuelve al menor con retraso[695].

La doctrina se muestra partidaria también de esta restricción, estimando que "una interpretación respetuosa con el principio de ofensividad y que se compadezca con la voluntad expresada en la exposición de motivos, supone aceptar que el mero incumplimiento del régimen de custodia por parte de uno de los progenitores no es suficiente para cumplir las exigencias del injusto típico, de tal suerte que para ello será necesario que dicho incumplimiento comporte una lesión para derechos concretos del menor, lo cual dotaría de sentido a dicho precepto"[696].

No puede negarse que, en momentos de crisis en la pareja, el recurso a los Juzgados y Tribunales suele ser muy utilizado como arma por los padres, lo que supone en última

[693] También LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 57.
[694] Recuérdese que este matiz de incumplimiento de una resolución judicial o administrativa no aparece en el primer párrafo de este apartado, es decir, la conducta de traslado no requiere un incumplimiento de tales características, siendo suficiente con trasladar al menor sin el consentimiento de quien deba otorgarlo para la aparición del tipo.
[695] En el mismo sentido, CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios prácticos…,* Ob. cit., p. 524 y LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 55.
[696] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al …,* Ob. cit., p. 597.

instancia un perjuicio para los menores que se encuentran en medio de ambos. Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, los comportamientos de menor importancia podrían ser objeto de sanción penal a lo sumo con la antigua falta del artículo 622 CP, pero con la llegada de dicha reforma, las faltas desaparecieron del Texto punitivo, de manera que actualmente solo un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa en este ámbito puede presentar la correspondiente repercusión penal.

Si las penas aparejadas por este delito son graves, ya no solo desde el punto de vista penal, que califica las penas de leves, menos graves y graves, sino desde un punto de vista social y personal, si el incumplimiento puede llevar aparejado una pena de prisión y, sobre todo, una pena de inhabilitación para la patria potestad que puede llegar a tener una duración de diez años, es lógico que se exija que no se trate de meros incumplimientos, sino de conductas que realmente justifiquen la imposición de penas de ese calibre. Y esto no es una cuestión de mera lógica, es también algo que se deriva del principio de proporcionalidad de las penas. De ahí que se haya expresado que, en vista de "las penas que se imponen que permiten la persecución internacional de estas conductas, a las que se añade una grave inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, concluimos que la interpretación del precepto debe ser restrictiva y solo aplicable a los casos más graves o intolerables"[697].

Por ejemplo, el incumplimiento de la resolución judicial o administrativa demuestra ser grave cuando aparece manifestado que la voluntad del progenitor sustractor es provocar la ruptura de los vínculos personales existentes entre el menor y el progenitor no sustractor. Este mismo argumento es sostenido por la doctrina, aunque planteado desde una óptica contraria: no sería grave un incumplimiento cuando de las circunstancias quepa inferir que existe intención de devolver al menor en un periodo de tiempo razonable[698]. Se trata de un criterio bastante lógico, en consonancia con el principio de intervención mínima, aunque puede adolecer de inseguridad jurídica, ya que no existe una norma que indique qué se entiende por periodo razonable.

Esto es algo que debe valorarse en cada caso concreto, siendo clave no solo el plazo de tiempo que transcurre desde la sustracción, sino fundamentalmente también la actitud del sujeto activo, pues de sus actos cabe inferir si su intención es entregar al menor o, por el contrario, promover una ruptura de vínculos entre el niño y el progenitor no sustractor. En cualquier caso, la medida de la gravedad del quebrantamiento viene determinada por la vulneración o la puesta en peligro del bien jurídico[699].

Otro sector doctrinal apunta que "para determinar la gravedad en el incumplimiento de la resolución hay que tomar en consideración los plazos establecidos en el propio precepto y fundamentalmente la afectación del bien jurídico. Así, no podrán ser consideradas graves actuaciones que no impidan el normal establecimiento de relaciones entre el hijo y los padres. Es decir, se trata de situaciones en las que existe un dolo específico dirigido a romper las relaciones existentes con el progenitor que no realiza la conducta sustractora"[700].

[697] MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos*…, Ob. cit., p. 863.
[698] TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial*..., Ob. cit., p. 582.
[699] En línea parecida, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 13.
[700] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 56.

Por otra parte, como ambas modalidades de sustracción son castigadas con la misma sanción, se necesita una equiparación de gravedad entre ellas que permita justificar el recurso al mismo criterio penológico. Puede percibirse que, en la mayoría de supuestos, es más grave la conducta de trasladar al menor sin consentimiento que la de retenerlo una vez que se tiene legítimamente, por lo que para equiparar las conductas y que ambas sean merecedoras de misma sanción punitiva, se ha optado por exigir que el incumplimiento sea grave. Esto se debe a la mayor dificultad de seguir el rastro del menor cuando es trasladado para conseguir el retorno.

Desde otras posiciones, se expone un argumento similar, si bien en términos de entidad de deberes: "El deber positivo de entregar tiene menor entidad que el negativo de no trasladar al menor, y por eso el Código exige para la tipicidad que el incumplimiento de aquél sea grave"[701]. Esto puede traducirse también al supuesto de los progenitores que retienen al menor impidiendo a los abuelos de aquel pasar tiempo con el niño, siempre y cuando dicho derecho haya sido recogido en una resolución judicial y pueda afirmarse que el incumplimiento de aquella es de carácter grave, en cuyo caso la protección penal se concretaría en ese derecho de visitas que aquellos poseen.

*7.2.2.4 El consentimiento del progenitor o persona o institución a cargo del menor*

El tipo no alude en la modalidad de retención a la falta de consentimiento del otro progenitor o de quien se encuentre a cargo de la custodia del menor. Eso quiere decir que esta falta de consentimiento no se exigirá para la configuración del tipo. Como se afirmaba, esta parte del delito no se ha visto modificada a raíz de la reforma de 2021, siendo que la falta de referencia al consentimiento provocaba una consecuencia importante: al no exigirse el consentimiento del conviviente o el custodio, podía deducirse que este último también podía retener al menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa en perjuicio del otro progenitor, lo que conduciría a considerar típicos aquellos casos en los que el que tiene atribuida la custodia impide el ejercicio de las visitas al otro progenitor o, incluso, los casos en que alguno de los progenitores impide la realización de las visitas previstas judicialmente para los abuelos del menor (recuérdese que, como se ha visto *supra*, este requisito se incluía en el Proyecto de elaboración del delito pero fue retirado posteriormente).

El hecho de que la reforma no haya apenas modificado la modalidad de retención, salvo para dotar la descripción típica de un lenguaje más inclusivo, demuestra que el custodio podía cometer la conducta típica ya antes de aquella, pues la Exposición de Motivos señala que el objetivo de la reforma no es otro que permitir que ambos progenitores puedan ser sujetos activos del delito, con independencia de si disfrutan de la guarda y custodia o del régimen de visitas.

A partir de la nueva redacción, la defensa de que el custodio no puede retener al menor va a ser aún más difícil de sostener, por cuanto ya se ha eliminado esa dicotomía entre custodio y no custodio en la modalidad de traslado, que era el argumento sobre el que parecía asentarse toda la argumentación que defendía la atipicidad de la conducta en estos supuestos. Empero, dado que la reforma es de muy reciente creación, aún no existen estudios doctrinales o jurisprudenciales que puedan acreditar si se ha producido o no un nuevo prisma en la interpretación de esta parte del precepto.

[701] MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento práctico…,* Ob. cit., p. 1134.

En otro orden de cosas, aunque no se hace referencia expresa al consentimiento del progenitor en la modalidad de retención, como sí ocurre en la modalidad de traslado, huelga decir que la conducta sería también atípica si la retención se realiza con el consentimiento del progenitor cuyo derecho podría verse afectado por la sustracción. Es decir, si es el progenitor custodio el que impide el régimen de visitas al no custodio con el consentimiento de este, la conducta será atípica. En el caso de que sea el progenitor no custodio el que no devuelve al menor al custodio en el momento acordado, pero actuando con el consentimiento de este, la conducta sería igualmente atípica, en tanto el bien jurídico no sufre vulneración alguna.

Sin embargo, algún sector doctrinal discrepa en este sentido al entender que, en estos casos, a pesar de que la conducta no podría ser encuadrada en el delito de sustracción de menores, la misma podría ser merecedora de sanción penal en atención a otros tipos penales, debido a que podría verse vulnerado el derecho del niño a disfrutar de la compañía de sus padres[702].

*7.2.2.5 Conexión con el delito de desobediencia*

Esta modalidad delictiva hace pensar en un subtipo específico del delito de desobediencia, dado que el tipo exige expresamente el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, ello porque "el núcleo de la conducta típica de retener será el incumplimiento de la resolución judicial o administrativa, lo cual inevitablemente establece un claro parentesco con el delito de desobediencia, en contra de lo que proclama la exposición de motivos"[703]. Así, la modalidad de retención haría surgir un concurso de normas entre el delito de desobediencia del artículo 556 CP y el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP. Este concurso aparente de normas penales se resolvería a favor de este último delito en función del criterio de especialidad, puesto que la norma específica prima sobre la genérica[704].

Desde la doctrina también se han efectuado críticas precisamente hacia esa conexión que parece establecerse con un delito de desobediencia, perdiéndose el bien jurídico que trata de protegerse: "La redacción del precepto resulta poco acertada pues la referencia al incumplimiento del régimen de custodia, parece configurar el tipo más como un delito de desobediencia que como una verdadera afectación a las relaciones familiares. Ello exige de una tarea de interpretación del precepto que, atendiendo al principio de protección de bienes jurídicos y mínima intervención, lo encuadre, efectivamente, donde le corresponde, constatándose la voluntad de apartar de forma permanente al menor del otro progenitor"[705].

La Jurisprudencia también se inclina a pensar que el delito de sustracción de menores incluye un subtipo autónomo de desobediencia y así lo expone la Audiencia Provincial de Barcelona[706], reconociendo la naturaleza cercana a la desobediencia del que participa

[702] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 64.
[703] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al …,* Ob. cit., p. 602.
[704] Artículo 8 CP.
[705] TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial…,* Ob. cit., pp. 581-582.
[706] La SAP Barcelona núm. 241/2007, de 8 de marzo establece: *La sentencia apelada considera acertadamente que el delito de sustracción de menores previsto en los números 1 y 2 del apartado segundo del artículo 225 bis del código penal, participa de la naturaleza del delito de desobediencia genérico, configurándose como un subtipo que, por razones de política criminal y especificidad, ha llegado a adquirir una tipicidad propia y separada de la conducta recogida en el artículo 556 del código penal.*

la modalidad de retención, considerándose un subtipo que ha llegado a gozar de autonomía propia; y estableciendo de manera expresa cuáles son esos requisitos de los que se venía hablando: ha de ser dictada por una autoridad competente; deber ser expresa y clara; y ha de ser notificada correctamente al destinatario, siendo informado este de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la misma, lo que implica que tal notificación debe ir revestida de todas las formalidades legales. Finalmente, la Sentencia deniega la existencia del delito (al igual que se había hecho en primera instancia) al estimar que, si bien la Generalitat había dictado la resolución por la que un bebé debía ser entregado a un organismo público, esta no había sido correctamente notificada a las partes, lo que viene demostrado por el hecho de que no solo los progenitores no tuvieron conocimiento de la misma, sino tampoco el hospital, sin contar con que aquellos entregaron al bebé una vez tuvieron conocimiento fehaciente de la resolución dictada.

Todo ello implica que, efectivamente, el artículo 225 bis recoge un subtipo de desobediencia que ha acabado gozando de autonomía propia porque el legislador así lo ha creído conveniente[707]. Pero justamente porque participa de tal naturaleza, deben ser de aplicación los requisitos exigidos para apreciar la existencia del delito de desobediencia genérico en cuanto se refiere al dictado y notificación de la resolución en cuestión, de modo que no podrá apreciarse sin más un delito de sustracción de menores en la modalidad de retención con la simple constatación del incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, sino que previamente deberá procederse al estudio de si tal resolución había sido dictada por quien tenía competencia para ello, resultaba clara y expresa, y había sido correctamente notificada al destinatario con el apercibimiento de las consecuencias ligadas a un incumplimiento. Por tanto, la modalidad de retención constituye una conducta pluriofensiva, atentatoria de los derechos del progenitor o de la persona encargada de la custodia y del principio de autoridad.

### *7.3 Sin causa justificada*

#### 7.3.1 Concepto y naturaleza de "causa justificada"

El tipo penal de sustracción de menores indica, *ab initio,* que la conducta requiere la ausencia de una causa justificada. He aquí otro de los innumerables problemas que conlleva la redacción del artículo: la conducta de sustracción debe ser realizada *sin causa justificada,* pero el legislador, en el segundo párrafo del tipo, si bien indica qué se entiende por sustracción, guarda silencio acerca de lo que debe entenderse por *causa justificada.* Esta expresión ha dado lugar a diversos debates doctrinales y jurisprudenciales, adoptando cada tribunal su propio criterio. Indica la doctrina que "estas contradicciones al interpretar 'sin causa justificada' surgen porque esa expresión es un elemento de valoración global del hecho, que pertenece en parte al tipo y en parte a la antijuricidad"[708].

En primer lugar, se ha de valorar si el legislador pretendía identificar "causa justificada" con "causa de justificación", es decir, si el legislador tenía la intención de considerar como atípicas aquellas conductas en las que concurra una causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP[709], a saber, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Sin

[707] En el mismo sentido, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 54.
[708] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 47.
[709] Argumento defendido por ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p. 443 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 301.

embargo, esto carece de sentido, pues cualquier conducta delictiva conlleva la exención de pena si concurre una causa de justificación y no hay necesidad de que el legislador, en cada uno de los tipos delictivos, vaya señalando que la conducta será antijurídica salvo que concurra alguna de estas causas, cosa que, de hecho, no ha hecho[710].

Una vez descartada la idea, por incoherente y poco práctica, de que el legislador estuviese haciendo referencia expresamente a las causas de justificación cuando aludía a la conducta sin causa justificada del progenitor con ocasión del artículo 225 bis CP, es el momento de adentrarse en la correcta interpretación de la expresión "sin causa justificada". Piénsese que las acciones delictivas amparadas en causas de justificación no eliminan la tipicidad de la conducta, sino solamente la antijuridicidad de la misma[711]. Así, al tratarse de una conducta que realmente puede encajar en cualquier tipo penal, no hay más remedio que considerarla típica, aunque posteriormente la presencia de una causa de justificación determine la falta de antijuridicidad de la misma, lo que conllevará la subsiguiente exención de pena. En otras palabras, cuando concurre una causa de justificación, esta actúa sobre un comportamiento típico y antijurídico, de forma que se modificaría el carácter ilícito de la conducta y esta sería conforme a Derecho[712].

No obstante, en este caso el legislador veta la aparición siquiera del tipo al establecer expresamente que la conducta ha de realizarse sin causa justificada pues, de lo contrario, no es ya que la conducta sea conforme a Derecho, sino que directamente la conducta sería atípica desde el primer momento. De ahí la importancia de comprender correctamente el sentido de la expresión "sin causa justificada", que apunta a un supuesto de causa de atipicidad[713].

Por consiguiente, la esencia diferenciadora del delito de sustracción de menores es que la ausencia de una causa que justifique la conducta aparece expresamente descrita en la conducta, luego si aparece una causa de justificación, la misma no participará de la naturaleza del resto de causas de justificación que sirven para negar a posteriori la ilicitud de un comportamiento que a priori parece ilícito, sino que actuaría como causa de atipicidad, porque faltaría un elemento del tipo.

De forma paralela a lo que se dijo en su momento acerca de que el consentimiento en la modalidad de traslado no es una causa de justificación sino una causa de atipicidad porque el consentimiento ya era uno de los elementos del tipo, con las causas justificadas ocurre lo mismo, el legislador ha establecido para el concreto delito de sustracción de menores, que esa conducta debe realizarse sin causa justificada, por lo que la ausencia de justificación es uno de los elementos del tipo, sin el cual la conducta no quedaría completada en su totalidad, dando lugar a la atipicidad de la misma.

Existen autores que se muestran partidarios de entender que causa justificada es, en sede del delito de sustracción de menores, algo más amplio que una causa de justificación, aludiendo a supuestos en que la sustracción se traduce en la subsanación de deficiencias en la seguridad del menor o en su desarrollo madurativo[714].

---

[710] En la misma línea, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 12.
[711] Así también, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit, p. 192.
[712] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 273.
[713] En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p. 20.
[714] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 87.

También se ha indicado la posibilidad de incluir "aquellos sucesos que, de una manera razonable y solemne, acorde a los hechos y circunstancias de cada caso, permitan explicar el traslado del menor del progenitor o institución que tengan en ese momento su guarda y custodia"[715]; o "cualquier circunstancia que, sin poner en peligro la seguridad del menor, permitan fundar la no restitución"[716]. Quiere decirse, cualquier circunstancia que permita fundar ese no reintegro ponderando todos los elementos que concurran en el momento de invocar la justificación[717].

Igualmente, se ha aludido a que esa causa justificada afecta a la antijuridicidad de la conducta, si bien se sigue en esa idea de que se trata de algo más amplio que una causa de justificación: "En principio, por ello debemos entender una inexistencia o disminución muy apreciable de la antijuricidad material de la conducta, como si se tratase verdaderamente de una causa de justificación. Sin embargo, los términos amplios que emplea el Legislador permiten ampliarla a otros supuestos similares"[718].

En conclusión, debe suponerse que, cuando el legislador utiliza la expresión "causa justificada", se está refiriendo a un motivo razonable por el cual el progenitor o el sujeto activo en cuestión haya actuado de tal manera, ejecutando lo que en un principio podría considerarse una sustracción de menores aunque finalmente no sea así, toda vez que la conducta sería desde un primer momento atípica y, por tanto, carente de cualquier tipo de relevancia penal. El criterio jurisprudencial también parece coincidir en esta interpretación. La realidad demuestra que los tribunales han ido acogiendo como causas de justificación supuestos que nada tienen que ver con incumplimientos de Derechos humanos o situaciones de peligro para la salud o la vida del menor, sino más bien con la alegación de motivos más o menos razonables[719].

Así, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el hecho de que una madre se trasladara con los hijos del domicilio familiar no constituía delito porque la conducta fue realizada por miedo a que el marido (ya condenado por maltrato verbal) pudiera cometer cualquier acto violento también contra ellos. Al estimarse que la conducta estaba justificada, se señala directamente la atipicidad de la misma[720].

En este caso, la Audiencia estima que contaba con dos opciones: o bien extraer que la causa justificada se encuentra prevista para otro tipo de supuestos y calificar la conducta como típica aunque luego se aplicase alguna causa de justificación (en este caso cabría alegar un estado de necesidad justificante) o bien considerar que la actitud de trasladarse por miedo a que los hijos pudieran sufrir algún daño (entiendo que siempre y cuando esto pueda quedar acreditado de alguna forma, como en el presente caso, que existe una orden de alejamiento) entra dentro de lo que el tipo denomina causa justificada y estimar la atipicidad de la conducta, opción esta última por la que el órgano judicial se decanta.

---

[715] SÁNCHEZ LINDE, M. "La sustracción de menores en el Código Penal", *La Ley Penal*, núm. 101, marzo-abril 2013, p. 102. En la misma línea, GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 433.
[716] FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Manual de…,* Ob. cit., p. 399.
[717] TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial…,* Ob. cit., p. 582.
[718] SAAVEDRA RUIZ. J. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 1672.
[719] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 63.
[720] AAP Madrid núm. 302/2004, de 17 de junio: *Si la querellada abandonó el hogar, trasladándose, con sus hijos, al de un familiar, temiendo que su esposo pudiera realizar algún acto de violencia contra cualquiera de ellos, la situación creada es penalmente atípica, sin perjuicio de que el segundo pueda impetrar la tutela judicial de los derechos que como padre le corresponden.*

Por otro lado, el Juzgado de Instrucción número 12 de Barcelona decretaba, por medio de Auto con fecha de 26 de mayo de 2006, el sobreseimiento provisional de las actuaciones abiertas por un delito de sustracción de menores al entender que concurría una causa justificada para la conducta de una madre que había abandonado el domicilio familiar con los hijos, afirmando la atipicidad de la misma por los siguientes extremos: la madre había puesto previo aviso al padre del traslado y había iniciado el proceso de separación legal; la conducta estaba en sí misma justificada por cuanto la mujer había solicitado una orden de protección frente al marido por malos tratos; el traslado se había producido debido a que los padres de la denunciada se encontraban enfermos y esta debía ocuparse de los cuidados necesarios; el menor no se encontraba en situación de desamparo porque estaba conviviendo tanto con la madre como con los abuelos maternos, si bien esta resolución fue anulada por la Audiencia Provincial de Barcelona[721].

Incluso se ha estimado de causa justificada la sustracción realizada para evitar otra sustracción. Así lo afirma la Audiencia Provincial de Madrid. En este enrevesado caso, la Jurisprudencia se muestra partidaria de considerar causa justificada el riesgo de que el menor sea efectivamente sustraído por el progenitor que está denunciando al otro justamente por el mismo delito. El padre (progenitor denunciado) retuvo al menor porque existían indicios de que la madre pretendía trasladar al hijo a Bolivia y había sido informado de ello, insólitamente, por la hermana de la denunciante (lo que aumenta la credibilidad de la noticia). Es más, el denunciado actuó con la máxima diligencia poniendo en conocimiento en todo momento a las autoridades de lo que estaba sucediendo e iniciando al mismo tiempo un proceso civil para solicitar la atribución de la guarda y custodia, tanto es así, que es el propio Ministerio Fiscal el que ampara la situación, otorgando temporalmente la custodia del menor al padre en tanto se resolvía el asunto. Al quedar la conducta del padre justificada, la presunta sustracción deviene atípica, eliminándose totalmente cualquier tipo de relevancia penal[722].

En definitiva, cuando la no restitución del menor se produce por causas que actúan en beneficio del mismo, o por alguna otra que fundamente la no restitución, la conducta quedaría justificada. Por ello, no cabe realizar una enumeración exhaustiva de motivos por los cuales la sustracción puede quedar amparada bajo una causa de justificación,

---

[721] El argumento no fue compartido por el AAP Barcelona núm. 676/2006, de 13 de octubre, que anula la resolución de instancia, por los siguientes motivos: no existe acreditación de que la denunciada hubiese avisado del traslado previamente al padre del menor, sino que solo se había probado una comunicación de la primera al segundo una semana después del abandono del domicilio, motivo por el cual tampoco podía ser de aplicación la excusa absolutoria prevista en el apartado cuarto del artículo 225 bis CP en vista de que la comunicación se había producido pasadas las veinticuatro horas y sin compromiso alguno de restitución del menor; no existe acreditación de que la denunciada haya iniciado el oportuno proceso de separación legal, aunque sí consta que fue el padre el que lo hizo con posterioridad al traslado de la madre con el hijo, por lo que en el momento de los hechos ambos se encontraban ejerciendo de forma conjunta la guarda y custodia de este último; ciertamente la denunciada había denunciado, a su vez, al marido por malos tratos y había solicitado una orden de protección, pero tal medida fue denegada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoció del asunto por falta de pruebas tanto de los malos tratos como de la situación de riesgo descrita por la mujer; tampoco había sido acreditado el hecho de que los padres de la denunciada se encontrasen en el estado de salud delicado que hubiese podido justificar el traslado.

[722] Afirma el AAP Madrid núm. 622/2006, de 11 de diciembre, que *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 la guarda y custodia hasta que resolviera la autoridad judicial competente.*

debiendo atenderse al caso concreto para conocer si de las circunstancias que lo rodean y las razones que se aducen puede llegarse a la conclusión de que la conducta es atípica al estar justificada. Esto solo ocurrirá en aquellos casos en los que el traslado no implique un riesgo para el menor. Serán los Juzgados y Tribunales los que, en sus resoluciones, aprecien las razones pertinentes para expresar si la conducta está justificada o, antes al contrario, es constitutiva de delito.

Esta llamada a la cautela la realiza, asimismo, la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que se explica la necesidad de estudiar el caso concreto para juzgar si existe o no causa justificada, en tanto una subsunción automática de la conducta en el supuesto de hecho de la norma podría suponer un perjuicio para el menor, dada la gravedad de la pena prevista para tal delito, y así lo expone en el caso de un padre que denuncia tanto a la ex mujer como al ex suegro, puesto que la primera había extendido el tiempo del régimen de visitas, ostentando el padre la guarda y custodia[723].

### 7.3.2 El consentimiento del menor como "causa justificada"

Si se recapitula, podrá advertirse que han sido alcanzadas varias conclusiones: primero, el ser menor de edad abarca un periodo largo de la vida de las personas, comprende el período desde el nacimiento hasta el dieciocho cumpleaños, y en ese plazo temporal es donde puede tener lugar la conducta de sustracción de menores, pero es un periodo tan sumamente amplio, que la capacidad de obrar del menor dependerá en gran medida de la edad con la que cuente en el momento de la comisión de la conducta. Puede ocurrir que sea un menor de corta edad, con capacidad de obrar muy limitada, incapaz, por consiguiente, de tomar por sí mismo decisiones que afecten a su vida, al menos las que lo hagan de manera relevante; y puede ocurrir también que sea un adolescente que, en función de su edad, disponga de la madurez suficiente como para tomar decisiones que afecten a su vida y ello a pesar de disponer solo de una capacidad de obrar limitada, pues dicha capacidad será plena una vez que se alcance la mayoría de edad.

La segunda conclusión a la que se ha llegado es que, independientemente de la edad del menor, el consentimiento que este preste no será suficiente para eliminar la tipicidad de la conducta en la modalidad de traslado porque el tipo exige que dicho consentimiento emane de una de las siguientes fuentes: el otro progenitor, la persona a la que se le ha atribuido la guarda o custodia o la institución a la que se le haya conferido dicha guarda o custodia. En suma, ya se trate del menor que es demasiado pequeño para tomar decisiones o del adolescente al que la legislación atribuye cierta capacidad de obrar y apto para tomar decisiones, el consentimiento emanado por el propio menor no es suficiente a efectos del tipo penal, dado el círculo reducido de personas aptas para consentir, dentro del cual no se ha contemplado al propio menor.

Una vez llegados a este punto, restaría preguntarse si existe alguna manera de que el consentimiento otorgado por el menor pudiera desembocar en una exclusión de la

[723] Afirma la en la SAP Sevilla núm. 308/2007, de 25 de junio, que, *ciertamente, la exigencia típica "sin causa justificada", exige un examen de cada caso concreto para determinar la concurrencia de tal requisito, máxime si tenemos en cuenta que de aplicar literalmente el precepto antes indicado, podría ir en contra del interés del menor que constituye su bien jurídico protegido, pues en atención a la pena establecida en el Código, quedaría inhabilitada la madre de la patria potestad y podría producirse un efecto negativo incompatible con el espíritu y finalidad de dicho precepto penal.*

tipicidad de la conducta o si, por el contrario, dicho consentimiento carece en términos absolutos de relevancia jurídica[724] y a ello se dedicarán las siguientes líneas.

En este estudio se defiende la idea de que el consentimiento otorgado por el menor con capacidad suficiente sí debería gozar de relevancia jurídica suficiente como para rechazar que la conducta sea típica y, por tanto, pueda ser de utilidad tanto para la modalidad de traslado (que es el que habla propiamente de la ausencia de consentimiento) como para la modalidad de retención. En línea con este pensamiento, hay quien considera que el delito no se producirá por falta de peligrosidad de la acción cuando el progenitor traslada al hijo que ya no desea seguir viviendo con el otro y presenta capacidad de juicio para tomar esa decisión, en tanto la opinión del menor cobra mayor relevancia a medida que va adquiriendo mayor capacidad de juicio[725]. Por su lado, la Jurisprudencia, en consonancia con esta idea, se vale no de la parte de la descripción típica que se refiere al consentimiento, sino de la redacción al principio del tipo, en el momento en que alude al progenitor que sin *causa justificada* lleve a cabo la conducta de sustracción.

En efecto, debe analizarse si el consentimiento del menor podría integrar una causa justificada. Ciertamente, el cauce correcto que debería seguirse desde el momento en que el menor decide pasar a convivir con el otro progenitor o no acudir con quien corresponda en cada momento, pasaría por iniciar un proceso civil que recogiese en una sentencia el cambio de circunstancias acaecido (ello cuando el régimen de custodia está plasmado en resolución judicial) pero, a pesar de que esto no ocurra, y teniendo en cuenta que el Derecho penal se basa en principios tan importantes como el principio de ofensividad al bien jurídico y el de intervención mínima, no debería considerarse relevante penalmente la conducta de trasladar o retener a un menor con capacidad de juicio suficiente como para consentir.

Si el menor vive, por ejemplo, con la madre, y decide (disponiendo de la madurez suficiente para ello) que prefiere convivir con el padre, que hasta ese momento tiene recogido en sentencia un régimen de comunicación, y el padre acepta, no debería poder decirse que el padre esté cometiendo un delito de sustracción de menores en la modalidad de retención e incumpliendo gravemente una resolución judicial. Ciertamente existe un incumplimiento de una resolución judicial porque el menor no llega a ser devuelto en el momento que esta determina, pero no se está cumpliendo porque el menor quiere y desea ese cambio de situación, por lo que imponer en esos supuestos un castigo tan severo que puede llegar a los cuatro años de prisión y a los diez años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no guarda, en absoluto, proporción con la conducta realizada. Lo mismo puede decirse cuando el menor no desea cumplir con el régimen de visitas, en cuyo caso se llegaría al insensato resultado de condenar al padre o a la madre por no forzar al hijo menor de edad a acudir a la visita prevista. La doctrina se muestra partidaria de no forzar al menor a comunicarse con el padre no custodio si no lo desea[726].

Realmente, si el menor posee capacidad de juicio adecuada para comprender lo que implica una ruptura de las relaciones con su padre o su madre, no habría razón para obligarle a hacer algo que no quiere. En caso contrario, puede que la existencia de esa

---

[724] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 302.

[725] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., p.13.

[726] MARTÍNEZ SAPIÑA, F. "El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos", *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis* (dir. VILADRICH BATALLER, P. J.), 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 351.

relación afectiva sea aconsejable aun en contra de los deseos del menor. En estos supuestos de menores con capacidad de raciocinio y, consecuentemente, en condiciones para decidir voluntariamente ese traslado o retención, la conducta debería estar justificada: se ha partido de la base de que el bien jurídico central de esta conducta debería ser el menor, la protección de su interés superior, si el menor puede decidir porque tiene madurez suficiente y esa decisión pasa por convivir con el otro progenitor, la conducta del padre o madre que traslada al hijo a petición o con el beneplácito del mismo o que lo "retiene"[727] no debería integrar un delito de sustracción de menores, delito que debería haber sido pensado y recogido penalmente para otro tipo de supuestos en los que claramente existiera una lesión del interés superior del menor.

Si el comportamiento de sustracción de menores exige que la conducta no esté justificada pero el menor consiente pudiendo hacerlo, la misma pasaría a estar justificada y, comoquiera que la ausencia de causa de justificación en este delito concreto constituye un elemento del tipo, ello constituiría directamente una causa de exclusión de la tipicidad. Eso lleva a afirmar que el consentimiento de un menor que presente madurez de juicio suficiente debería gozar de relevancia suficiente no para cumplir la parte del consentimiento de la modalidad de traslado del delito de sustracción de menores, pero sí para descartar la relevancia penal de la conducta al aparecer una causa por la cual dicha conducta se ha cometido[728].

Desde otras posiciones, se aboga por aplicar la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código en estos casos, en relación con la eximente incompleta del artículo 21.1[729] con base en el cumplimiento de un deber, cuando el menor sea auxiliado y se le dé cobijo una vez que este decide abandonar el domicilio habitual y ello porque, en el momento en que no se entregue a quien corresponda, puede producirse un delito por la modalidad de retención[730].

Ahora bien, la importancia que tiene el hecho de que el propio menor consienta en ese traslado o retención cuando tiene capacidad de obrar suficiente para que el consentimiento sea válido jurídicamente debería formar parte del tipo de manera expresa. Por ello, de *lege ferenda* se solicita una modificación del tipo, de manera que se incluya, al menos, una referencia al consentimiento del menor cuando alude al consentimiento que determina la atipicidad de la conducta: el otorgado por el otro progenitor o la persona o institución encargada de la guarda o custodia de aquel, debiendo extenderse también al supuesto de retención.

Carece de sentido que toda la legislación que se ha mencionado a lo largo de este trabajo se oriente en la dirección de reconocer al menor cada vez mayor autonomía y capacidad de decisión conforme va creciendo hasta alcanzar la plena capacidad de obrar al cumplir la mayoría de edad y, sin embargo, su consentimiento a la hora de decidir algo

[727] Pongo "retiene" entre comillas porque si se cuenta con el consentimiento de una persona con madurez suficiente para consentir, como ocurre en los casos de adolescentes con cierta capacidad de obrar, ya no podríamos seguir hablando de retención, pues a nadie se le está reteniendo contra su voluntad, la persona (el menor con capacidad suficiente) desea estar en el sitio en el que se encuentra, no existe delito alguno.
[728] De la misma opinión, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., pp. 49-50.
[729] Como efectivamente hace la Jurisprudencia, en la SAP Burgos núm. 185/2009, de 9 de julio.
[730] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 302.

tan importante como la persona o el lugar en el que desea vivir (siempre que ello no le ocasione un perjuicio) no presente valor alguno[731].

Por consiguiente, si un menor de edad se encuentra sometido a la custodia de uno de sus progenitores y mantiene un régimen de visitas con otro y alcanza la madurez y edad suficiente para decidir por sí mismo y decide cambiar su lugar de residencia para convivir con el progenitor que hasta ese momento disfrutaba únicamente de un régimen de visitas, dicho progenitor no cometería una conducta de sustracción de menores si, finalizado el tiempo dedicado a las visitas, no devuelve al menor. Esto es así porque estaría actuando bajo una causa justificada, cual es que es el propio menor el que, con capacidad suficiente, ha decidido voluntariamente dejar de convivir con uno para convivir con el otro. Lo mismo cabe afirmar si el menor con capacidad suficiente no desea cumplir el régimen de visitas.

En este supuesto, a lo sumo, podría pensarse en un delito del artículo 224 CP si efectivamente hubiese habido algún tipo de inducción del progenitor al hijo a vulnerar el régimen de custodia establecido judicial o administrativamente. En caso contrario, no existiría responsabilidad penal alguna, con independencia de que esta situación debiera solventarse en vía civil solicitando el progenitor un cambio de regulación al haber alcanzado el menor capacidad suficiente para decidir por sí mismo y desear cambiar su lugar de residencia[732]. Una vez iniciado el trámite, será la autoridad judicial la que determine si este cambio se concede o no, atendiendo al interés superior del menor, pero, en principio, dichos supuestos no deberían presentar trascendencia penal, pues no es que la conducta se encuentre amparada en una causa de justificación (por ejemplo, un estado de necesidad) sino que desde el principio es atípica.

Existen resoluciones judiciales que avalan esta postura. Así, se confirmó el sobreseimiento provisional dictado por un Juzgado de Instrucción respecto de un delito de sustracción de menores en un caso en que, ostentando el padre la guarda y custodia de los dos hijos menores, se denunció a la madre por un delito de sustracción de menores al mantener a los dos niños viviendo con ella. Estos contaban con 16 años cuando se les realizó una exploración psicológica y declararon que se habían ido de casa de su padre porque se encontraban mal allí y que estaban viviendo con su madre porque así lo deseaban[733]; o con ocasión de un recurso de apelación[734], donde la Audiencia hace especial hincapié en la presencia o ausencia del dolo característico del delito del que se

[731] Obviamente, si la convivencia con el progenitor que no tiene atribuida la custodia en el momento de la sustracción le resulta perjudicial por la existencia de malos tratos o de una esfera que realmente pueda causarle graves perjuicios, habrá un conflicto de intereses entre lo que el menor con capacidad de decisión desea y lo que marca su interés superior, en cuyo caso debemos siempre decantarnos por el interés superior del menor, al ser estimado de consideración primaria en la legislación que venimos estudiando. En estos supuestos, se debe actuar en contra de los deseos del menor, por mucho que este tenga capacidad suficiente para decidir, en tanto en cuanto, su decisión le reportará perjuicios que el sistema judicial español debe a toda costa evitar. Pero esto se hará ya en el orden civil, competente para solventar este tipo de situaciones. Empero, si ese cambio de un progenitor a otro (o de la persona que se encargue de la guarda y custodia al menor al progenitor, en principio, sustractor) no le reporta perjuicios graves y el menor tiene capacidad suficiente como para decidir acerca de este extremo, su consentimiento debería ser tenido en cuenta y, para evitar que a dicho consentimiento se le otorgue relevancia o no dependiendo de la interpretación judicial que en cada momento se realice del tipo y, en concreto, de la cláusula "causa justificada", lo ideal sería que se incluyera de forma expresa en el mismo.

[732] Así también, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., pp. 71-72.

[733] SAP Barcelona, núm. 108/2018, de 14 de febrero.

[734] SAP Vigo núm. 293/2016, de 16 de junio.

viene hablando, consistente en la intención de privar al otro progenitor de relacionarse con el menor. Sin embargo, en este caso era el propio menor de 12 años el que se fue voluntariamente con su padre, sin romper en ningún momento las relaciones con la madre, a la que veía regularmente y con la que pasaba periodos vacacionales. Así las cosas, no se consideró que el bien jurídico protegido se hubiera visto lesionado. Además, el menor seguía viviendo en la misma ciudad, acudía al mismo centro escolar y ello permitía apreciar que su esfera de protección no había desaparecido, sin que se pudiera tampoco inferir un deseo por parte del padre de separarlo del entorno materno. Por ello, la Audiencia acaba indicando que los hechos no son subsumibles en el tipo penal y que se trata de una situación que posee mejor acomodo en vía civil, recalcando que el padre ha actuado bien, pues tampoco debería acudirse a la fuerza para obligar al menor a regresar con la madre cuando este, con capacidad para decidir, no deseaba hacerlo.

También se ha adoptado este criterio dentro de la esfera de casos en que ambos progenitores conjuntamente llevan a cabo la conducta[735]. Así, el 20 de enero de 2016 se dictó una resolución por parte de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña declarando el desamparo de una menor, Gloria. Esta fue trasladada a un centro de acogida. En febrero del mismo año, se habilitó un régimen de comunicación con la familia, de manera que Gloria podía pasar un día a la semana con sus padres, incluyendo pernocta, desde el sábado por la mañana, hasta el domingo por la noche. Durante la Semana Santa, los padres podían permanecer en compañía de Gloria durante 4 días. Pero, en lugar de cumplir el régimen, aprovecharon para trasladarla a Marruecos sin consentimiento del centro y ya no regresaron a España hasta diciembre de ese año, momento en el que Gloria ya había alcanzado la mayoría de edad. El Juzgado de lo Penal número 3 de Tarragona condenó a ambos por un delito de sustracción de menores a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión y ocho años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (debido al componente internacional, que agrava la pena). En apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona cambia el criterio del Juzgado y se centra en determinados elementos: en primer lugar, no se puede acreditar que los padres pudieran conocer el alcance de la resolución ni las consecuencias del incumplimiento debido a las grandes dificultades idiomáticas y culturales que aquellos presentaban; en segundo lugar, recuerda que Gloria contrajo matrimonio durante su estancia en Marruecos y que esta contaba con 17 años y medio, siendo que la menor había declarado haberse marchado voluntariamente del país y haber contraído matrimonio también de manera voluntaria, volviendo luego con su marido a territorio español. Todos estos datos le llevan a concluir que los padres no deben quedar sujetos a responsabilidad penal. Estima el recurso de apelación y absuelve del delito de sustracción de menores.

De nuevo, se vuelve a ver que los tribunales tienen muy en cuenta la edad de los menores y es que no puede ser de otra manera, dado que, cuando alcanzan la adolescencia, su capacidad les permite tomar buena parte de sus decisiones. Durante el traslado, Gloria casi era mayor de edad y su voluntad de irse con sus padres y no permanecer en el centro de acogida fue determinante para que los padres fueran exentos de responsabilidad penal, lo que nos lleva a confirmar que este tipo de supuestos son atípicos porque existiría una causa justificada que impediría la aparición de todos los elementos del delito: el consentimiento del menor con capacidad suficiente para prestarlo.

[735] SAP Tarragona núm. 488/2018, de 9 de noviembre.

En otro orden de cosas, debe mencionarse que, en el ámbito de las antiguas faltas, también llegó a utilizarse el argumento del consentimiento del menor para suprimir la responsabilidad penal, eximiéndose de responsabilidad penal a una madre acusada de haber incumplido el régimen de visitas establecido a favor del padre en virtud del derogado artículo 622 CP (y condenada), señalando al mismo tiempo que tampoco cabría aplicar el derogado artículo 618.2 CP, por cuanto la madre no actuó dolosamente, dado que fue el menor (de catorce años) el que se negó a irse con su padre y así se lo hizo saber[736].

Por consiguiente, doctrina y Jurisprudencia abogan por incluir el consentimiento del menor con capacidad suficiente para tomar decisiones como una causa justificada, lo que conllevaría la atipicidad de la conducta al quedar ausente uno de los elementos del tipo, contando esta opinión incluso con respaldo normativo supranacional, en vista de que el artículo 13 del propio Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores se refiere a la posibilidad de que el propio menor con capacidad suficiente se oponga a la restitución, lo cual debe ser tenido en cuenta para denegar el retorno, argumento este recogido en distintas resoluciones judiciales[737]. Si el propio Convenio de La Haya cuenta entre las excepciones de traslado o retención ilícitos con el propio consentimiento del menor afectado, siempre que este pueda decidir dada su edad y grado de madurez, es lógico realizar un paralelismo entre la ley supranacional y la nacional y que se decida entender que ese consentimiento sería una causa justificada que determinaría la atipicidad de la conducta de sustracción de menores, al no cumplirse con uno de los elementos que el tipo recoge, cual es, la inexistencia de una causa que sirva de justificación a la conducta.

---

[736] SAP Madrid, núm. 305/2007, de 3 de septiembre.

[737] Así ocurre en el AAP Sevilla núm. 233/2004, de 28 de mayo. El caso que en ella se expone es el de un menor que residía con el padre en Francia, pues los tribunales franceses le habían otorgado a este la guarda y custodia del hijo en dos distintas instancias. Finalizado el periodo de vacaciones atribuido a la madre, esta no procede a la restitución del menor, motivo por el cual es denunciada por el padre. El Tribunal explora al menor antes de pronunciarse. Durante dicha exploración, el menor manifiesta su deseo de no volver con el padre a Francia, indicando que había sido maltratado de obra reiteradamente tanto por el padre como por la pareja de este, motivo por el cual quería quedarse con su madre. Junto a la declaración, se aportó un informe psiquiátrico en el que se ponía de manifiesto la presencia de pensamientos negativos y de una depresión que se acentuaba ante el miedo que sentía el niño de separarse de la madre. En un intento del Tribunal de cerciorarse de que ese informe era cierto, ordena que el menor sea explorado también por el médico forense. En este segundo informe, se indica que el menor se encontraba perfectamente adaptado a la situación actual en la que se encontraba (con su madre), al tiempo que se confirmaba la capacidad que presentaba para valorar las circunstancias y decidir en consecuencia. Finalmente, la Audiencia Provincial alude al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, determinando atípica la conducta por concurrir causa justificada; o en el AAP Jaén núm. 115/2001, de 23 de julio, que deniega la restitución de un menor solicitada a través del mecanismo previsto en el Convenio de La Haya. Este supuesto trata de una pareja separada, residiendo la menor con la madre en Francia y el padre en Torredonjimeno (Jaén). Por Sentencia francesa se adjudicó al padre un régimen de estancia con la menor. Estando la niña desarrollando ese régimen de comunicación con el padre en Torredonjimeno, llegó la madre a recogerla y el padre no se lo impidió, sino que fue la propia menor la que se negó a irse con su madre. Esta volvió a Francia y regresó a España a recoger a la niña en navidad, negándose la menor nuevamente a abandonar el territorio español. Estas circunstancias llevaron a la autoridad judicial a considerar que no existía retención ilegal. La madre interpuso recurso contra esta resolución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Martos (Jaén), considerando que el Juzgado estaba cometiendo una invasión en competencias que no le correspondían, pues en materia de patria potestad eran competentes los tribunales franceses. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Jaén confirma la resolución de instancia, amparándose en el artículo 13 del Convenio de La Haya.

De hecho, ya se ha visto que otros Ordenamientos conciben esta posibilidad, siendo que el sistema penal italiano ha previsto un tipo privilegiado para el caso de que se cuente con el consentimiento del menor mayor de catorce años (artículo 573 del Código Penal italiano). Ciertamente, este consentimiento no sirve para conseguir una exención de pena, pero sí para ver una rebaja con respecto a los casos en que ese consentimiento no existe o proviene de un menor demasiado joven para emitirlo. Sin embargo, en España no se observa alusión alguna a ese consentimiento y el legislador debería arbitrar alguna solución, en línea con los Convenios de los que el propio territorio español forma parte.

### *7.4 El elemento subjetivo del tipo*

#### 7.4.1 El dolo

Sin duda uno de los interrogantes que ha traído a los académicos de cabeza a lo largo de los últimos siglos ha sido el relativo a la ubicación del dolo. Existen posiciones para todos los gustos: dolo como forma de culpabilidad; dolo como elemento del tipo; dolo como parte esencial del tipo, pero igualmente relevante en la culpabilidad; distinción entre dolo y voluntad, con ubicación sistemática diferente; separación del dolo y de la conciencia de la antijuridicidad situándose ambos en la culpabilidad o encontrándose el primero en la tipicidad y en la culpabilidad[738].

MORILLAS CUEVA[739] atribuye a GALLAS la idea original de atribuir al dolo una doble función a la hora de concretar el desvalor global de la conducta intencional, por lo que sería al mismo tiempo un elemento del tipo de injusto y un aspecto de la culpabilidad del autor, planteándose la posibilidad de que en el tipo de injusto el dolo fuese portador del sentido subjetivo de la acción, de la finalidad, y, en la culpabilidad, el dolo fuese la expresión de la realización consciente del tipo tradicionalmente unida a una actitud contraria o indiferente hacia el Derecho[740].

---

[738] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 298.

[739] MORILLAS CUEVA, L. "La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, pp. 30-31.

[740] MORILLAS CUEVA expone en "La doble posición del dolo…", Ob. cit., pp. 31-39, con la precisión que le caracteriza, algunos autores que han abogado por desdoblar el dolo y otorgarle más de una función:

- SCHMIDHÄUSER realiza el siguiente desdoblamiento del dolo: por un lado, estaría la voluntad, quiere decirse, la intencionalidad, que se ubicaría en el injusto; y por otro lado, se situarían el componente intelectual y la conciencia de la antijuridicidad, que se ubicarían en la culpabilidad.
- JESCHECK-WEIGEND también otorgan una doble posición al dolo: este sería el núcleo central del injusto típico de la acción como factor directivo del comportamiento; pero también es un elemento de la culpabilidad como resultado final del proceso de formación de la voluntad.
- Incluso ROXIN entiende que el dolo puede ser significativo en distintos contextos. Así, estima que es esencial en el tipo porque sin él no es posible precisar la descripción legal del delito en la forma exigida por el Estado, pero también en el seno de la culpabilidad porque sirve para delimitar la forma más grave y la forma más leve de esta.
- WESSELS-BEULKE también atribuyen al dolo una doble posición al establecer un paralelismo entre la tipicidad como indicio de la antijuridicidad y el dolo del tipo, como rasgo del injusto, como indicio para el tipo de culpabilidad.
- Autores italianos como FIANDACA-MUSCO siguen la línea establecida por ROXIN y estiman que el dolo es un elemento del hecho típico porque la voluntad criminal es relevante no solo en sí misma, sino también porque se traduce en realización; y también sirve para connotar la forma más grave de culpabilidad, en tanto en cuanto la conducta dolosa engloba un ataque más intenso hacia el bien jurídico protegido que la culposa, si bien estos autores italianos otorgan una posición privilegiada al dolo en la culpabilidad mientras que los autores alemanes suelen centrarse en su análisis dentro del tipo de injusto.

El autor en cita ha explicado, asimismo, el contexto en el que aparece la teoría de la doble posición del dolo: por un lado, se encuentran aquellas posiciones que, si bien no se adscriben puramente a la teoría de la acción finalista, aceptan sus consecuencias más importantes, como es la presencia del dolo en el tipo subjetivo; por otro lado, también existen posiciones cercanas a las posturas más clásicas, aunque con hipótesis más actualizadas; pues bien, es en este contexto de acercamiento (con los lógicos distanciamientos que cabe esperar entre ellas) entre las distintas posiciones en el que aparecen las propuestas de doble posición del dolo y la imprudencia, propuestas que han sido defendidas por un relevante sector doctrinal aunque no han recibido la acogida que merecen[741].

Esta doble posición del dolo (y de la imprudencia) supone atribuir a dichos elementos un doble papel funcional en la teoría del delito: "por un lado, es un elemento constitutivo del injusto típico, como factor relevante de la conducta realizada, pues la dirección lesiva de aquella delimita el contenido del dolo o, en su caso, de la imprudencia, coadyuvando a significar así los contornos de la tipicidad; por otro, como nivel autónomo de la culpabilidad, supone un postulado básico para concretar el juicio de reproche que supone la culpabilidad y graduar dicho juicio: el que actúa dolosamente lesiona o pone en peligro más intensamente el bien jurídico protegido, por lo que requiere una mayor reprochabilidad que el que lo hace con imprudencia. Dicha doble posición del dolo, asentada en la idea del dolo como un todo, aunque con diversas intensidades, marca la diferencia del injusto y al mismo tiempo el reproche culpabilístico, en el que se presenta con autonomía propia"[742].

El hecho de adjudicar al dolo una doble posición permite solventar los problemas anteriormente apuntados a los que debían hacer frente tanto la teoría clásica o neoclásica como la finalista. No existe una necesidad de ubicar el dolo exclusivamente en el tipo o exclusivamente en la culpabilidad, pues solo otorgándoles esa doble posición conseguiremos extraer la completa dimensión de ambos elementos. En el tipo, el dolo y la imprudencia son necesarios dado que, en esta primera ubicación, ayudan a determinar con precisión el contenido y alcance de la conducta. En la culpabilidad, nuevamente se acude al dolo y la imprudencia (es donde presentan su máxima expresión) para conocer el grado de reprochabilidad que puede recaer sobre el sujeto, implicando el dolo un grado mayor de lesividad hacia el bien jurídico que merece, en consecuencia, una pena de mayor gravedad.

Con todo, la doctrina ha criticado la teoría de la doble posición del dolo con base, entre otros argumentos, en la imposibilidad de ubicar tal elemento en dos escalones distintos

---

- En España también pueden encontrarse posiciones cercanas a la doble posición del dolo: MIR PUIG distingue tres niveles de dolo: el dolo típico, que solo exige conocimiento y voluntad del hecho típico (se estudia en el tipo); el dolo referido al hecho típico, que expresa el dolo sin que aparezca una causa de justificación (se estudia en las causas de justificación); y el dolo completo, que engloba el conocimiento de la antijuridicidad y que se exige para imputar personalmente la antijuridicidad penal. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS, en un intento de no quedarse anclado en las teorías neoclásicas ni tampoco abrazar el finalismo, considera que el dolo no se agota en la antijuridicidad, pues se requiere conciencia de la antijuridicidad y capacidad de actuar de otra manera, elementos que se estudiarán en la culpabilidad y cuya ausencia no determina la pérdida del carácter antijurídico o injusto de la acción.

[741] MORILLAS CUEVA, L. "La doble posición del dolo…", Ob. cit., pp. 29-30.

[742] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 322.

de la teoría del delito[743]. Esta crítica no se sostiene pues, como se ha apuntado anteriormente, es perfectamente compatible la posición del dolo en distintos escalones y, de hecho, solo mediante la ubicación doble podrá extraerse toda la dimensión que aquel comprende.

Por tanto, el tipo de sustracción de menores incluye, como delito doloso, el dolo en el tipo, si bien será en la culpabilidad donde dicho elemento presente su máximo apogeo, por lo que será en el juicio de culpabilidad donde se analice con mayor detenimiento.

### 7.4.2 La intención de apoderamiento definitivo

Se discute si el tipo requiere un elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del sujeto activo de separar al menor definitivamente del otro progenitor, de propiciar una ruptura definitiva de los vínculos que mantiene el menor con el progenitor no sustractor (o con la persona encargada de su cuidado), ya sea el custodio como el no custodio[744].

Si se observa la gravedad de las penas incluidas en el tipo, que puede llegar hasta los cuatro años de prisión y hasta los diez años de inhabilitación, una conducta nimia no sería apropiada para integrar el delito. El principio de proporcionalidad, entre otras cosas, dictamina que debe existir una proporción entre la gravedad de la conducta y la gravedad de las penas[745]. Es por ello que un simple retraso en el reintegro del menor o un mero cambio en los días que corresponden, aunque no exista beneplácito del otro progenitor o tutor[746], no deben dar lugar a un delito de sustracción, la pena sería absolutamente desproporcionada en comparación con la escasez de gravedad de la conducta.

Ha de concretarse si la sustracción expresa un tipo penal que gira alrededor de la intención del sustractor de romper el vínculo entre el menor y la persona a la que corresponda la compañía o el cuidado de aquel en el momento de la sustracción. No obstante, lo cierto es que el tipo no exige que el sustractor desee romper todo vínculo entre el menor y la otra persona, frecuentemente el otro progenitor, impidiendo el contacto entre aquellos, ya sea mediante el traslado o la retención del menor.

Sin embargo, para parte de la doctrina, el sujeto activo "no busca un mero incumplimiento temporal del régimen de visitas, sino la creación de una situación de hecho duradera en el tiempo, teniendo por objeto alterar y pervertir con carácter de permanencia el régimen de custodia que había establecido"[747]. Esta opinión se sostiene sobre la base de que solo el progenitor no custodio puede ser sujeto activo de la conducta (algo que ya no puede defenderse tras la reciente reforma), pero, aun así, no cabe exigir un elemento subjetivo que el tipo no recoge expresamente, de ahí que se deba tener especial cautela a la hora de la aplicación del delito, dada la gravedad de las penas que contempla.

---

[743] PRAMBS, C. "Qué es el dolo penal y qué es el error penal", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 10, 2008, p. 84.
[744] A favor de esta postura, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 56 y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos ....* Ob. cit., p. 304.
[745] MIR PUIG, S. *Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 138.
[746] De la misma opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 300.
[747] MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos ...,* Ob. cit., p. 865.

Al hilo de la idea de que la conducta debe presentar cierta entidad para integrar el delito de sustracción de menores, no solo por respeto al principio de intervención mínima, sino también por respeto al principio de proporcionalidad (dado que las penas previstas para dicho delito no son para nada irrisorias), se expresa claramente la Jurisprudencia en variadas resoluciones. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, exige una cierta entidad en el comportamiento para poder integrar el tipo, en virtud del principio de intervención mínima[748]. Igualmente, el Tribunal Supremo también afirma que el delito no quedará perpetrado por cualquier conducta nimia que desconozca el derecho de custodia[749].

En cuanto a la existencia del elemento subjetivo del injusto, existe un gran número de resoluciones judiciales que lo exigen. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona niega la responsabilidad penal por sustracción de menores al tener el padre intención de devolver al menor, si bien no lo hizo justo cuando correspondía, tras el periodo de visitas[750]; lo mismo que la Audiencia Provincial de Madrid en el caso de un padre que traslada a los niños unos días antes del periodo que le corresponde, pero con la sola intención de pasar con ellos un tiempo de vacaciones, reintegrándolos a la madre cuando tal período

[748] Indica la SAP Madrid núm. 203/2007, de 8 de junio, que *solamente son punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos mas graves e intolerables para la convivencia.* [...] *En el presente caso, y a la vista de lo alegado por el recurrente y de la conducta que llevó a cabo la denunciada, entendemos que tales hechos, de haber ocurrido así, no tienen por así decirlo, la entidad suficiente como para poder calificarlos como de un delito de sustracción de menores en grado de tentativa del artículo 225 bis 1 del C. Penal, pues no se llegó a realizar ningún acto material consistente o tendente a sustraer a los menores de la custodia que en ese momento tenía el otro progenitor, debiendo aplicarse dicho precepto, tal y como señala la última de las sentencias citada, en aquellos supuestos que tengan una gravedad acreditada y que no se trate de meros incumplimientos o irregularidades en las relaciones paterno-filiales, debiendo existir una verdadera privación de la custodia respecto a los menores y un real alejamiento de la esfera de protección del otro progenitor que en un momento dado pueda tenerlos consigo.*

[749] STS 339/2021, de 23 de abril.

[750] Según la SAP Barcelona núm. 220/2007, de 15 de marzo: *Dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo* [...] *No caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquéllas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un periodo 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.* Este mismo argumento puede encontrarse en la SAP Madrid núm. 344/2018, de 5 de junio; en la SAP Burgos núm. 403/2018, de 8 de mayo; en la SAP Gerona núm. 404/2018, de 10 de agosto; en el AAP Lleida núm. 527/2011, de 14 de febrero; en la SAP Álava núm. 286/2013, de 11 de septiembre; en la SAP Almería núm. 133/2013, de 10 de mayo.

finaliza[751], exigiendo esa intención de quedarse definitivamente con el menor [752]; y al igual que la Audiencia Provincial de Zaragoza[753], que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de sobreseimiento provisional por un delito de sustracción de menores[754] en un caso en que la madre había denunciado al padre por presuntamente retener a los hijos sin su consentimiento y ello porque no consta que el denunciado pretendiese apartar definitivamente a los hijos de la madre.

Con todo, también es posible encontrar resoluciones judiciales que rechazan la exigencia de un especial elemento subjetivo concretado en la intención de apoderamiento definitivo del menor por parte del sustractor. Por ejemplo, así lo indica la Audiencia Provincial de Orense, que concluye que *la "aspiración de permanencia", debe ser puesta en relación con la gravedad y duración de la sustracción, y no con un especial ánimo subjetivo que introduzca un dolo cualificado en la comisión del hecho delictivo*[755], argumento que fue reiterado por la Audiencia Provincial de Madrid, en el caso de una madre que no devuelve a la hija al padre custodio y se mantuvo en paradero desconocido con ella durante dos meses[756]; o la Audiencia Provincial de Asturias, que niega este requisito porque ni el tipo lo exige ni es compatible con la existencia del tipo privilegiado[757].

---

[751] En la SAP Madrid núm. 169/2008, de 5 de marzo, se expone que *debe tenerse en cuenta que el principal interés tutelado por este precepto es el del menor y que debe valorarse la conducta enjuiciada desde esta perspectiva. En este caso, los menores, ciertamente, fueron trasladados desde su entorno habitual cinco días antes de lo acordado por los progenitores para el disfrute del período vacacional de sus hijos* […] *pero el referido traslado se produce, en todo caso, durante el período de vacaciones, por lo que no se le ha ocasionado perjuicio en el ámbito escolar, habiendo permanecido en casa de sus abuelos paternos, en un pueblo de la provincia granadina. También hay que valorar que desde el primer momento la madre sabe que los menores están con el padre, porque así se lo manifiesta el abuelo de éstos en cuya presencia se produce la recogida y traslado de los menores.*

[752] Según el AAP Madrid núm. 622/2006, de 11 de diciembre, *la norma presupone, por tanto, una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo,* ***de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal.***

[753] AAP Zaragoza, núm. 887/2011, de 27 de diciembre.

[754] Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Zaragoza con fecha de 28 de septiembre de 2011.

[755] SAP Orense núm. 47/2018, de 15 de febrero.

[756] Así, en la SAP Madrid núm. 344/2018, de 5 de junio, la custodia de una menor había sido atribuida al padre y la madre no solo no entregó a la menor al padre para cumplir con la resolución judicial, sino que dejó de llevarla al centro escolar y se mantuvo en paradero desconocido durante más de dos meses, entregándola finalmente. La Audiencia Provincial mide la gravedad de la conducta en función del tiempo en el que la madre ha estado privando al padre de la compañía de la menor y se pronuncia en los siguientes términos: *la acusada permaneció en paradero desconocido e interrumpió las relaciones paterno filiales durante un tiempo superior a dos meses, sin que hayamos conocido dónde y qué hizo con la menor. Este dilatado periodo temporal de total ocultación, califica la gravedad de la conducta.*

[757] La SAP Asturias núm. 23/2013, de 7 de febrero, rechaza literalmente la exigencia del apoderamiento definitivo *porque a) en ninguna parte del precepto citado se exige una intención de apoderamiento definitivo, b) la palabra " sustracción " no implica tal intención, ni literalmente, en ninguna de sus acepciones -"Diccionario de la Lengua Española" de la Real Academia Española- ni interpretado lógica y sistemáticamente -véase, por ejemplo, el artículo 244 del Código Penal , que castiga la sustracción de un vehículo de motor sin ánimo de apropiárselo, sólo para su "uso" y devolviéndolo en 48 horas; otro ejemplo, el artículo 289 del mismo Código , en el que evidentemente la " sustracción " no puede ser con intención de apoderamiento definitivo porque la cosa objeto del delito ya es "propia" del autor y ya está en su poder físico o/y jurídico (porque si no, no podría apartarla o sustraerla de su fin social o deber*

En un reciente pronunciamiento, el Tribunal Supremo ha afirmado que es suficiente la concurrencia de un dolo general que abarque la conciencia y voluntad de trasladar o retener[758]. Así las cosas, la conducta debería integrar cierta entidad para justificar la gravedad de las penas, por lo que los supuestos de meros retrasos o de incumplimiento puntual de un régimen civil, deben regirse por lo dispuesto en dicha rama, debiendo reservarse el Derecho penal para los atentados más graves. Realmente el Derecho penal sirve como *ultima ratio*, de forma que solo se puede acudir a él cuando no existe un mecanismo menos gravoso para proteger el bien jurídico[759]. Si no se exige de manera expresa el elemento subjetivo del injusto, no se puede inventar uno, pues no existe ningún indicio en la redacción del que pueda derivarse tal elemento. Además, requerir que el apoderamiento sea definitivo podría propiciar incluso la no aplicación del tipo, dada la dificultad probatoria de la idea del sustractor, si pensaba quedarse con el menor durante poco tiempo o de forma definitiva.

Es peligroso exigir elementos típicos distintos a los previstos en el propio precepto, sobre todo aquellos que pertenecen a la propia psique del sujeto activo. Es cierto que existen indicios que pueden hacer pensar que el sujeto solo quería pasar unos días con el menor e indicios que inclinan la interpretación hacia una intención de adueñarse del menor de manera definitiva. Si se exige la presencia de un especial ánimo en el sujeto activo, un apoderamiento definitivo, debería arbitrarse, asimismo, un concepto del mismo, debiendo precisarse si se identifica con una situación perpetua y a partir de cuánto tiempo cabe estimar que el apoderamiento es con intención de ser definitivo.

Estos son los inconvenientes de exigir un elemento subjetivo del injusto que no se encuentra en la redacción del tipo, pues se puede apreciar claramente que sería un nuevo concepto que debería integrarse por parte de la Jurisprudencia o de la doctrina especializada. Ello podría dar lugar a un sinfín de resoluciones judiciales en sentidos opuestos ante hechos muy similares, simplemente porque cada una atiende a un concepto distinto de apoderamiento definitivo.

Por otro lado, el hecho de que el legislador haya estipulado una excusa absolutoria para el caso de que la sustracción no sobrepase las veinticuatro horas y un tipo privilegiado para el supuesto de que aquella no supere los quince días hace pensar que el primero no tenía en mente tipificar solo aquellos casos de apoderamiento definitivo, sino todo tipo de supuestos, estipulando penas de distinta gravedad en virtud de la intensidad de la lesión al bien jurídico, penas que, por otra parte, son completamente desproporcionadas.

Por consiguiente, una vez que se verifica el traslado o la retención, se puede aplicar el precepto sin necesidad de exigir ningún elemento adicional[760], si bien es cierto que será

*legal)-, c) el tipo del número 1º del apartado 2 del artículo 225 bis, que es el aplicado en este caso, no emplea el término "grave" o "gravemente" para describir la conducta delictiva, y d) si el delito objeto de condena exigiese la intención de apoderamiento definitivo no existiría el subtipo atenuado del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 225 bis, aplicado también en este caso.*

[758] STS 339/2021, de 23 de abril.

[759] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit, p. 77.

[760] A favor de esta opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 301. En contra, exigiendo el elemento subjetivo del injusto, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción*…, Ob. cit., p. 103.

necesaria una mínima entidad, sin que un mero retraso pueda entrar, de ninguna manera, en el tipo[761].

## 8. Las causas de justificación

Como de sobra es conocido, el hecho de que una persona cometa una conducta subsumible en un precepto jurídico-penal no implica automáticamente la presencia de responsabilidad penal, pues es necesario que se demuestre también que dicha conducta es contraria a Derecho, quiere decirse, desaprobada por el Ordenamiento, pues puede tener cabida una causa de justificación.

De la misma forma que no cabe extraer que matar a alguien suponga siempre una acción contraria a Derecho, dado que dicha muerte ha podido producirse como consecuencia de una legítima defensa, momento en el cual se afirmaría que la conducta es típica pero no antijurídica, de suerte que la misma se encuentra amparada por una causa de justificación, el traslado o retención de un menor por parte del progenitor o los parientes que aparecen recogidos en el artículo 225 bis apartado quinto CP no siempre será una acción que contradiga al Ordenamiento jurídico, debiendo probarse la presencia de la antijuridicidad.

En palabras de ROXIN, las causas de justificación presuponen una situación en la que dos intereses colisionan entre sí de tal forma que solo puede prevalecer uno u otro, por lo que sirven para regular este tipo de conflictos que surgen precisamente porque el Ordenamiento hace prevalecer los intereses de mayor valor a costa del sacrificio de los intereses de menor valor[762].

De todas las circunstancias que el legislador ha clasificado como eximentes en el artículo 20, merecen una puntualización especial la cuarta, la quinta y la séptima, quiere decirse, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en tanto siempre cabría alegar que la sustracción ha obedecido a la defensa de los intereses del menor (si se encontraba en una situación peligrosa o dañina) o, subsidiariamente, la existencia de un estado de necesidad, también como forma de proteger al menor, sin olvidar la posible aplicación del cumplimiento de un deber puesto que la patria potestad no deja de ser ese deber de los padres con respecto a los hijos.

Toda causa de justificación debe contener elementos objetivos y elementos subjetivos[763]. Quiere decirse, para que una conducta pueda quedar amparada bajo una causa de justificación, deben estar presentes todos los elementos que objetivamente establece el Código Penal para cada una de ellas; y, adicionalmente, debe estar presente el elemento subjetivo consistente en que el sujeto sea consciente de que se encuentra dentro de la causa de justificación concreta, sin que sea posible aplicar la exención de responsabilidad si concurren los elementos objetivos pero el elemento subjetivo brilla por su ausencia porque no se puede ofrecer un mismo tratamiento punitivo para aquellos casos en los que el sujeto conoce la significación jurídica de la conducta que en aquellos

[761] En el mismo sentido, STERN BRIONES, E., si bien después indica que el traslado debe producirse con la aspiración de lograr una modificación del lugar de residencia habitual del menor, dos ideas que parecen un tanto contradictorias. En "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 9-10.
[762] ROXIN, C. "Causas de justificación…", Ob. cit., pp. 171-172.
[763] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., pp. 279-280.

otros en los cuales el sujeto no conoce que su conducta está enmarcada en una causa justificante. Por tanto, si el sustractor actúa en legítima defensa del menor, toda vez que aquel se encuentre en una situación de peligro, el elemento objetivo se conforma por esa situación peligrosa y el elemento subjetivo consistiría en el conocimiento de dicha situación por parte del sujeto activo del delito.

Pero es que, además, al ser la causa justificada que describe el tipo de alcance más amplio que la causa de justificación, albergaría supuestos que, quizá, no cabrían entre estas últimas, como podría ocurrir con la legítima defensa, si faltase la agresión ilegítima inminente y actual, si bien podrían ubicarse en el ámbito de esa causa justificada. En el caso de que existan malos tratos y que a causa de ellos, se produzca el traslado, puede que no quepa admitir una legítima defensa porque es probable que aquel se produzca fuera del preciso momento de la agresión ilegítima, donde ya no es aplicable dicha causa de justificación, debiendo apelarse más bien, en esos casos, al estado de necesidad, toda vez que se vulnerarían los derechos de responsabilidad parental del padre no sustractor para salvaguardar la integridad y el interés del menor expuesto a continuas situaciones de violencia. Empero, no es necesario entrar en las causas de justificación al contar con el elemento típico "causa justificada", que determina la atipicidad de la conducta cuando exista alguna razón que sirva para fundamentar el traslado o la retención.

Por consiguiente, ha de tenerse presente un elemento de vital importancia, en tanto el delito de sustracción de menores presenta la especialidad de que no admite, en principio, causas de justificación. Debido a que el tipo contiene un elemento típico consistente en la ausencia de una causa justificada, la concurrencia de la legítima defensa o de un estado de necesidad no servirán para justificar la conducta, sino para eliminar la tipicidad de la misma. Por consiguiente, estas causas que inicialmente constituyen para el grueso de los delitos tipificados en el Código Penal una causa de justificación, integran en el concreto delito de sustracción de menores una causa de atipicidad[764].

Así, si el sustractor lleva a cabo la conducta ante un peligro inminente del menor, por ejemplo, por malos tratos o abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el menor, la conducta será, en principio, atípica. Lo mismo ocurre con el estado de necesidad, pues su concurrencia determinaría la presencia de una causa justificada y, en consecuencia, la conducta del sujeto sería atípica. Será difícil en la práctica encontrar un supuesto que no sirva para integrar la causa justificada de la descripción típica pero, en cambio, sí pueda insertarse en alguna de las causas de justificación establecidas en el artículo 20, por lo que las actuaciones que, normalmente, actúan como causas de justificación en otros tipos penales, por lo común servirán para negar la tipicidad en el delito de sustracción de menores.

Consecuentemente, la participación en este tipo de supuestos implica que la causa de atipicidad se extenderá a los eventuales partícipes que hayan tomado parte en la sustracción. No puede ser de otra manera si se tiene en cuenta la accesoriedad de la participación, de forma que, si el autor del supuesto delito acaba cometiendo una conducta atípica, los partícipes deberán correr la misma suerte.

[764] En contra, defendiendo la posibilidad de aplicar causas de justificación, especialmente la legítima defensa o el estado de necesidad, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción*…, Ob. cit., pp. 113-115.

## II. EL JUICIO DE CULPABILIDAD

### 1. Introducción

Una vez realizado el juicio de antijuridicidad, el siguiente paso es el juicio de culpabilidad, juicio que recae sobre el propio autor del hecho delictivo de cara a poder reprocharle la conducta realizada[765]. En el juicio de culpabilidad se incluyen tres presupuestos: la imputabilidad, el dolo o la imprudencia como niveles autónomos de culpabilidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma[766].

A propósito del juicio de culpabilidad, MEZGER ha defendido la siguiente idea: "El juicio de culpabilidad y su desaprobación jurídica se refieren, en el caso concreto, al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), a los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad)"[767].

El principio de culpabilidad[768] debe interpretarse en un doble sentido[769]:

a. En relación con los presupuestos de la pena: impone que la pena solo sea aplicada si el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, actuar conforme a tal comprensión, el comportamiento debe haberse realizado a título de dolo o imprudencia y, si ha habido un error, este debe ser relevante.
b. En relación con la individualización de la pena: actúa como límite a la pena aplicable al autor, pues ha de existir proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche.

Como ha señalado la doctrina en relación con este segundo sentido (individualización), cuando se dice que la pena ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad, ello significa que la culpabilidad va a actuar como criterio regulador de la pena, no pudiendo esta rebasar el marco fijado por aquella, ejerciendo la función de regulación de la pena[770]. Por consiguiente, la culpabilidad no solo implica un reproche que cabe hacer a título de dolo o imprudencia, es decir, no solo sirve para saber si debe imputarse un determinado hecho delictivo doloso o culposo, sino que cumple otras funciones cruciales para poder completar la imputación objetiva de la conducta.

En primer lugar, la culpabilidad incluye la imputabilidad, dentro de la cual cabe hacer un juicio de valor acerca de la existencia de un conjunto de requisitos normativos y

---

[765] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…* (tomo I), Ob. cit, p. 211.
[766] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal …*, Ob. cit., p. 324.
[767] MEZGER, E. *Tratado de derecho penal* (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), Tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 52.
[768] Acerca del principio de culpabilidad, BACIGALUPO ZAPATER, E., ha aludido al relevante dato de que su importancia aparece realmente con el inicio de la democracia pues, antes de 1978, dicho principio carecía de relevancia trascendental y dependía del reconocimiento que quisiera atribuirle el legislador. En "Principio de culpabilidad e individualización de la pena", *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (coord. CEREZO MIR, J. *et al*.), Comares, Granada, 1999, p. 33.
[769] *Ibídem*, pp. 35-36.
[770] CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "El principio de culpabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (coord. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 89.

psicológicos de atribución subjetiva de la infracción penal por reunir las condiciones adecuadas y no existir impedimento para realizar el reproche al haber actuado el sujeto contra el Derecho pese a comprender la ilicitud del hecho y habiendo podido actuar conforme a tal comprensión[771]. En primer lugar, debe saberse si el sujeto era imputable, de cara a la posible imposición de una pena o, en su defecto, una medida de seguridad si el sujeto es inimputable o semiimputable y presenta peligrosidad criminal concretada en la posibilidad de producción de nuevos delitos.

En segundo lugar, la culpabilidad sirve como elemento de medición de la pena[772]. Cuando el juzgador va a imponer una determinada pena, se ve condicionado cuantitativamente por dos elementos: el marco penal previsto para el delito cometido y la medida de la culpabilidad. De esta forma, la pena no puede ser superior al marco penal previsto para la infracción de que se trate, pero tampoco puede ser superior a la culpabilidad del sujeto, de manera que no sería lícita una pena que no sobrepasase el marco punitivo establecido en el Código Penal o la Ley Penal Especial correspondiente pero que, sin embargo, traspasase los límites de la culpabilidad del sujeto.

Se ha atribuido al principio de culpabilidad penal la función de asegurar que, durante el proceso penal, el juez haya tenido convencimiento de la existencia del dolo o, al menos, de la imprudencia, excluyéndose aquel en supuestos de error sobre alguna característica del tipo, ya sea este vencible o invencible[773].

## 2. La culpabilidad en el delito de sustracción de menores

En torno al concepto de culpabilidad, se pueden encontrar distintas opciones[774]. MORILLAS CUEVA sitúa el fundamento de la culpabilidad en torno a dos elementos: el

[771] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…* (tomo I), Ob. cit, pp. 215-216.
[772] A este respecto, señalan ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., que la gravedad de la pena no debe sobrepasar la de la culpabilidad. En *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 65.
[773] VOGEL, J. "Dolo y error" (trad. VALLS PRIETO, J.), *Cuadernos de Política criminal*, núm. 95, 2008, pp. 6-7.
[774] Tradicionalmente se han ido sucediendo distintos conceptos de culpabilidad. Así, indica LACABA SÁNCHEZ, F., en relación con la concepción psicológica, que el concepto alude a la relación psicológica que une al hecho con su autor. El delito existía como resultado de una doble vinculación: relación de causalidad material (que daba lugar a la antijuridicidad) y la conexión de causalidad psíquica (que daba lugar a la culpabilidad). En "La culpabilidad y el error de prohibición", *Las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica: los límites de la culpabilidad. Enfermedad mental y capacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Cataluña, 2000, p. 14. Señala MORILLAS CUEVA las principales contra esta concepción son las siguientes: no concreta cuáles son los hechos psíquicos relevantes para la culpabilidad; se muestra insuficiente para mostrar la relación psíquica que une a un hecho con su autor en los casos de imprudencia; es incapaz de englobar toda la potencialidad de la culpabilidad como forma de graduar la responsabilidad, pues su contenido se reduce al dolo y la imprudencia, pero no incluye la imputabilidad ni las causas de exculpación. En *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 600-601. La concepción psicológica dio paso a la concepción normativa, explicando LACABA SÁNCHEZ, F., que, en esta concepción, el dolo y la culpa dejan de ser especies de culpabilidad y se convierten en elementos de la misma, planteándose que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad; el dolo o la culpa suponen voluntad defectuosa; e inexistencia de causas de exculpación. En "La culpabilidad …", Ob. cit., p. 15. Como señala SÁNCHEZ DAFAUCE, M., la culpabilidad se convierte en un juicio de reproche al autor de un delito por actuar de la manera en que lo hizo cuando tuvo la posibilidad de actuar de otra forma. En *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. et al.), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 173-174. El finalismo adoptó su propia concepción finalista de la culpabilidad, caracterizada por los siguientes elementos: imputabilidad como presupuesto de reprochabilidad; posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, con lo que el dolo pasa al tipo como dolo natural; y ausencia de causas de inculpabilidad. LACABA SÁNCHEZ, F. "La

poder actuar de otra manera, el poder evitar la realización de la conducta delictiva (aun partiendo de la dificultad de demostración de la libertad humana desde un punto de vista científico-natural) y el juicio de reproche. Para ello, parte de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) del individuo, capacidad que normalmente se concede a las personas, salvo que se hallen inmersas en estados carenciales psíquicos o alteraciones que les impiden respetar las normas; o en situaciones determinadas que neutralizan la capacidad de autodeterminación y determinan que el sujeto quede exculpado al no poder exigírsele la realización de otra conducta. En lo que respecta al juicio de reproche, se trata de imputar al sujeto una conducta antijurídica que pudo no haber realizado habiendo actuado libremente[775].

Esta tesis, que se comparte, acaba arrojando como resultado una estructura tripartita de la culpabilidad: la imputabilidad (capacidad de la persona de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a tal comprensión), el dolo como nivel autónomo (en el delito doloso que es el que se está analizando) y la exigibilidad de otra conducta[776], que, en el concreto delito de sustracción de menores, se concreta en el hecho de que al sustractor se le pueda exigir una conducta conforme a la norma, quiere decirse, que el sustractor podría haber no llevado a cabo la acción típica, podría haber respetado la norma penal y, aun así, no lo ha hecho.

### *2.1 La imputabilidad del sustractor*

#### 2.1.1. Sustractor imputable

La imputabilidad puede definirse como la capacidad de actuar culpablemente, una capacidad que, en principio, es reconocida a toda persona por el mero hecho de ser inteligente y libre, quiere decirse, la imputabilidad presume los elementos de inteligencia y libertad: inteligencia para poder conocer el alcance de los hechos que se están realizando y libertad para poder acomodar la conducta propia a los dictados del Ordenamiento jurídico[777].

En definitiva, una persona imputable sería aquella persona que "reúne las características biopsíquicas que con arreglo a la legislación vigente le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos"[778].

Por tanto, la imputabilidad es la capacidad de comprender el alcance de los comportamientos que ejecutamos y de adaptar nuestra conducta a los postulados del Ordenamiento jurídico, en línea con lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal. Y ello presupone dos requisitos: libertad e inteligencia. En el momento en que la persona no posee la capacidad necesaria para comprender el significado de sus actos, careciendo,

---

culpabilidad …", Ob. cit., pp. 17-18. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., aclara que, de esta forma, la culpabilidad supondría un juicio de reproche por haber realizado un injusto cuando realmente el sujeto podría haber actuado de otra manera y los elementos del reproche serían la imputabilidad, que sería esa capacidad de poder actuar de otra forma; la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad, concretado en un conocimiento potencial, pues no importa si en el momento en el que el sujeto llevó a cabo la acción conoció o no la antijuridicidad de la misma, siendo lo relevante si pudo haberla conocido o no. En *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 86-87.

[775] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 633-635.

[776] *Ibídem*, p. 636.

[777] RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. - SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 448.

[778] *Ibídem*, p. 449.

por tanto, de la inteligencia requerida para tal empresa, la imputabilidad desaparece o, al menos, se reduce, dando lugar a la denominada inimputabilidad (en el primer caso) o semiimputabilidad (en el segundo).

La culpabilidad se enlaza con los conceptos de reprochabilidad y de responsabilidad, puesto que la culpabilidad no es otra cosa que la posibilidad de reprochar la conducta al sujeto, de hacer responsable al sujeto de los hechos cometidos y ello solo puede hacerse a partir del concepto de imputabilidad, ergo si la persona, ya de por sí, carece de la capacidad de responsabilidad necesaria, no se podrá afirmar su culpabilidad.

Es por ello que parece acertado establecer que la imputabilidad no es otra cosa que el hecho de reunir las características biológicas y psíquicas (biopsíquicas) que la legislación vigente exige para que a una persona se le pueda hacer responsable por los actos ejecutados. Y esas características giran en torno a los conceptos de libertad y de inteligencia, luego no solo se requiere la capacidad de conocer el alcance de los comportamientos, sino también la posibilidad de poder adaptar la conducta a los dictados normativos.

La imputabilidad ha de medirse en el momento de la comisión del hecho delictivo, ni en un momento anterior ni en un momento posterior[779]. Este dato es importante. Tanto la inteligencia como la libertad han de predicarse en el momento justo de la comisión del hecho delictivo. En caso contrario, la culpabilidad no podría afirmarse o excluirse[780]. Por consiguiente, es necesario que el sustractor, en el momento en que ejecuta el traslado o la retención, sea capaz de conocer que está actuando de manera ilícita, que posea capacidad de culpabilidad. En condiciones normales, si no existe ninguna causa que afecte a las facultades mentales o psíquicas del sujeto, ello será así, debiéndose aplicar la pena adecuada a la culpabilidad de aquel.

### 2.1.2. Sustractor inimputable o semiimputable

Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, "dado el fuerte componente afectivo y emocional que suelen presentar estas conductas, habrá que verificar cuidadosamente si se ha manifestado

[779] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal*..., Ob. cit., p. 191.

[780] Esto posee consecuencias penales y penológicas muy importantes. Por ejemplo, una de las razones de inimputabilidad es la minoría de edad penal, es decir, ser menor de catorce años, edad en la que el sujeto puede ser responsable penalmente, si bien hasta los dieciocho años, la respuesta penal será diferente, no existirá pena alguna, sino que le será impuesta una medida. Esto se refiere a la edad con la que cuenta el sujeto en el momento de la comisión del delito, sin que quepa ser considerado imputable al haber alcanzado dicha edad en el momento del enjuiciamiento o en algún momento del proceso penal. El punto de referencia es siempre la comisión del delito. En cuanto a otros trastornos mentales, la presencia de perturbaciones o de adicciones o síndrome de abstinencia, el resultado es el mismo que el que acaba de exponerse. La imputabilidad hace referencia a la capacidad del sujeto de conocer la significación antijurídica de la conducta y de actuar conforme a tal comprensión, es decir, requiere una inteligencia y una libertad que han de estar presentes en el momento en que se ejecuta el hecho típico. Esto es relevante porque, en ocasiones, y no en pocas, una persona que padece un trastorno mental o alguna otra enfermedad mental e incluso aquellas personas víctimas de alguna adicción o que sufren síndromes de abstinencia pueden presentar lo que se conoce como "periodos de lucidez". Este tipo de periodos se refieren a aquellos intervalos de tiempo (más o menos prolongados) en los que el sujeto es capaz de conocer las consecuencias de sus actos y de adaptar su comportamiento a las disposiciones de la norma. Es decir, durante los periodos de lucidez, el sujeto se vuelve imputable, aunque posteriormente, por efecto de esa enfermedad o adicción, torne a una situación de completa inimputabilidad.

en el sujeto activo alguna alteración psíquica, transitoria o permanente, que pudiera dar lugar a su inimputabilidad o semiimputabilidad de acuerdo a los arts. 20.1 y 21.1. Por las mismas razones habrá que atender a la posible presencia de la atenuante de estado pasional del art. 21.3"[781].

Si el sujeto se encuentra inmerso en alguna de las causas de inimputabilidad expresadas en el artículo 20 del Código Penal, por la cual sus facultades mentales se hayan visto mermadas, no podrá afirmarse la imputabilidad del sujeto y, en ese caso, tampoco será factible la imposición de una pena, sino que, a lo sumo, podría aplicarse una medida de seguridad. Se denomina medida de seguridad a aquellos "medios por los cuales se produce la privación de bienes jurídicos, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a quien es reconocido como criminalmente peligroso debido a la comisión de un hecho delictivo"[782]. Esto conforma un Derecho penal dualista, pues junto a las penas, existen sanciones de otra naturaleza[783].

Las medidas de seguridad se encuentran orientadas a las necesidades que presenta cada sujeto, de forma que no ocurrirá como en el caso de las personas imputables, que serán condenadas a penas muy semejantes, de la misma naturaleza, aunque la duración puede ser mayor o menor a criterio del juez. Esta idea se ilustra mejor con un ejemplo: en condiciones normales, sin concurrencia de causas de justificación ni de exculpación, cualquier persona imputable que cometa un delito de homicidio será castigada con una pena de prisión, de mayor o menor duración según las circunstancias del caso concreto, pero el homicidio contempla una pena privativa de libertad y todo el que incumpla el mandato normativo, será castigado con pena de prisión.

Pues bien, en el caso de las medidas de seguridad, esto no es exactamente igual, en tanto las medidas de seguridad se adaptarán a las necesidades de cada sujeto. Así, si en el caso anterior, el delito hubiese sido cometido por un sujeto inimputable, habrá que determinar, en primer lugar, el motivo de esa falta de imputabilidad, para luego decidir cuál de las distintas medidas de seguridad ofrecidas por el legislador en el artículo 96 CP es la más indicada para ese sujeto en concreto. Si, por ejemplo, lo que ha sucedido es que el sujeto ha cometido el delito debido a su fuerte adicción a las drogas, la medida más adecuada será la de internamiento en un centro de desintoxicación.

Como puede apreciarse, a diferencia de las penas, las medidas de seguridad se encuentran orientadas al delincuente, para lo cual será necesario primero identificar el problema que ha motivado su inimputabilidad y, luego, buscar la medida más adecuada. Puede afirmarse que el fundamento de las medidas es preventivo especial[784]. Asimismo, las medidas de seguridad no solo se diferencian de las penas en su naturaleza, en la posibilidad de imponer una u otra en atención a las necesidades del sujeto, sino también en que la comisión del delito no será suficiente para su imposición, requiriéndose, además, la existencia de peligrosidad criminal[785].

---

[781] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 303.
[782] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit, p. 517.
[783] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 355.
[784] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal …,* Ob. cit., p. 99.
[785] *Ibídem*, p. 11.

Cuando una persona imputable comete un delito, automáticamente sobreviene una pena una vez que queda demostrada su culpabilidad mediante el proceso penal correspondiente. Por cuanto concierne a las medidas de seguridad, no solo se requiere la comisión de un hecho delictivo, sino que el artículo 95 CP exige, asimismo, que el sujeto presente lo que se denomina peligrosidad criminal, que no es otra cosa que la probabilidad de comisión de nuevos delitos[786]. Por consiguiente, para que a un sujeto no imputable se le imponga una medida de seguridad, no será suficiente con la comisión de algún hecho delictivo, sino que también será necesario que presente peligrosidad criminal, es decir, que el sujeto presente probabilidad de volver a delinquir en un futuro. Esto expresa que el concepto central de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal[787].

De ahí puede extraerse que la peligrosidad criminal actuará como límite máximo de la medida de seguridad que ha de imponerse, pues si la peligrosidad criminal del sujeto desaparece, dicha medida debe ser alzada. Además, en el caso de que el sujeto sea inimputable y haya cometido un hecho típico y antijurídico, pero no presente peligrosidad criminal alguna, deberá quedar impune, pues no es posible aplicar una pena debido a esa falta de imputabilidad pero tampoco una medida de seguridad al no existir peligrosidad criminal.

Otro de los datos que es necesario aportar acerca de las medidas de seguridad es que estas no pueden ser más gravosas ni presentar una duración superior a la que tendría la pena que se aplicaría en el mismo supuesto pero a un sujeto imputable (artículo 95.2 CP). Por lo tanto, la medida de seguridad aplicable al sujeto solo podrá ser privativa de libertad (solo podrá imponerse algún tipo de internamiento) si la pena prevista para el delito cometido fuese privativa de libertad también[788].

El delito de sustracción de menores, está sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cuatro años. Ello expresa que, en el caso de que el sujeto sea declarado inimputable, se podrá imponer como máximo una medida de seguridad privativa de libertad de hasta cuatro años, siempre y cuando dicho sujeto presente peligrosidad criminal y hasta donde dicha peligrosidad criminal alcance. Por consiguiente, no existe inconveniente alguno en trasladar esa pena de prisión imponible para personas imputables a medida de seguridad para el caso de personas inimputables. En ambos casos, tanto la pena como la medida de seguridad podrían ser privativas de libertad, toda vez que el delito de sustracción de menores se encuentra castigado con una pena de prisión de hasta cuatro años, lo cual permite sin problemas la posible aplicación de una medida de internamiento (en el centro que se estime adecuado y si ello fuera necesario) para el sujeto no imputable, siempre y cuando se presente peligrosidad criminal. En caso contrario, al sujeto no le correspondería ni pena ni medida de seguridad alguna: la primera por su falta de imputabilidad y la segunda por su falta de peligrosidad criminal.

Pero si esa transposición de la pena de prisión al ámbito de las medidas de seguridad no presentaba obstáculo alguno por los motivos ya esgrimidos, no puede decirse lo mismo de la otra pena que prevé el precepto relativo al delito de sustracción de menores: la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

---

[786] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., pp. 353-354.
[787] *Ibídem*, p. 355.
[788] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 780.

El artículo 96 CP establece el catálogo completo de medidas de seguridad ofrecidas por el legislador. En el segundo apartado del precepto pueden apreciarse las medidas de seguridad privativas de libertad, tales como el internamiento en un centro psiquiátrico, en un centro de deshabituación o en un centro educativo especial. Se ha visto que esta serie de medidas de seguridad no suponen ningún inconveniente, pues su aplicación es factible al haberse previsto una pena de prisión para el delito de sustracción de menores, siempre y cuando, el sujeto presente peligrosidad criminal.

El problema acontece cuando se revisan las medidas de seguridad no privativas de libertad incardinadas en el tercer párrafo del precepto señalado, pues las mismas quedan reducidas a las siguientes seis: inhabilitación profesional, expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, libertad vigilada, custodia familiar, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

En principio, se trata de un catálogo bastante completo. No obstante, en lo que respecta a las medidas privativas de derechos, estas son muy reducidas, contemplándose únicamente la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. En ese caso, ¿qué ocurre con el resto de privaciones del derecho que pueden imponerse de resultar imputable el sujeto y ser sancionado con una pena?

Puede apreciarse a simple vista que la lista de penas privativas de derechos es bastante mayor que el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad[789]. Al no haberse previsto expresamente como medidas de seguridad, cabe preguntarse qué ocurre cuando el sujeto comete un delito que conlleva alguna de las penas privativas de derechos que no aparecen recogidas como medidas de seguridad y dicho sujeto resulta ser inimputable[790].

La respuesta viene de la mano del artículo 107 CP[791] o, al menos, dicho precepto ofrece determinadas directrices que pueden seguirse para intuir qué ocurre con las penas de inhabilitación. Lo que el mencionado precepto viene a decir es que es posible que el juez

[789] El artículo 39 CP establece una serie de penas privativas de derechos de posible aplicación en función del tipo penal cometido: inhabilitación absoluta; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, industria o comercio, determinadas actividades, derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; suspensión de empleo o cargo público; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y a la tenencia y porte de armas que también aparece como posible medida de seguridad; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas determinadas por el juez o tribunal; trabajos en beneficio de la comunidad; y privación de la patria potestad.

[790] El número de supuestos en los que este conflicto tiene lugar es menor de lo que en principio pudiera parecer y ello porque tanto la privación del derecho a la tenencia y porte de armas como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores aparecen como posibles medidas de seguridad, sin olvidar que esas prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima u otras personas determinadas por el juez en sentencia podrían también acordarse como medida de seguridad al poder ser incluidas dentro de la libertad vigilada, que sí es de posible imposición a título de medida de seguridad.

[791] El tenor literal del artículo 107 CP (recientemente reformado por la LO 8/2021, de 4 de junio) es el siguiente: *La autoridad judicial podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo u otras actividades, sean o no retribuidas, por un tiempo de uno a cinco años, cuando la persona haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20.*

o tribunal, siempre razonándolo en sentencia, acuerde una medida de inhabilitación para el ejercicio de algún derecho, profesión, industria, comercio, cargo o empleo, por un tiempo comprendido entre uno y cinco años, siempre y cuando el sujeto haya cometido el hecho delictivo abusando de dicho ejercicio o en relación a él y cuando de las circunstancias del caso pueda pronosticarse un peligro de que se vuelva a cometer el mismo o semejante delito, en aquellos casos en que dichas penas no pueden aplicarse debido a que el sujeto se encuentra inmerso en alguna de las situaciones planteadas por los tres primeros apartados del artículo 20 CP[792].

En definitiva, la inhabilitación para la patria potestad no se incluye expresamente en el catálogo de medidas de seguridad. Pese a ello, se considera que la misma podría producirse con carácter de medida de seguridad conforme al artículo 107 CP. Así las cosas, con este artículo se arroja algo de luz a la cuestión que se venía tratando de resolver, si bien no es un precepto que presente la solución a todos los problemas[793]. De la descripción del precepto puede extraerse como primera conclusión que es perfectamente posible aplicar una inhabilitación a sujetos inimputables, pues así lo permite claramente el legislador.

El artículo 107 CP menciona la posibilidad de inhabilitar para un determinado derecho (además de la profesión, el comercio, industria, cargo o empleo). Comoquiera que no se especifica nada más, en principio, el juez o tribunal es libre de inhabilitar para el ejercicio de cualquier derecho[794] y de ahí que lo primero que haya de preguntarse es si la patria potestad entraría dentro de esa expresión o quedaría fuera. Si se observa con detenimiento la forma de redacción de la pena de estos delitos, aquellos que contienen una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en realidad se describe como "pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad" y ello, se reitera, no solo con motivo del delito de sustracción de menores, sino en el resto de delitos que acogen esta pena: por ejemplo, el artículo 220.4 CP (delito de suposición de parto y de ocultación o entrega de un hijo a un tercero para modificar la filiación)[795]. Con lo cual, en principio no existiría inconveniente alguno en que el juez acordase una medida de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad con base en el artículo 107 CP, si bien esta potestad no es ilimitada, sino que se exige una serie de requisitos para su posible adopción. Así, el artículo 107 CP permite imponer una medida de inhabilitación en los casos en que el delito se haya cometido, o bien con abuso del ejercicio de ese derecho,

---

[792] Así, también, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 155; BERROCAL LANZAROT, A. I. "La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, p. 512; GUINARTE CABADA, G. "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 133-134.

[793] No sirve para los casos en los que el artículo infringido en cuestión prevé la pena de privación para la patria potestad, siendo que el artículo 107 CP solo hace referencia a las inhabilitaciones, pero no a dicha privación, por lo que el precepto tampoco sirve para cubrir todo tipo de supuestos.

[794] Así también, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 777.

[795] El hecho de que el legislador ya haya llevado a cabo esta actividad interpretativa es indudablemente de gran ayuda. Poco importa que se sostenga que el ejercicio de la patria potestad es un derecho o un deber, pues el legislador penal ya ha aclarado que se trata de un derecho, de suerte que no existe inconveniente alguno en imponer dicha inhabilitación como medida de inhabilitación de un derecho de acuerdo con el artículo 107 CP cuando el sujeto en cuestión, a causa de encontrarse en alguna de las situaciones descritas en los tres primeros apartados del artículo 20 CP, sea inimputable, con la consecuencia de que en dichos supuestos la imposición de una pena no será posible pero sí cabe aplicar una o varias medidas de seguridad.

profesión o cargo, o bien en relación al mismo y cuando quepa deducir que el sujeto presenta posibilidades de cometer el mismo o semejante hecho delictivo[796].

Por consiguiente, los tres requisitos que deben cumplirse son los siguientes:

a) Que el sujeto se encuentre inmerso en alguna de las situaciones que describen los tres primeros apartados del artículo 20 CP y, como consecuencia, no pueda aplicársele pena alguna.
b) Que el sujeto haya llevado a cabo el hecho delictivo abusando o en relación con el derecho, profesión, industria, comercio, oficio, empleo o cargo para el que quedará inhabilitado.
c) Que la valoración de las circunstancias del caso permita deducir un riesgo de que el sujeto vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes.

Los dos primeros se cumplen fácilmente, pues se refieren a casos en que el sujeto es inimputable por encontrarse en algunas de las tres posibles situaciones de inimputabilidad que plantea el Código Penal en los apartados primero, segundo y tercero del artículo 20 y, además, el delito de sustracción de menores es un delito que se realiza abusando del ejercicio de la patria potestad, de ahí que el sujeto activo deba ser forzosamente uno de los progenitores o ambos conjuntamente (a salvo de otros parientes próximos), con lo que se salvaría el segundo requisito acerca de que el hecho delictivo se cometa con abuso o con relación al derecho (profesión, industria, comercio, oficio, cargo o empleo) sobre el que pesará la inhabilitación.

El sujeto imputable que comete un delito de sustracción de menores será castigado con la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de entre cuatro y diez años y ello con independencia de que presente el peligro de cometer la misma acción (o alguna semejante) en el futuro. Esa pena se configura como pena principal (como la de prisión) y el juez la aplicará forzosamente si recae sentencia condenatoria.

Ahora bien, para imponer una medida de inhabilitación, es necesario que el sujeto presente una peligrosidad criminal muy concreta, la posibilidad de cometer el mismo delito u otro semejante. Y en esa posibilidad de volver a cometer un delito relacionado con el derecho o la profesión o el empleo para el que se inhabilita es donde reside justamente el fundamento de la medida de inhabilitación. Esta inhabilitación no es una simple retribución por el delito cometido, sino que constituye un auténtico supuesto de prevención, pues la inhabilitación solo acontecerá si existe probabilidad de que, a falta de la misma, el sujeto vuelva a abusar del derecho o de la profesión en cuestión para llevar a cabo el mismo o parecido hecho típico.

Trasladando todo esto al delito de sustracción de menores y a la posibilidad de imposición de una medida de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad a fin de adoptar un tratamiento punitivo semejante a lo que se produciría en caso de ser el sujeto imputable, si bien en este caso de acuerdo a las necesidades del sujeto que no lo es, esa peligrosidad criminal se traduciría en la probabilidad de que aquel cometiese un nuevo delito de sustracción de menores o algún otro parecido.

[796] Indican SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*., que este precepto no es aplicable en casos de semiimputabilidad, sino solo en casos de inimputabiliad. En *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit, p. 529.

El hecho de volver a cometer un delito de sustracción de menores no representa ningún problema de interpretación y la tarea es tan sencilla como determinar si realmente el sujeto cuenta con posibilidades de volver a actuar de la misma manera en que lo hizo anteriormente. El inconveniente aparece cuando lo que se quiere diagnosticar es si el sujeto presenta probabilidades de cometer un delito semejante. La dificultad estriba en determinar si existe en el Código Penal algún delito que quepa ser considerado como semejante. Esa es la primera actividad que debe realizarse, comparar el delito cometido con el resto de la misma familia que han sido tipificados por el legislador, a fin de identificar alguno que cumpla esas mismas características y que pueda integrar esa peligrosidad criminal que el artículo 107 CP exige de cara a la imposición de la medida de inhabilitación.

En el caso de que el sujeto en cuestión presente una peligrosidad criminal concretada en que pueda volver a sustraer a sus hijos menores de edad, el obstáculo desaparece, en tanto esa peligrosidad de volver a infringir el mismo precepto penal ya es suficiente para poder imponer la medida. De hecho, el precepto habla de la comisión del mismo delito, no se refiere en ningún momento al sujeto pasivo. Ello determina que sería posible aplicar la medida de inhabilitación cuando se concluya que el sujeto probablemente no vuelva a sustraer al hijo sustraído anteriormente, pero se pueda resolver que realmente las posibilidades de una nueva sustracción en referencia a un menor distinto sí existan.

Ahora bien, en caso de que el informe pertinente determine que esa peligrosidad no existe, que a priori no se aprecia una alta probabilidad de que el sujeto vuelva a sustraer al menor o a otro de sus hijos, la actividad que se realizaría sería la de averiguar si existe un precepto parecido cuya posible realización diese lugar a la imposición de la medida de inhabilitación.

Para saber si existe peligrosidad de cometer un delito semejante al de sustracción de menores, se debe acudir al Título XII del Código Penal, que es el Título relativo a los delitos contra las relaciones familiares. Una vez dentro de este Título, el único que podría contener un delito semejante, deben analizarse uno por uno los delitos que el mismo integra para luego determinar si alguno de ellos presenta semejanza[797].

[797] El Título XII del Código penal está formado por tres Capítulos. El primero de ellos se refiere a los delitos relativos a los matrimonios ilegales, los cuales no presentan semejanza alguna con el delito de sustracción de menores, toda vez que protegen una parte bien distinta de la familia y que en nada afecta a la descendencia, únicamente a los posibles vínculos matrimoniales entre los cónyuges. El segundo y el tercero sí que afectan propiamente a los menores. De hecho, el delito de sustracción de menores se inserta en este último, en la segunda sección. Por cuanto concierne al Capítulo segundo, este se denomina "de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor" y está formado por tres preceptos que hacen referencia a las siguientes conductas típicas: suposición de parto; ocultación o entrega de un hijo a una tercera persona para modificar su filiación; y sustitución de un niño por otro en centros sanitarios (por imprudencia grave). De estas tres conductas, ninguna de ellas se asemeja al de sustracción de menores y, además, afectan a bienes jurídicos distintos, con lo cual no nos servirían de cara a la posible aplicación de la medida de inhabilitación. En lo tocante al Capítulo tercero, es el más extenso y contiene diferentes secciones. Es en este Capítulo en el que se recogen los delitos contra los derechos y los deberes familiares y está compuesto por un gran número de variadas conductas típicas. Se trata, por consiguiente, de analizar cada una de ellas al objeto de identificar alguna que sea semejante y, para el supuesto de que el sujeto inimputable en cuestión presente posibilidad de cometerla, ello serviría como fundamento para la imposición de la medida de inhabilitación de la que se viene hablando. El artículo 223 CP se refiere a la persona que tiene a su cargo la custodia de un menor o persona discapacitada y no lo presente ante sus padres cuando estos lo reclamen. Sin ánimo de realizar un estudio profundo de esta conducta típica, pues no es de lo que se trata en el presente estudio, sí que se harán algunas consideraciones, como no puede ser de otra manera. Este precepto no está pensado para el supuesto en que el que dispone en ese momento de

la custodia sea el progenitor, por cuanto refleja la situación en que un tercero ajeno al núcleo familiar directo (compuesto por padres e hijos) que momentáneamente dispone de la custodia de un menor, luego, decide no presentarlo ante los padres, al ser reclamado por ellos. No existe alusión alguna a la posibilidad de que sea un progenitor el que ejecute la conducta, por lo que no existe motivo alguno para pensar que el progenitor queda dentro del posible círculo de sujetos activos aptos para llevar a cabo la acción prevista en el artículo 223 CP. Por tanto, no sirve como precepto semejante que el sujeto activo del delito de sustracción de menores pueda tener probabilidades de cometer a efectos de la peligrosidad criminal necesaria para aplicar una medida de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Por su parte, el artículo 225 CP ya se ha visto que contenía una pena atenuada para el caso de que el sujeto activo entregue al menor sano y salvo habiendo comunicado a los padres o tutores el lugar en el que este se encuentra o no habiendo durado la ausencia más de veinticuatro horas. Finalmente, aparece con la Sección Tercera del Capítulo tercero del Título XII, relativo a los delitos contra las relaciones familiares. Esta Sección incluye ocho nuevos artículos que podrían o no guardar semejanza con el delito de sustracción de menores. El primero de ellos se recoge en el artículo 226 CP y hace referencia a la conducta de dejar de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, tutela, guarda, acogimiento o de prestar la asistencia debida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge, encontrándose estos en situación de necesidad. Por supuesto, es un precepto que guarda relación con el delito de sustracción de menores en el sentido de que una sustracción implica también el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, toda vez que esta contiene como obligaciones la de cuidar y velar por los hijos y, en el momento en que se verifica la sustracción, el bienestar del menor se pone en peligro. Con todo, es una relación superficial e insuficiente para que pueda predicarse su semejanza con el delito previsto en el artículo 225 bis CP, pues el primero (el artículo 226 CP) describe una conducta mucho más genérica de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo que se está desempeñando o, incluso, al incumplimiento de la asistencia económica que se precisa por parte de un familiar cercano (ascendiente, descendiente o cónyuge) que se encuentra en situación de necesidad. El artículo 227 CP contiene una figura centrada en el impago de las prestaciones económicas establecidas a favor del cónyuge o de los hijos. Este delito, con gran relevancia práctica, dado el alto volumen de prestaciones impagadas entre cónyuges, guarda poca relación con la acción de sustraer a los hijos menores, con lo cual si el sujeto activo de esta última presenta probabilidades de cometerla o no es irrelevante de cara a apreciar la peligrosidad criminal exigida para poder imponer la medida de inhabilitación para el derecho de patria potestad. El artículo 228 CP tampoco cuenta para el estudio que se está realizando porque se limita a contener una mención a que los delitos de los dos artículos anteriores (incumplimiento de los deberes inherentes a las instituciones de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento o falta de asistencia económica a ascendientes, descendientes o cónyuges e impago de las prestaciones estipuladas en beneficio de cónyuge o hijos) se configuran como delitos semipúblicos o semiprivados, pues requieren la presentación de una denuncia por parte del agraviado, el representante legal del mismo o, en el caso de ser una persona menor de edad o discapacitada necesitada de especial protección, el Ministerio Fiscal. Los artículos 229 y 230 CP se centran en la figura de abandono a un menor de edad o a una persona discapacitada necesitada de especial protección, el primero de ellos alude a un abandono definitivo y el segundo a un abandono temporal, cuyas penas se establecen en relación con las del precepto anterior, previéndose una rebaja de un grado a las previstas para cada caso en aquel, se entiende, en el artículo 229 CP. Este último contiene una mención expresa en el segundo apartado al supuesto de que ese abandono sea verificado por los padres, tutores o guardadores legales. Las conductas distan mucho de guardar algún tipo de relación con la conducta de sustracción de menores, por lo que tampoco sirven para afirmar la peligrosidad criminal requerida para la imposición de la medida de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad. Por su parte, el artículo 231 CP refleja lo que podría entenderse como una conducta opuesta a la figura de sustracción: el precepto tipifica el supuesto de que un sujeto que está a cargo de la crianza o la educación de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección lo entrega a un tercero a un establecimiento público sin el beneplácito de quien se lo ha confiado o de la autoridad, castigándose con una pena que se verá agravada para el caso de que en la entrega el menor o la persona discapacitada hayan sufrido algún daño. No solo la conducta de entrega es contraria a la de sustracción, pues el progenitor sustractor ejecuta el tipo precisamente para llevarse a los hijos y no para entregarlos, sino que también el tipo del artículo 231 CP parece pensado para que el sujeto activo sea una persona distinta a los padres. En cualquier caso, ni la conducta ni los sujetos activos coinciden con la figura de la sustracción de menores, de suerte que este precepto relativo a la entrega del sujeto pasivo a un tercero o a una institución es irrelevante para el estudio acerca de figuras que guarden semejanza con el delito de sustracción. El artículo 232 CP describe el supuesto de utilizar o prestar a un menor o a una persona discapacitada necesitada de especial protección para la práctica de la mendicidad, conducta que se verá agravada si se utiliza para conseguirlo violencia, intimidación o sustancias perjudiciales para la salud sobre la persona del sujeto

La relación de semejanza con el delito de sustracción de menores solo se mantiene con el artículo 224 CP, que ya se ha adelantado antes que recogía la conducta de inducir a un menor de edad (también a una persona con discapacidad necesitada de especial protección) y a la conducta del progenitor que induce al hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por autoridad judicial o administrativa. Dado que el delito de sustracción de menores es un delito especial que solo puede cometer el progenitor, el primer párrafo queda descartado como precepto semejante porque, igual que se ha indicado en relación con el artículo anterior, parece una conducta pensada para ser cometida por cualquier persona ajena al núcleo familiar comprendido por los padres y los hijos menores, lo cual no obstaría, a que el mismo pudiera ser cometido por un hermano mayor, pues lo importante es que los padres no pueden realizarlo. El segundo párrafo, por el contrario, sí que recoge una conducta específica susceptible de ser realizada solo por un progenitor y la misma es la que debe estudiarse brevemente para conocer si es semejante a la de sustracción de menores.

El párrafo al que se alude describe una conducta típica consistente en que el progenitor induce al hijo menor de edad a infringir el régimen de custodia que ha sido impuesto por una autoridad judicial o administrativa. Este precepto, en principio, sí puede presentar semejanza con respecto al delito de sustracción de menores. Ello porque el delito de sustracción, si bien no contiene referencia alguna a una edad límite del menor a partir de la cual no es posible verificar la conducta, se sabe que muy improbablemente será cometida cuando el menor ya haya cumplido la edad de dieciséis años, y ello por la dificultad de cometer la conducta con menores adolescentes capaces de oponer cierta resistencia, motivo por el cual el Convenio de La Haya ha establecido en dieciséis años el límite. Por consiguiente, cuando el menor ya no es de corta edad, sino que se encuentra en plena adolescencia, será mucho más sencillo ejercer sobre él la influencia necesaria para que sea él mismo quien infrinja el régimen de custodia que llevar a cabo la sustracción[798].

En otras palabras, en la práctica (y eso es algo que se puede comprobar fácilmente revisando los datos de la Jurisprudencia relativa al delito de sustracción de menores), se apreciará con gran frecuencia que los progenitores optarán por sustraer a los menores cuando son de corta edad y por inducir al menor a que sea él mismo el que infrinja el régimen de custodia cuando alcanzan una edad cada vez más cercana a la mayoría de edad, siendo que la edad media de un menor sustraído es de 6,4 años[799]. Así las cosas, parece que existe una relación entre el delito de sustracción y el de inducción a la infracción del régimen de custodia, suficiente como para que se perciba esa semejanza de preceptos necesaria a efectos de la peligrosidad criminal, siendo que también ambos delitos se encuentran tipificados en el Código para proteger al progenitor (frecuentemente el no custodio en el último de ellos) y el bienestar del menor, pues es este el que en último término se verá afectado al ser inducido a infringir un régimen que ha sido creado específicamente siguiendo las directrices que se han considerado más adecuadas para alcanzar su interés superior.

---

pasivo. Este precepto no guarda relación alguna con el delito de sustracción de menores, en tanto en cuanto son conductas completamente diferentes.

[798] En este sentido, indica CALABUIG COSTA, Mª. L., que cuando existe voluntad del menor, la conducta ha de ser reconducida a este precepto de inducción a la infracción del régimen de custodia del artículo 224 CP, con lo que queda patente la conexión tan íntima entre este delito y el de sustracción de menores. En *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 523.

[799] OTAEGUI AIZPURUA, I. *La eficacia de…,* Ob. cit., p. 480.

Este estrecho lazo entre el delito de sustracción de menores y la conducta de inducción al menor al incumplimiento del régimen de custodia establecido en el artículo 224 CP también ha sido observado por la doctrina, afirmándose que esta última conducta sirve de complemento a la primera, al operar en un mismo contexto de conflicto entre los titulares de la patria potestad y mantener un círculo restringido de sujetos activos[800].

Por tanto, si se aprecia la existencia de un riesgo de comisión de esa conducta, sí puede entenderse como semejante para apreciar la peligrosidad criminal que el artículo 107 CP exige. Ahora bien, con total probabilidad esto se producirá con respecto a otros hijos distintos del menor sustraído, pues si el menor es de corta edad no tiene demasiado sentido que se aprecie peligrosidad en que dicho menor sea inducido a infringir el régimen de custodia.

Así, se puede establecer un paralelismo entre el sujeto que comete un delito de sustracción de menores siendo imputable e inimputable. En el primer caso, la pena será de prisión entre uno y cuatro años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad entre cuatro y diez años. En el segundo caso, se impondrá una medida de seguridad que puede ser privativa de libertad porque la pena prevista para el delito lo es, sin que la misma pueda exceder de cuatro años, que es el máximo de tiempo de privación de libertad previsto en el artículo 225 bis CP. Sin embargo, tampoco se puede agotar ese periodo de tiempo máximo si la peligrosidad criminal del sujeto desaparece, pues no puede olvidarse que dicha peligrosidad criminal constituye requisito indispensable de las medidas de seguridad. Además, al sujeto inimputable se le puede aplicar una medida de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (igual que si el sujeto fuese imputable y se le aplicase la misma pena) pero teniendo en cuenta una serie de puntualizaciones: la primera de ellas es que no basta con la comisión del tipo para poder imponerla, es necesario que el sujeto presente probabilidad de cometer el mismo o semejante precepto penal; y la segunda es que el tiempo de duración de la pena y la medida es distinto. El tiempo de pena previsto para la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es de entre cuatro y diez años. Sin embargo, el artículo 107 CP establece un tiempo genérico para todas las medidas de inhabilitación especial de entre uno y cinco años. Por tanto, el sujeto inimputable será inhabilitado, en principio, durante un plazo de tiempo menor al que lo sería una persona imputable.

En otro orden de cosas, cabe plantearse otra posibilidad, consistente en que el sujeto no sea plenamente imputable pero tampoco inimputable. Se llega así al estado de semiimputabilidad, cuando las eximentes recogidas en los tres primeros apartados del artículo 20 son incompletas[801], lo que expresa que el sujeto, en el momento de la comisión del delito, no poseía todas sus facultades anuladas, no es que no pudiese conocer las consecuencias de sus actos o comportarse de acuerdo a la norma, pero se encontraba en un estado en el que tampoco podía alcanzar una comprensión plena de las acciones ejecutadas o no podía terminar de adaptar su comportamiento a los dictados normativos. En otras palabras, a la situación que se encuentra a caballo entre la imputabilidad y la inimputabilidad se la conoce como semiimputabilidad.

Si el sujeto es plenamente imputable, se aplica una pena. Si el sujeto es plenamente inimputable, se aplicará, en su caso, una medida de seguridad. Pues bien, si el sujeto es

[800] TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1823.
[801] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 639.

semiimputable, puede aplicarse tanto una pena como una medida de seguridad, aunque siempre siguiendo las directrices marcadas por el legislador penal[802].

Es el artículo 99 CP el que nos informa acerca de qué ocurre cuando se imponen al mismo tiempo una pena y una medida de seguridad, dado que puede ser difícil un cumplimiento simultáneo. De esta manera, el precepto indica que, en caso de concurrencia de pena y medida de seguridad, primero ha de cumplirse esta última. Además, el tiempo de cumplimiento de la medida se debe abonar al de la pena. Una vez cumplida la medida, se cumplirá la pena, si bien se ofrece al juez la posibilidad de suspenderla por un plazo no superior a la duración de la misma o bien aplicar alguna de las medidas del artículo 96.3 (mencionadas anteriormente) si se aprecia el riesgo de que la ejecución de la pena contrarreste los efectos positivos conseguidos con la medida. Este sistema en el que primero se cumple la medida y después la pena (descontándose en esta el tiempo de la medida), pudiendo esta última quedar suspendida si existiese riesgo de neutralizar con dicha ejecución los efectos positivos obtenidos con la adopción de la medida, se conoce comúnmente como sistema vicarial[803].

En el ámbito de la semiimputabilidad, como es posible aplicar tanto pena como medida de seguridad, no surgen los conflictos anteriormente observados en relación con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, pues la semiimputabilidad del sujeto permitiría imponer dicha pena si el juez lo estima adecuado. Por otro lado, para el caso de que resulte mejor la imposición de una medida, no existiría obstáculo alguno para aplicar los dictados del artículo 107, si bien la imposición de la pena de inhabilitación es mucho más sencilla, toda vez que no requiere ningún requisito extra a la comisión del delito.

### 2.1.3 Sustractor menor de edad

Como cualquier otro delito, el de sustracción de menores también puede ser cometido por un menor de edad, aunque no será lo más frecuente. Ciertamente la tendencia poblacional actual pasa por retrasar el inicio de la paternidad o la maternidad a edades más adultas y es ya infrecuente ser padre o madre antes de cumplir los treinta años. Con todo, pueden existir excepciones y, por tanto, sería posible que un menor de edad fuese padre o madre y, en ese contexto, se puede llevar a cabo una sustracción de menores si el padre o madre (también menores de edad) traslada o retiene al menor en los términos marcados por el precepto.

Si esto ocurre, el sujeto solo será inimputable si cuenta con menos de catorce años de edad, supuesto poco frecuente en la práctica. En caso contrario, si ya ha cumplido los catorce años, será imputable, aun cuando no haya alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, en este caso, no solo no se aplica ninguna pena, sino que tampoco es posible aplicar ninguna de las medidas de la seguridad de las que se han hemos analizado más arriba. El estado de inimputabilidad no se extenderá hasta los dieciocho años, sino solo hasta los catorce, siendo que, a partir de esa edad, los menores se regirán por la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) a partir de esa edad[804].

---

[802] Artículos 98 y siguientes del Código Penal.
[803] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 794.
[804] Vid. artículo 19 CP.

Por consiguiente, cuando un menor de edad comete un delito, su minoría de edad determina la imposibilidad de regirse por el Código Penal para encontrar la consecuencia jurídica correspondiente. Por tanto, el proceso consistirá en acudir a la LORPM e imponer alguna de las medidas que dicha Ley prevé, dependiendo de la edad del menor infractor (si se encuentra en el tramo de catorce y quince años o si se encuentra en el siguiente tramo, de dieciséis o diecisiete) y siempre y cuando el sujeto ya haya cumplido la edad de catorce años. Por consiguiente, a partir de esa edad, los menores son imputables, si bien hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, su responsabilidad se verá exigida conforme a otro cuerpo distinto del Código Penal, quiere decirse, la LORPM[805].

Un estudio profundo acerca de la justicia penal juvenil es demasiado ambicioso para el objetivo que se pretende con este trabajo[806], pero sí resultaba necesario mencionar qué ocurriría si el sujeto activo del delito es menor de edad. Como se ha dicho, aunque no será lo más frecuente, la posibilidad no puede ser descartada por completo, de suerte que teóricamente es posible imaginar que el progenitor menor de edad sustraiga a su hijo menor de edad trasladándolo o reteniéndolo de acuerdo a lo especificado en el artículo 225 bis CP.

Al ser el sujeto activo menor de edad, pese a que para comprobar si la conducta ejecutada se puede subsumir en algún precepto penal se acude, claro está, al Código Penal, la consecuencia jurídica correspondiente hay que buscarla en la LORPM, que es la normativa que establece las distintas medidas que pueden imponerse a los menores infractores, medidas cuya gravedad y duración se encuentran especificadas con base en el rango de edad del menor[807].

*2.2 El dolo*

Tradicionalmente, el dolo se ha definido como un conjunto de dos elementos, elemento intelectivo y elemento volitivo[808]. Así, el dolo suponía que la persona tenía conocimiento de la realización del hecho típico (elemento intelectivo) y quería dicha realización (elemento volitivo), de forma que el dolo expresaba el conocer y querer el comportamiento delictivo.

Más recientemente, se está observando un proceso en el que las nuevas teorías apuntan a dejar atrás el elemento volitivo para centrarse únicamente en el elemento intelectivo, dado que sería suficiente para configurar como doloso un hecho típico con que el sujeto conozca que está realizando los elementos del tipo. Estas teorías consideran que el elemento volitivo es irrelevante y otorgan al elemento intelectivo, por tanto, una posición central (teorías cognoscitivas)[809]. Sin embargo, no se comparten estas teorías de nuevo

[805] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal ...,* Ob. cit., p. 644 y MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 393.
[806] Para mayor información acerca del Derecho penal juvenil, véase CRUZ BLANCA, Mª. J. *Derecho Penal de…,* Ob. cit.
[807] Entre los catorce y los quince años las medidas son menos gravosas y de menor duración; entre los dieciséis y los diecisiete años, las medidas son más gravosas y pueden imponerse con una duración superior. Por debajo de los catorce años, no existe responsabilidad penal, por lo que el delito quedaría impune, a salvo la posibilidad de emitir algún informe al Ministerio Fiscal para que adopte alguna medida.
[808] RAMOS TAPIA, I. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 118.
[809] A favor, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002, p. 45.

cuño, de suerte que tanto el elemento volitivo como el intelectivo serán necesarios para la conformación del dolo [810]. Otras posturas sostienen que es indiferente exigir o no un elemento volitivo al dolo porque esa voluntad va a concurrir siempre que pueda afirmarse que el sujeto actuó siendo consciente de que su comportamiento implicaba un riesgo idóneo para realizar la conducta típica[811].

Por el contrario, existen posiciones que defienden por encima de todo el elemento volitivo. Así, se sostiene que el elemento de la cognoscibilidad es irrelevante en la constitución tanto del dolo directo como del dolo eventual, pues solo sirve para deducir la decisión contraria al bien jurídico, dado que quien actúa conociendo las circunstancias dañosas no puede luego afirmar que dicha actuación no estaba dentro de su decisión; el sujeto ha asumido la peligrosidad y se ha decidido a favor de ella, no pudiendo colocarse el conocimiento como elemento del dolo en el lugar de la decisión[812].

Realmente, lo más correcto es dotar al dolo tanto de elemento intelectivo como de elemento volitivo. La persona debe conocer lo que está realizando y querer realizarlo, si bien es cierto que solo se puede conocer lo que se quiere[813]. El dolo no puede ser captado completamente si no se atiende a la doble perspectiva que ofrecen el plano cognitivo y el plano volitivo, pues del uno no puede presumirse el otro ni viceversa, ni tampoco se pueden suplantar recíprocamente[814].

Señala MORILLAS CUEVA que existe dolo cuando el sujeto sabe que se cumplen con su acción los elementos objetivos del tipo, cuando conoce que su acción supone una puesta en peligro del bien jurídico protegido y actúa con la voluntad de realizar el resultado típico o, al menos, previendo la posibilidad de causación del resultado, conociendo también el significado prohibido de su acto y sin que exista ningún tipo de justificación para su conducta[815].

La conducta de sustracción de menores ha de ser realizada con dolo. El conocimiento global de los elementos típicos abarcaría el resultado en delitos de resultado, pero únicamente la realización de una acción en los delitos de mera actividad, entendiendo el resultado como una transformación de un objeto del mundo exterior[816]. Así, el dolo debe abarcar el hecho de querer separar al menor de quien ejerce la custodia, alterando su lugar de residencia en la modalidad de traslado; y el incumplimiento grave de la resolución judicial en la modalidad de retención.

En el caso del traslado, el dolo ha de recaer sobre el propio traslado, debe conocerse la ausencia del consentimiento por parte de quien deba otorgarlo y, en su caso, la salida

---

[810] En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M. "Dolo y dolo eventual: reflexiones", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (dir. ARROYO ZAPATERO, L. A. - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1109.
[811] REAÑO PESCHIERA, J. L. "El error de tipo …", Ob. cit., pp. 307-308.
[812] HASSEMER, W. "Los elementos característicos del dolo" (trad. DÍAZ PITA, Mª. M.), *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 43 (3), 1990, p. 920.
[813] En el mismo sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y…,* Ob. cit., p. 127.
[814] ROMEO CASABONA, C. M. "Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 932.
[815] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 690.
[816] DÍAZ PITA, Mª. M. *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 293.

del territorio nacional o la exigencia de la condición para reintegrarlo[817]. El sujeto conoce estos elementos y toma una decisión contraria al bien jurídico, se posiciona en contra de los derechos de responsabilidad parental o de custodia y los lesiona.

La modalidad de retención constituye un delito omisivo. Para que la culpabilidad pueda afirmarse, es necesario que el sujeto sea consciente de que tiene ese deber de entrega y adopte la decisión de no proceder al mandato. Asimismo, se ha mencionado que el delito omisivo presenta peculiaridades en el tipo subjetivo, dado que el dolo no implica una voluntad de realización del tipo, sino que basta con el conocimiento de la situación típica y de la capacidad de acción[818].

Realmente no es que en el delito omisivo el sujeto dirija su conducta a la realización del tipo, sino que basta con que aquel sepa que existe una situación en la que tiene que realizar el mandato y decida no actuar, aun pudiendo hacerlo. Por lo tanto, el dolo no es exactamente el mismo que en el delito comisivo, en el cual el comportamiento va específicamente dirigido a la comisión del tipo.

En definitiva, en el caso de la retención, el sujeto conoce la existencia de la resolución judicial o administrativa que debe cumplir[819]. Esto es sumamente importante. Si el sujeto desconoce la existencia de la resolución, difícilmente va a poder ser condenado, dándose lugar a un error de tipo, que conllevará la impunidad del comportamiento, ya sea vencible o invencible, a la vista de que no existe tipo imprudente. Por ende, es de vital importancia que el sustractor conozca la resolución y decida no cumplirla, reteniendo al menor de manera indebida.

Por tanto, en el delito de sustracción de menores, el autor siempre actuará con dolo directo. La descripción del tipo, en forma de traslado sin consentimiento o retención no parece dar lugar a supuestos de dolo eventual[820]. Ello implica la eliminación de la posibilidad de actuar con dolo eventual, dejando únicamente a salvo la posible actuación con dolo directo[821]. Quiere decirse, el sustractor sabe que está trasladando o reteniendo al menor ilícitamente y desea hacerlo. Cosa bien distinta es que actúe en la creencia de que existe una causa que justifica esa actuación o que cuenta con el consentimiento necesario, en cuyo caso ya se estaría en presencia de un error de tipo, dado que ambos integran dos de los elementos típicos del delito.

Huelga decir que no es posible realizar el tipo de forma imprudente, por cuanto el legislador no ha creado específicamente un tipo de sustracción de menores bajo tal nivel de culpabilidad[822]. Esto implica que, el hecho de la extracción del menor del lugar de residencia por un periodo distinto del pactado de forma imprudente, será atípico[823].

---

[817] Existe quien añade, en consonancia con la presencia del elemento subjetivo del injusto, la intención de separar definitivamente al menor del otro progenitor. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos ...,* Ob. cit., p. 865.

[818] TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 560.

[819] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 62. No obstante, la autora en cita exige también el conocimiento de que se está apartando definitivamente al menor de la persona que ostenta la custodia.

[820] En el mismo sentido, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos….* Ob. cit., p. 306.

[821] En contra, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 106.

[822] Recuérdese que el artículo 12 CP indica que *las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*

[823] BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 62.

La prueba del dolo es sumamente importante y en ese sentido se pronunció el propio Tribunal Constitucional[824], que se manifestó sobre un posible recurso de amparo en esta materia. Los hechos se resumen en una pareja que se rompe, quedando la guarda y custodia del hijo menor adjudicada a la madre, si bien ambos progenitores seguían ejerciendo la patria potestad, disfrutando el padre de un régimen de visitas. Entre el año 2002 y el año 2006, el padre retuvo al menor en México, impidiendo el ejercicio de la guarda y custodia a la madre. Durante esos cuatro años, la madre no pudo tener ningún tipo de contacto ni conocimiento alguno sobre el paradero de su hijo.

El Juzgado número 2 de lo Penal de Jaén dictó resolución[825] condenando al padre por un delito de sustracción de menores a tres años de prisión, siete años de inhabilitación para la patria potestad (y para el derecho de sufragio pasivo durante tres años) e indemnización en 600.000€ a la madre. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Jaén desestimó el recurso de apelación interpuesto contra aquella, confirmando la Sentencia de instancia[826].

Pues bien, el Tribunal Constitucional decide otorgar el amparo solicitado por el condenado en vista de que ninguno de los órganos judiciales había expuesto correctamente la existencia del dolo del autor sobre todos y cada uno de los elementos típicos, haciendo especial hincapié en el elemento de incumplimiento grave del deber establecido en una resolución judicial. El Tribunal Constitucional consideró que no había quedado suficientemente acreditado el dolo del sujeto activo, especialmente por no pronunciarse los órganos judiciales sobre si el autor conocía o no la existencia de las resoluciones que fueron incumplidas.

*2.3 Las causas de exculpación*

Las causas de exculpación se refieren a motivos por los cuales el sujeto no puede tener conocimiento de la significación antijurídica de su conducta o adecuar su comportamiento a semejante comprensión. Son causas que excluyen la culpabilidad.

ROXIN distingue entre comportamiento justificado, cuando colisionan dos bienes jurídicos y dicha colisión se resuelve conforme a la ley, de manera que se permite la incidencia sobre un bien jurídico en cuestión; comportamiento inculpable, cuando esa afección al bien jurídico no es legal, no está permitida y, aun así, el legislador decide no responsabilizar al autor por su conducta por ausencia de la culpabilidad o de la necesidad preventiva de sanción penal; comportamiento en el que concurre una "causa de exclusión de la pena" cuando el mismo no está justificado ni es inculpable pero no se pena por otros motivos extrajurídico-penales[827].

Esta clasificación es apropiada, en tanto en cuanto, distingue a la perfección los tres grandes grupos de causas que desembocan en un mismo resultado, aunque el proceso por el que lo hacen sea completamente distinto. En el caso de las causas de justificación, el

[824] STC núm. 196/2013, de 2 de diciembre.
[825] Sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén núm. 212/2012, de 26 de abril.
[826] En SAP Jaén núm. 182/2012, de 17 de julio.
[827] ROXIN, C. "Causas de justificación…", Ob. cit., p. 194.

comportamiento acaba siendo conforme a la ley, lícito, lo que en principio era contrario a Derecho se convierte en una conducta permitida por el Ordenamiento jurídico[828].

Por cuanto atañe a las causas que afectan a la culpabilidad, podrían distinguirse aquellas causas que inciden en la imputabilidad del sujeto, de manera que este no es capaz de apreciar la significación antijurídica de su conducta o guiarse conforme a dicha comprensión (los tres primeros apartados del artículo 20 CP, que podrían dar lugar a la imposición de una medida de seguridad en el sentido anteriormente expresado, con ocasión de la imputabilidad, por lo que me remito a dicho epígrafe); y las causas en las que el sujeto actúa con conocimiento de que lo está haciendo es ilícito pero las circunstancias en las que se encuentra impiden que pueda actuar de otro modo (las causas de inexigibilidad de otra conducta)[829].

Entre las denominadas causas de exculpación por no exigibilidad, se encuentran el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante[830]. El primero hace referencia a un estado de temor invencible que nubla completamente la voluntad del sujeto, que constituye el móvil de la acción[831] provocando el comportamiento antijurídico, pero no culpable debido a esa falta de libertad en la voluntad, en la elección. El sujeto ha actuado por miedo. El segundo se refiere a la existencia de un riesgo para dos bienes jurídicos de idéntico valor, de forma que el sujeto sacrifica a uno de ellos para salvar al otro[832].

Lo que ocurre es que, debido a la específica redacción del tipo, difícilmente va a poder apreciarse alguna de estas dos causas. Uno de los elementos típicos de la sustracción de menores, aplicable tanto a la modalidad de traslado como a la de retención, es la ausencia de causa justificada. Si el sujeto actúa por miedo o por estado de necesidad, ambas situaciones serán motivos que deban incardinarse en esa causa justificada. En el caso en que no exista esa situación que provoca el miedo o el estado de necesidad, deberá interpretarse que existe un error de tipo, pues el presunto sustractor desconoce la existencia de algunos elementos típicos.

En el momento en que existe algún argumento razonable por el cual se ha llevado a cabo la sustracción, se actuaría bajo una causa justificada, lo que impediría de entrada la tipicidad de la conducta, no llegándose al estudio de las causas de exculpación. Se concluye que será muy difícil aplicar una causa de exculpación distinta a la inexistencia de imputabilidad (en línea con lo indicado en relación con las causas de justificación), en cuyo caso se podrá aplicar una medida de seguridad y no una pena. Por tanto, el delito de sustracción de menores presenta como elemento especial la dificultad de apreciar tanto una causa de justificación (incardinada en el juicio de antijuridicidad) como una causa de exculpación distinta a la falta de imputabilidad, por cuanto el elemento típico consistente en ausencia de causa justificada, impedirá, en el caso de que dicha causa exista, la entrada de la tipicidad.

---

[828] Los supuestos de conductas antijurídicas y culpables no penadas serán desarrollados un poco más adelante, con ocasión del estudio de la excusa absolutoria incluida en el tipo.

[829] En el mismo sentido de incluir las causas de inexigibilidad dentro de la culpabilidad, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 704 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., pp. 472-473.

[830] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 702.

[831] *Ibídem*, pp. 705-706.

[832] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…* Ob. cit., p. 185.

Así lo entiende también la Jurisprudencia. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid dictamina la atipicidad de la conducta de sustracción en el caso de una madre que huye con sus hijos del hogar familiar por miedo a que el marido pudiera realizar actos violentos contra cualquiera de ellos[833].

### 3. El error

Existen fundamentalmente dos clases de error: error de tipo y error de prohibición. El error de tipo implica el desconocimiento acerca de los elementos objetivos del tipo, mientras que el error de prohibición implica el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición directo) o la actuación en la creencia de que la misma se encuentra amparada por una causa de justificación (error de prohibición indirecto)[834].

Partiendo de la idea de que error implica un conocimiento equivocado y la ignorancia una ausencia de conocimiento[835], se justifica el tratamiento uniforme que tradicionalmente le ha dispensado el Derecho penal a ambas figuras por cuanto todo error contiene un elemento de ignorancia, de no saber y, al mismo tiempo, toda ignorancia participa de la naturaleza del error, porque cuando una persona no tiene conocimiento de algo, ese no saber conduce forzosamente a la formación de conceptos equivocados o juicios falsos sobre aquello que se ignora[836].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explica lo cuestionado que resulta la separación tan tajante entre el error de tipo y el error de prohibición, no solo por la dificultad a veces de establecer si el error en concreto es de tipo o es de prohibición, sino también porque lo realmente importante es la conclusión de que el sujeto desconocía la ilicitud de su conducta, con independencia de si el origen de ese desconocimiento reside en la falta de conciencia de una circunstancia del hecho o en la ignorancia de que la norma desaprueba la conducta realizada pero, en su opinión, existen razones para otorgar a ambos tipos de error un tratamiento diferenciado[837]. Esta idea se comparte, dada la dificultad en algunas ocasiones de establecer si el error es de tipo o de prohibición. Existen supuestos limítrofes en los que es complicado distinguir uno de otro. Sin embargo, esa distinción resulta útil en virtud de la diferencia que existe entre los dos tipos de errores principales.

Por otro lado, se ha apuntado que el error de tipo excluye el dolo porque recae sobre algún elemento del tipo, mientras que el error de prohibición excluye la culpabilidad, pues el sujeto tiene el pleno conocimiento de la realización del tipo[838], algo que se desarrollará *infra*.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO expone que en el error de tipo, si fuese realidad lo que el sujeto erróneamente percibe, la conducta sería conforme a Derecho, por lo que no puede afirmarse que el sujeto tome una decisión contraria a Derecho, contraria al bien

---

[833] AAP Madrid núm. 302/2004 de 17 de junio.
[834] Vid. por todos, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…* (tomo I), Ob. cit, p. 235.
[835] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 708.
[836] RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. - SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 623.
[837] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "El error de prohibición: pasado, presente y futuro", *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (coord. CEREZO MIR, J., *et al*.), Comares, Granada, 1999, pp. 341-343.
[838] WELZEL, H. *La teoría de la acción finalista* (trad. FONTÁN BALESTRA, C. – FRIKER, E.), Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 178.

jurídico, solo puede imputársele el no haber reconocido lo que cualquier hombre medio ideal habría reconocido (error de tipo vencible); en el caso del error de prohibición, la realidad del hecho es percibida claramente por el autor, de manera que el hombre medio ideal habría identificado la prohibición y habría actuado conforme a la norma y, si bien también podría alegarse que de ser cierta la realidad que operaba en la mente del sujeto la conducta no estaría prohibida, lo cierto es que ello equivale a confrontar la representación del sujeto con un Derecho inexistente[839].

Efectivamente, el error de prohibición siempre implica una decisión contraria al bien jurídico, ya sea porque el sujeto estima que está permitida la conducta o porque cree encontrarse en el seno de una causa de justificación. En el error de tipo, el sujeto desconoce la existencia de los elementos típicos. Pero realmente esa realidad paralela en la que se encuentra el sujeto es predicable de ambos tipos de error. Quiere decirse, si fuese real lo que el sujeto percibe erróneamente, la conducta del error de tipo sería conforme a Derecho, pero esto es también lo que ocurriría en el error de prohibición y no es que el autor perciba claramente la realidad del hecho, al menos en el error de prohibición indirecto, de manera que, si realmente aquel estuviese amparado en una causa de justificación, la conducta sería igualmente conforme a ley. En este sentido, ambos errores confluyen.

Asimismo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO reconoce que existen obstáculos a su propia interpretación, dada la existencia de elementos sobre los que no hay acuerdo doctrinal, de un Derecho penal accesorio y de una sociedad cada vez más compleja, por lo que concluye que una separación excesivamente rígida entre el error de tipo y el error de prohibición no sería acorde con la realidad social y legislativa actual, abogando por un cambio en el tratamiento de este último que lo aproxime al primero o en el aumento de la relevancia otorgada al error de prohibición[840].

En la misma línea y partiendo de su posición como autor finalista, LUZÓN PEÑA defiende el tratamiento diferenciado del error de tipo y el error de prohibición, pues el hecho de no tener conocimiento de la prohibición de la conducta no puede excluir el dolo, dando lugar a la imprudencia, algo que solo puede producir un error de tipo y ello porque la no conciencia de la antijuridicidad no puede afectar a la propia antijuridicidad, por lo que se adscribe a la teoría de la culpabilidad (y más concretamente, a la teoría restringida de la culpabilidad), que defiende que el error de prohibición no afecta al dolo, sino a la culpabilidad[841].

Por consiguiente, se ha señalado acertadamente que el error de tipo y el error de prohibición no reciben el mismo tratamiento penológico porque no pueden ser equiparados en sus consecuencias. Así, se ha aludido al hecho de que el error de prohibición es una cuestión de desconocimiento general de la prohibición, lo que no puede dar lugar a excluir el dolo subsistiendo la imprudencia ni tampoco a la exclusión tanto del primero como de la segunda, algo que solo puede acarrear un error de tipo, y

---

[839] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "El error de prohibición…", Ob. cit., pp. 344-345.

[840] *Ibídem*, pp. 345-346.

[841] LUZÓN PEÑA, D. M. "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008, pp. 6-8.

ello porque la no conciencia de la antijuridicidad no puede afectar al hecho antijurídico en sí mismo ni excluir la prohibición[842].

*3.1 El error de tipo*

El error de tipo alcanza en el tipo de sustracción de menores su máxima expresión. Como se verá a continuación, será muy infrecuente encontrar un error de prohibición en este delito y la práctica totalidad de errores serán errores de tipo, puesto que todos los errores de prohibición indirectos que pudieran acontecer serán reconducidos al error de tipo.

Como se veía en el apartado relativo a las causas de justificación, el hecho de que uno de los elementos típicos consista en la ausencia de una causa justificada, determina la imposibilidad de apreciar una causa de justificación, toda vez que todos esos supuestos adquieren la naturaleza de causa de atipicidad. El error siempre muestra un tratamiento paralelo al tipo, de forma que el error sobre una causa de justificación (que normalmente encarna un error de prohibición indirecto) pasa a ser un error sobre un elemento del tipo, sobre el elemento concerniente a la causa justificada, en consecuencia, será un error de tipo y no un error de prohibición.

Así, el sujeto que traslada al menor porque este está siendo sometido a malos tratos, aunque en principio pudiera parecer que actúa amparado bajo la causa de justificación de legítima defensa, lo cierto es que realmente la conducta es atípica, por cuanto es un comportamiento justificado, faltando uno de los elementos del tipo. Del mismo modo, el error sobre esta situación, quiere decirse, el sustractor que traslada al menor en la creencia errónea de que aquel está sometido a malos tratos, integra un error de tipo porque dicho error recae sobre uno de los elementos del tipo, sobre la existencia de la causa justificada.

En otro orden de cosas, será especialmente relevante el error acerca de la existencia del consentimiento, el denominado consentimiento putativo[843]. Si el sujeto activo de un delito de sustracción de menores piensa, por ejemplo, que el traslado del menor se ha realizado con el consentimiento que el tipo exige, aquel está actuando ignorando la concurrencia del conjunto de elementos típicos. Ello supondrá un error de tipo excluyente del dolo[844]. En la modalidad de retención, si el sujeto desconoce la existencia de la resolución judicial o administrativa, se produce un error sobre los elementos típicos, lo cual conllevaría un error de tipo, toda vez que el sujeto desconoce la presencia de los elementos del delito[845].

Se ha afirmado que la existencia de un error de tipo equivale a negar la concurrencia del dolo[846] y ello con razón pues, si el sujeto desconoce que se están realizando los elementos del tipo, no puede predicarse que la conducta sea dolosa. No puede actuar dolosamente quien no conoce la existencia de los elementos que conforman el delito.

---

[842] LUZÓN PEÑA. D. M. "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, (dir. CARBONELL MATEU, J. C. et al.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1195.

[843] TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 319.

[844] En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 104.

[845] En contra, defendiendo que se trata de un error de prohibición, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 110.

[846] REAÑO PESCHIERA, J. L. "El error de tipo …", Ob. cit., p. 306.

De acuerdo con el artículo 14 CP, si el error es vencible, quiere decirse, si el sujeto podría haber salido de esa situación de error actuando con una mayor diligencia, se castigará el delito como imprudente. Sin embargo, la sustracción de menores solo se prevé de forma dolosa, por lo que el error de tipo, aunque sea vencible, quedará impune, al igual que si fuese invencible, es decir, si el sujeto no podría haber salido de su error ni siquiera actuando con la diligencia debida.

*3.2 El error de prohibición*

De acuerdo, al artículo 14 CP, el error de prohibición se traduce en un error que recae sobre la ilicitud de la conducta, de manera que el sujeto actúa en la creencia de que su conducta está permitida por el Ordenamiento jurídico (error de prohibición directo) o, alternativamente, aun cuando conoce que aquella es típica, se piensa inmerso en alguna causa de justificación (error de prohibición indirecto).

Esto, traducido al delito de sustracción de menores, conduciría a apreciar un error de prohibición en caso de que el sustractor piense que tiene derecho a llevar a cabo la sustracción, quiere decirse, en el supuesto de que obre creyendo que la conducta es lícita o, subsidiriamente, cuando erróneamente suponga que la sustracción puede enmarcarse en una causa de justificación. No será infrecuente encontrar supuestos en los que el comportamiento obedezca a la huida por una situación de malos tratos[847], lo cual podría enmarcarse en una legítima defensa o un estado de necesidad, si bien estos casos serán reconducidos a la presencia de causa justificada, quedando la conducta atípica.

Con respecto al error de prohibición, se han sucedido diversas teorías[848]:

a. Teoría del dolo. Defendida por el causalismo, implica que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho es necesario para que concurra el dolo, ubicado en la culpabilidad y concebido como *"dolus malus"*, por lo que el error de prohibición hace desaparecer el dolo. Se ha defendido que el dolo no puede configurarse cuando se actúa en la creencia errónea de que existe una causa de justificación, pues el contenido de la representación y del querer es un hecho que el Ordenamiento jurídico ya no valora de manera antijurídica, sino lícita, por lo que puede resultar una responsabilidad culposa si el sujeto que actúa bajo un error podría haberlo evitado actuando con la debida diligencia[849].

b. Teoría de la culpabilidad. Defendida por el finalismo, se excluyó del dolo el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, ubicándose en el tipo y concibiéndose como "dolo natural". Ese conocimiento permanece en la culpabilidad. El error de prohibición no excluye el dolo, sino que afecta a la culpabilidad. Si la culpabilidad depende de la posibilidad de actuar de otra forma, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho impide la exigencia de otra actuación[850]. Por ende, un error de prohibición no eliminaría el dolo porque la

[847] Así, por ejemplo, el AAP Madrid, núm. 302/2004, de 17 de junio, aprecia que la sustracción de una madre de sus hijos menores obedeció a una esfera de violencia creada por el padre, temiendo la madre que, si permanecía en el hogar, el padre pudiera realizar actos de violencia contra los hijos.
[848] LACABA SÁNCHEZ, F. "La culpabilidad …", Ob. cit., p. 24.
[849] MARINUCCI, G. "Finalismo, responsabilidad objetiva, objeto y estructura del dolo" (trad. COBO DEL ROSAL, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 82, 2004, p. 32.
[850] A favor de la misma, LUZÓN PEÑA. D. M. "Caso fortuito y …" (*Constitución*…), Ob. cit., p. 1195 y MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 368.

persona actúa de forma dolosa, quiere realizar lo que realizó y tiene conocimiento de su acción, lo que ocurre es que desconoce que la conducta está prohibida (error de prohibición directo) o piensa que la misma se encuentra amparada por una causa de justificación (error de prohibición indirecto)[851]. Algún sector doctrinal ha manifestado que el error de prohibición no solo puede tener trascendencia en cuanto que manifiesta que el contenido de injusto de un determinado hecho no ha sido correctamente captado, sino que a menudo ese desconocimiento de la antijuridicidad no solo es un síntoma, sino la causa del error sobre el contenido de injusto[852].

Según ROXIN, existen tres supuestos en los que un error de prohibición será vencible: cuando el sujeto, espontáneamente o por indicación de terceros, tiene dudas sobre la antijuridicidad de la conducta; cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios al saber que el sector en el que actúa está sometido a una normativa jurídica específica; y cuando el sujeto es consciente de que con su conducta está perjudicando a una tercera persona o a la colectividad[853].

La existencia de un error de prohibición invencible en el delito de sustracción de menores es difícil de imaginar, toda vez que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento. En este delito, solo cabría pensar en un error de prohibición directo. La indicación de un sustractor de que desconocía que estuviese prohibida su conducta sería difícil de aceptar, toda vez que podría haber tenido conocimiento de la ilicitud del comportamiento con solo esforzarse un poco en el acceso a la información. Podría producirse en el supuesto de una persona de otra cultura que desconozca que no posee derecho a trasladar al menor, aun conociendo que no cuenta con el consentimiento de quien se encuentra legitimado para autorizar la conducta[854], se entiende que vencible, dado el fácil acceso a las fuentes de información[855]. En cualquier caso, la concurrencia de un error de prohibición invencible determinará la exención de pena, mientras que, si el error es vencible, aquella deberá ser rebajada en uno o dos grados. Por consiguiente, el tratamiento es distinto en función de si se trata de un error de tipo o de prohibición.

Es posible el supuesto de que el sujeto sustractor actúe en legítima defensa del menor, quiere decirse, que lleve a cabo la conducta para arrancar al menor de una situación peligrosa para él (en principio, error de prohibición indirecto). Y también en este supuesto puede darse error en alguno de los elementos. En este caso, sería necesario, para sostener una legítima defensa, la existencia de una situación objetiva de peligro para un bien jurídico, pero también ha de encontrarse presente un especial ánimo subjetivo, esto es, el sujeto debe actuar con el conocimiento de que se está defendiendo[856]. Toda causa de justificación presenta un elemento objetivo y un elemento subjetivo y en ambos puede apreciarse el error.

---

[851] También esta tesis es seguida por la Jurisprudencia. Vid. por todas, la SAP de Barcelona núm. 504/2017, de 16 de julio.
[852] FELIP I SABORIT, D. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 126.
[853] ROXIN, C. *Derecho Penal…,* Ob. Cit., pp. 885-887.
[854] MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 106.
[855] *Ibídem*, p. 110.
[856] Para mayor profundidad sobre el elemento subjetivo de las causas de justificación, véase VALLE MUÑIZ, J. M. *El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta una cuestión importante en el delito de sustracción de menores, que ya se comentaba *supra*. Cuando un sujeto comete una conducta delictiva en la creencia de que concurre una causa de justificación, normalmente esa situación da lugar a un error de prohibición indirecto[857]. Por ejemplo, el sustractor

[857] Para resolver este tipo de casos sobre un error en los presupuestos fácticos de una causa de justificación, pueden encontrarse distintas soluciones:
Por un lado, JOSHI JUBERT, U., se refiere a la teoría estricta de la culpabilidad, que sostiene que este tipo de supuestos nunca excluye la antijuridicidad, pues afecta a la culpabilidad; no existirá culpabilidad en el caso de que el error sea invencible y esta quedará atenuada en los casos de error vencible. En "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo*"*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 40 (3), 1987, p. 703. Como afirma, LUZÓN PEÑA, D. M., la teoría estricta de la culpabilidad defiende que este tipo de errores integra un error de prohibición que no excluye el dolo. En "Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (dir. VIEIRA MORANTE, F. J.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 366. Por otro lado, la teoría de la culpabilidad incluye estos supuestos como errores de tipo que excluyen el dolo en todo caso, teoría a favor de la cual se manifiestan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, p. 122; o LUZÓN PEÑA, D. M. "Error objetivamente invencible…", Ob. cit, p. 366. Por su parte, MIR PUIG, S., defiende la teoría de los elementos negativos del tipo, que incluye las causas de justificación en el tipo, por lo que un error sobre las mismas constituirá un error de tipo. En "Conocimiento y voluntad en el dolo", *Elementos subjetivos de los tipos penales* (dir. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 14.
Como explica, CASTIÑEIRA PALOU, Mª. T, en "El error sobre los presupuestos de las causas de justificación", *Studia Iuridica*, núm. 1, 1992, pp. 76-78, esta teoría incluye la parte negativa del tipo (ausencia de causas de justificación), por lo que el dolo abarcaría también el conocimiento de la no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, lo cual no ha de interpretarse de manera que el sujeto tenga que representarse la inexistencia de todas las causas que sirven para justificar una conducta, sino que es suficiente con que el sujeto no crea que concurre una causa de justificación, lo que conlleva que el dolo se excluya en el supuesto de que el sujeto crea erróneamente que concurre una causa de justificación. Por último, la opción de REAÑO PESCHIERA, L., consiste en considerar que este tipo de error constituye un error de prohibición, consecuencia que puede extraerse del tratamiento legislativo previsto para las eximentes incompletas, que prevé una reducción de la pena. En "El error de tipo…", Ob. cit., p. 316. HUERTA TOCILDO, S., ha afirmado que la defensa de este tipo de supuestos en los que no existe un elemento objetivo de justificación ha propiciado un sentimiento generalizado que conduce al castigo por imprudencia y no a punir el hecho como un delito doloso atenuado y esta solución es alcanzable ya se siga la teoría de los elementos negativos del tipo, la doble posición del dolo o la teoría de la culpabilidad. En *Sobre el contenido…,* Ob. cit., p. 125. El tratamiento de estos casos de acuerdo con una punición por imprudencia no es correcto. Si un sujeto comete un error creyendo que existe una causa de justificación objetivamente inexistente, ese error es un error de prohibición que no excluye el dolo, si bien afecta a la culpabilidad. El sujeto comete el tipo penal de que se trate en la creencia de que existe una causa de justificación que lo ampara, pero conoce y quiere cometer dicho tipo, el dolo continúa estando presente. Como sostiene HUERTA TOCILDO, S., cuando un sujeto yerra sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, ya sea vencible o invenciblemente, se produce un desvalor de acción característico de los delitos dolosos, porque el sujeto sabe que está realizando el hecho típico y quiere realizarlo; el problema reside en que considera que el hecho cometido le está permitido, por lo que no tiene conciencia de la antijuridicidad de la conducta, produciéndose un error de prohibición. *Ibídem*, p. 128. Finalmente, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., indica que existe una identificación entre el desconocimiento de la situación fáctica por ausencia del elemento subjetivo con el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: ello es así porque quien actúa en ausencia del elemento subjetivo lo hace sin la representación de la situación objetiva en la que el Ordenamiento jurídico autoriza esa acción, por lo que se actúa dirigiendo la conducta hacia una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido. Cuando una persona no dispone de ese conocimiento de la situación fáctica de justificación se encuentra inmersa en un error sobre los presupuestos objetivos de la justificación. En "Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (dir. ARROYO ZAPETERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1204. La idea es totalmente correcta. Si una persona no posee el elemento subjetivo de la causa de justificación, desconoce completamente la situación objetiva en la que el Ordenamiento valida el comportamiento. Esto puede

puede llevar a cabo el delito en la creencia de que está actuando en legítima defensa del menor, en la creencia de que lo está salvando de una situación peligrosa en la que se encuentra. En situaciones normales, si se llega a demostrar que esa supuesta causa de justificación no existe, surgiría un error de prohibición. Pero, en este caso, el tratamiento que debería dispensarse es diferente. El tipo establece como uno de los elementos la ausencia de una causa justificada. Ello supone que, en el caso de que el autor estime que está actuando de manera justificada, realmente estaría llevando a cabo el delito ignorando que concurren los elementos típicos. La presencia de la causa de justificación supondrá la atipicidad y no la justificación de la conducta. Correlativamente, si el sujeto actúa pensando que la sustracción está justificada, existirá un error de tipo porque la ignorancia recae sobre un elemento típico.

Esta cuestión es muy importante dado que el error conduce a una solución diferente en función de si es de tipo o de prohibición. Si el error es invencible, la diferencia será menor, algo más dogmático que práctico. Pero si fuese vencible, el error de tipo conduce a la sanción por imprudencia (siempre que esta exista) y el error de prohibición a una rebaja de grado en la pena (siempre será castigado)[858]. Por tanto, es muy importante determinar correctamente la naturaleza del error para evitar consecuencias insatisfactorias.

En consecuencia, lo que con frecuencia integrará un error de prohibición indirecto en otros delitos, en el concreto delito de sustracción de menores será un error de tipo y ello porque el legislador ya está incluyendo en el mismo el elemento de "ausencia de causa justificada", que hará que la creencia de actuar en el seno de una causa de justificación se resuelva mediante la aplicación de un error de tipo.

Sin embargo, pueden encontrarse casos jurisprudenciales en los cuales se ha aplicado el error de prohibición directo. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona[859] decide aplicar un error de prohibición vencible en el caso de una mujer que se marcha a Londres con su hijo, teniendo la guarda y custodia del mismo. No obstante, se dicta una resolución en la vía civil indicando que ella no podía decidir unilateralmente la modificación del domicilio del menor, obstaculizando con ese desplazamiento a Londres el derecho de visitas del padre, por lo que se le suspende esa guarda y custodia, adjudicándose esta al padre mientras la madre permaneciera en el extranjero. La acusada alega error de prohibición, por cuanto ella consulta con su abogada (la letrada que le había llevado el caso de separación) si puede o no permanecer en Londres con su hijo y aquella le contesta que estuviese tranquila, que no estaba haciendo nada ilegal.

La Audiencia explica que el error quedará excluido en el momento en que el agente tenga conciencia de la antijuridicidad o sospecha que la conducta puede ser punible. Además, alega que la apreciación del error de prohibición no puede estar basada exclusivamente en las declaraciones del sujeto, sino que se precisan otros elementos

ocurrir si, por ejemplo, el sujeto no tiene ánimo de defensa en la lesión a otro, desconoce que se encuentra en el seno de una situación en la que el Ordenamiento le permite lesionar el bien jurídico. Y a la inversa podría decirse lo mismo. Si una persona dispone de ánimo de defensa porque cree erróneamente que se encuentra en una situación objetiva justificante y luego resulta no ser así (legítima defensa putativa), está errando, asimismo, en los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

[858] Tratamiento dispensado por el artículo 14 CP.

[859] SAP de Barcelona núm. 504/2017, de 16 de julio.

objetivos que sirvan de apoyo a dicho error, debiendo analizarse cada caso concreto, comparando las condiciones del sujeto con las que podría presentar el hombre medio.

Finalmente, el órgano juzgador determina que la madre del menor pudo sufrir un error de prohibición, de desconocimiento de que su conducta integraba un delito de sustracción de menores. A pesar de ello, la mujer tuvo dudas acerca de si podía permanecer en Londres, por lo que consultó con su abogada, contestándole esta que se quedara en la ciudad británica el primer trimestre escolar y que no respondiera a los correos que el padre del niño enviaba. No obstante, si se apreciara error en estos casos, todos podríamos obrar con total impunidad amparados en el desconocimiento de una norma al rodearnos de un mal profesional. De esta forma, el error es evitable porque podría haberse salvado mediante la consulta a un profesional de la rama penal. Así, se confirma la Sentencia de instancia y se le condena a dos años de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por concurrencia de un error de prohibición vencible.

## III. PROBLEMAS RELATIVOS AL *ITER CRIMINIS*

### 1. La consumación del delito

En cuanto al momento de la consumación, algún autor estima que la sustracción de menores es un delito de resultado que para su consumación requiere que el progenitor custodio desconozca el lugar al que se ha llevado o retenido al menor sin que concurra la excusa absolutoria y que la consumación se produce en el momento de la sustracción o retención[860]. Con la nueva redacción típica, recientemente introducida en el Código Penal, esta idea ha quedado superada.

En cualquier caso, esta afirmación no se compartía tampoco con la antigua redacción del precepto por varias razones. En primer lugar, ya se ha defendido que la conducta podía ser realizada por el progenitor custodio y por el progenitor no custodio y esta es la línea por la que se ha inclinado la reciente reforma. Por consiguiente, debía eliminarse de los requisitos de la consumación el hecho de que el progenitor sea siempre el no custodio. En segundo lugar, no puede mezclarse el concepto de la consumación con el de la excusa absolutoria. Son realidades bien distintas. Las excusas absolutorias presentan supuestos de comportamientos punibles no penados[861]. Ello no quiere decir que el delito no haya quedado ya consumado, sino que, por alguna razón, no va a ser conminado con una pena.

El delito de sustracción de menores queda consumado en el momento en que se verifica el traslado o en el momento en que se produce la retención que integra ese grave incumplimiento de resolución judicial o administrativa. Distinto es que luego el delito no sea sancionado por concurrencia de la excusa absolutoria. Además, al ser un delito permanente, permanece en estado consumativo hasta que se pone fin a la lesión al bien jurídico, motivo por el que se permite cualquier tipo de participación incluso en esta fase[862]. Recuérdese que, si alguno de los parientes del quinto apartado del artículo 225

[860] RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos…,* Ob. cit., p. 278.
[861] De la misma opinión, ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 214.
[862] También DEL ROSAL BLANCO, B. se muestra a favor de la participación en los delitos permanentes, siempre y cuando se vayan incorporando distintos sujetos a la ejecución (permanente), mientras se mantenga la situación de privación de libertad (en relación con los tipos de detención ilegal). En *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 3ª ed., Madrid 2020, p. 140.

bis CP interviene en esta fase, se seguirán las reglas generales de participación, quiere decirse, serán condenados como cooperadores, con la posible rebaja prevista en el artículo 65.3 CP para el caso de que se trate de cooperadores necesarios.

Por otro lado, se ha apuntado que "la consumación se producirá en el momento en que el menor sea separado de su círculo familiar con la intención de que rompa estos lazos definitivamente"[863]. Esto entronca con la idea de la existencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, consistente en la intención del sujeto activo de impedir de forma definitiva las relaciones con quien se encuentra a su cuidado. No obstante, ya se ha visto que este elemento subjetivo constituye una exigencia que no aparece en el tipo por el momento, sin que quepa ser extraído de la redacción del mismo y que no será necesaria esa intención. Si el progenitor traslada al menor durante cuatro meses con intención de devolverlo, no cabe decir que la conducta es atípica. Es suficiente con que se integren los elementos del tipo para aplicarlo, sin necesidad de exigir elementos adicionales de ningún tipo, algo avalado por el propio Tribunal Supremo[864].

El delito de sustracción de menores es un delito permanente[865], lo cual conlleva importantes efectos de cara a la consumación, quiere decirse, la sustracción continuará consumándose hasta tanto no cese la situación antijurídica para el bien jurídico, es decir, hasta que el menor no sea reintegrado a la persona con quien debía estar en el momento en que tuvo lugar el traslado o la retención[866].

Es un delito de naturaleza permanente porque cumple con las características exigidas para este tipo de delitos: un bien jurídico de naturaleza flexible, susceptible de afectación gradual y una dinámica comisiva que autoriza a una afección continuada tras la consumación[867]. En esto coincide con el tipo italiano, que también ha sido calificado mayoritariamente como delito de naturaleza permanente[868], si bien no es una posición unánime y cabe también encontrar opiniones contrarias que defienden que los delitos de sustracción son de naturaleza permanente, a excepción de aquel que supone la salida del menor del territorio italiano, que sería un delito instantáneo que se consuma en el momento en que el niño es conducido al extranjero[869]. En lo relativo a la consumación de los delitos permanentes, existen varias opciones: cabe pensar que en este tipo de delitos aparece un estado consumativo que comienza en el momento de la consumación delictiva y se prolonga hasta la cesación del delito; o bien que en el delito permanente la consumación es instantánea[870].

---

[863] LLORIA GARCÍA, P. *Derecho Penal …,* Ob. cit., p. 63.
[864] Así lo ha establecido recientemente en la STS 339/2021, de 23 de abril.
[865] En el mismo sentido, ROCA AGAPITO, L. *Derecho penal…,* Ob. cit., p. 923; OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit. p. 420; GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho Penal Español…*, Ob. cit., p. 433.
[866] Señala POLAINO NAVARRETE, M. que el tipo básico constituye un delito de permanencia relativa que exige un lapso mínimo de mantenimiento del status de tipicidad durante 15 días, por debajo del cual se concretará el tipo privilegiado. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. POLAINO NAVARRETE, M.), Tomo I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 387.
[867] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…"*,* Ob. cit., p. 58.
[868] DIPAOLA, L. *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (coord. GAMBARDELLA, M.), Vol. VI, Giuffrè Editore, Milán, 2016, p. 864.
[869] GRECO, R., NOCERA, A., y ZEULI, S. *Codice Penale illustrato*, 8ª ed., Casa Editrice La Tribuna (CELT), Piacenza, 2015, pp. 669 y 670.
[870] Así lo explica SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. "Delito habitual y el delito permanente: fase post-consumativa en los delitos de duración", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018, p. 36.

A favor de esta segunda alternativa se ha esgrimido como argumento el hecho de que, si la consumación hace referencia a la completa realización del tipo penal, dicha realización se producirá en un instante concreto, que será aquel en el que se verifique el último de los elementos típicos exigidos por la figura delictiva de que se trate, algo que ocurre en toda clase de delitos, solo que en los delitos permanentes existe una fase post-consumativa con relevancia penal[871].

Asimismo, existen autores que, con base en la distinción entre consumación y agotamiento o terminación del delito, consistiendo la primera en la realización de todos los elementos del tipo y la segunda en el momento de conclusión efectiva del injusto, opinan que los delitos permanentes no se agotan hasta que cesa el estado antijurídico lesivo que se genera desde el momento de la consumación[872].

Con todo, lo que ocurre en los delitos permanentes es más bien que el delito se consuma y entra en un proceso consumativo que no cesa hasta el momento en que termina esa situación antijurídica para el bien jurídico que está siendo lesionado o puesto en peligro[873]. Si se defiende la idea de que los delitos permanentes quedan consumados y lo que se mantiene vigente es el estado de agotamiento, de manera que el delito no termina de agotarse pero sí ha quedado consumado, consecuentemente deberá defenderse la idea de que no cabe la participación en ellos una vez que dicha consumación acontece, solo cabría actuaciones de encubrimiento, pues la participación solo puede ser anterior o simultánea a la consumación del delito.

Sin embargo, la participación en los delitos permanentes seguirá siendo posible incluso después de la consumación y ello porque el delito no termina de consumarse, sino que entra en una especie de proceso consumativo que se mantiene abierto en tanto en cuanto el bien jurídico siga encerrado en la situación antijurídica en cuestión, por lo que es posible admitir actuaciones de participación durante todo ese proceso[874]. Consecuentemente, no es que los delitos permanentes queden consumados pero no agotados, es que directamente esa consumación se mantiene activa hasta tanto cese la situación antijurídica.

Así, se ha afirmado que el hecho de haberse ejecutado todos los elementos del tipo no implica necesariamente la conclusión de la conducta típica, toda vez que existen delitos en los que esta se prolonga una vez completada hasta el cese de la situación antijurídica, produciéndose una consumación prolongada durante la cual se admiten formas de participación[875]. Mientras que el delito permanente sigue en estado consumativo, en ese proceso consumativo o consumación prolongada del que la doctrina habla, lo cierto es que el autor sigue teniendo el dominio del hecho, sigue teniendo la posibilidad de acabar con la situación antijurídica que él mismo ha creado, por lo que la conducta típica habría quedado concluida, se han realizado todos los elementos del tipo, pero la permanencia de ese estado consumativo implica la presencia igualmente del dominio del hecho, lo que

[871] SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. "Delito habitual y…", Ob. cit., p. 40.
[872] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. "La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 96, 2008, p. 129.
[873] MIR PUIG, S. *Derecho Penal...,* Ob. cit., p. 232.
[874] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal...,* Ob. cit., p. 441.
[875] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. "La participación en …", Ob. cit., pp. 142.

permite seguir admitiendo la participación de terceras personas a partir de ese momento[876].

## 2. Las formas imperfectas de ejecución

### *2.1 La tentativa*

El Derecho penal es preventivo y no puede limitarse a extender la protección penal de los bienes jurídicos a los actos que suponen inmediatamente su lesión, de manera que, para evitar otorgar un excesivo margen de maniobra al sujeto activo del delito hasta un momento en el que puede ser tarde para reaccionar, se pena tanto la tentativa inacabada como los actos preparatorios punibles[877].

La doctrina mayoritaria, partiendo de que el objeto principal de protección del Derecho penal son los bienes jurídicos, define la tentativa como la acción que no produce el resultado lesivo que se trata de evitar, quiere decirse, la lesión del bien jurídico, si bien existe un sector doctrinal que defiende que la tentativa también se compone de una especie de desvalor de resultado (tesis que aquí se comparte) aunque inferior, en tanto la lesión no llega a producirse[878].

Un sector doctrinal apunta a que en la tentativa punible deben confluir tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado: el primero se caracteriza por la ejecución voluntaria de los actos que van a propiciar el resultado lesivo, lo cual conecta directamente con la función preventiva del Derecho penal y, especialmente, con la finalidad motivadora de las normas penales; el segundo supone la comprobación de la existencia de una situación de peligro como reflejo de la misión de protección de bienes jurídicos propia de aquel, lo que impedirá el castigo de simples intenciones que no suponen un peligro objetivo y real para el bien jurídico protegido por la norma penal, de ahí que no se castiguen la tentativa irreal o absolutamente inidónea ni el delito imposible[879]. En este trabajo se ha defendido ya que el injusto está compuesto por dos elementos de la misma importancia: el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Por consiguiente, tanto en la tentativa como en la consumación deberán apreciarse ambos factores.

El primer apartado del artículo 16 CP define la tentativa en los siguientes términos: *hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

Los elementos de la tentativa serían, por consiguiente: una manifestación exterior, de ahí que las ideas no delincan; que dicha manifestación tenga como fin la comisión de una infracción y, por tanto, exista voluntad de cometerla, lo cual impediría que pudiese cometer un delito culposo en grado de tentativa; que la misma manifestación se encuentre

---

[876] De la misma opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 303.
[877] CUELLO CONTRERAS, J. "Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 60 (1), 2007, p. 83.
[878] ALCÁCER GUIRAO, R. *La tentativa…,* Ob. cit., p. 338.
[879] GÓMEZ RIVERO, Mª. C. "Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 66 (1), 2013, p. 164.

dirigida a la comisión de un delito; que el delito comenzado sea determinado; que la consumación no se produzca por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo, lo cual expresa la imposibilidad de que concurra un desistimiento[880].

De esta forma, la tentativa consiste, en primer lugar, en el inicio forzoso de la realización del delito, pero sin llegar a la consumación. Para considerar que se está en presencia de una tentativa, la ejecución del delito ha debido comenzar, toda vez que el precepto se refiere a "dar principio a la ejecución directamente por hechos exteriores". Esto determina que todo lo que no suponga el comienzo de la ejecución debe quedar relegado al ámbito de la preparación, constituyendo actos preparatorios que serán o no punibles según su naturaleza y según el legislador haya decidido castigarlos o no en relación con el delito de que se trate[881]. Así, en el ejemplo concreto del delito de sustracción de menores no son punibles, por cuanto el legislador no ha creado ningún tipo específico a este respecto.

En segundo lugar, ese inicio de la ejecución se produce cuando el autor comience a ejecutar los actos que objetivamente deberían producir el resultado. El precepto establece que el sujeto debe practicar "todos o parte de los actos". Este extremo será lo que posteriormente dará lugar a la distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada[882]. Si el autor logra ejecutar todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, el delito quedaría en grado de tentativa acabada. Por el contrario, si el sujeto logra realizar solo algunos de los actos que objetivamente deberían conducir al resultado, el mismo quedaría en grado de tentativa inacabada, lo cual será relevante a efectos penológicos, pues el artículo 62 CP recoge dos criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de punir una tentativa (grado de ejecución alcanzado y el peligro inherente al intento). La tentativa inacabada implicará un menor grado de injusto que la tentativa acabada porque en la primera aún quedan actos por realizar para que ese resultado aparezca, mientras que en esta última todos los actos han sido realizados, el resultado es, ya, inminente[883].

En tercer y último lugar, el resultado debe no producirse por causas independientes a la voluntad del autor[884]. Este elemento es crucial para distinguir la tentativa del desistimiento y es un elemento puramente subjetivo que reside en la propia voluntad del autor, que será lo que marque si se está ante una figura u otra cuando el resultado no ha llegado a producirse. Si ese resultado no se produce, aun cuando el autor quería que ello ocurriera, pero ha aparecido un factor externo (ya sea por la intervención de un tercero, por la intervención de la propia víctima o por agentes casuales) que ha impedido la producción del mismo, ese resultado no se ha producido pero por causas completamente ajenas a la voluntad del autor, que intentó alcanzarlo sin éxito, por lo que se trata de un delito intentado pero no consumado. Antes al contrario, si el autor decide voluntariamente detener ese curso causal y para esa ejecución delictiva o, en el caso de que ello no sea posible, realiza algún comportamiento positivo de evitación del resultado, se produciría

---

[880] JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970, pp. 500-501.

[881] Recuérdese que no todos los actos preparatorios son punibles: según los artículos 17 y 18 CP, solo se castigan la conspiración, la proposición y la provocación y solo en aquellos casos en que el texto punitivo lo establezca expresamente.

[882] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 447.

[883] GONZÁLEZ MATEOS, J. C. "La penalidad de la tentativa", *Revista del Poder Judicial*, núm. 61, 2001, p. 186 y ss.

[884] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 882-883.

un desistimiento, impune o no dependiendo de hasta dónde haya llegado el sujeto y las condiciones en que haya quedado esa ejecución.

Con razón se ha indicado que el tipo de la tentativa es un tipo dependiente, pues lo que es punible es la tentativa de delito, no el delito de tentativa, al tiempo que no necesariamente existe una vinculación entre consumación y lesión del bien jurídico, en tanto en cuanto los delitos de peligro se consuman también con la completa realización del tipo[885]. La tentativa conforma un tipo dependiente de la consumación, no comporta un delito autónomo. La tentativa es solo un grado menor que la consumación, pero no constituye un tipo distinto, independiente. El sujeto se dirige a la consumación, está realizando un delito concreto, pero, por motivos ajenos a su voluntad, no lo consigue. Eso significa que el delito se queda a medio camino, no termina de realizarse, pero tentativa y consumación son dos caras de una misma moneda[886]. Uno de los motivos que se ha esgrimido para defender que la tentativa no es un delito autónomo, sino dependiente, es el hecho de que el precepto de delito intentado no protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino que se protege exactamente el mismo bien[887].

Ciertamente, la tentativa y la consumación se distinguen únicamente en el plano objetivo, es decir, en el plano de la producción del resultado, pero el elemento subjetivo es idéntico. No es lógico sostener que el elemento subjetivo del delito doloso, es decir, el dolo del sujeto, cambia en fase de tentativa y en fase de consumación, algo que en los delitos instantáneos supondría un cambio profundo en cuestión de segundos[888].

Por cuanto se refiere a los delitos de mera actividad, la tentativa acabada no puede producirse porque daría lugar directamente a la consumación del mismo, lo cual no obsta para que pueda acontecer una tentativa inacabada[889]. Por tanto, se produciría una equivalencia entre tentativa acabada y consumación en los delitos de mera actividad al no existir el elemento típico del resultado que sirve de frontera entre la tentativa acabada y la consumación en los delitos de resultado.

Esta opinión ha sido rechazada por quienes consideran que no existen diferencias entre tentativa acabada e inacabada según si el delito es de resultado o de mera actividad, puesto que el parámetro utilizado para definir las formas imperfectas de ejecución es la afección al bien jurídico protegido, es decir, el desvalor del resultado presente en cualquier hecho delictivo[890].

Se ha defendido anteriormente que todos los delitos se componen por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, con independencia de si se trata de tipos de mera actividad o de resultado. Semejante postura es compatible con lo que ahora se afirma

---

[885] MAÑALICH RAFFO, J. P. "La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, p. 138-139.
[886] Con todo, no es un criterio pacífico. Parte de la doctrina, siguiendo a JAKOBS, diseña el delito a partir de la infracción jurídica, de la defraudación de una expectativa, la desautorización de una norma y, considera que este esquema promueve la "concepción autónoma de la tentativa en relación con la consumación", la tentativa no derivaría de la consumación, sino que son conceptos que gozan de autonomía uno con respecto al otro. Así, POLAINO NAVARRETE, M. "El injusto de la tentativa …", Ob., cit., p. 71.
[887] JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de…,* Ob. cit., p. 449.
[888] En el mismo sentido de atribuir a la tentativa y a la consumación el mismo elemento subjetivo, difiriendo solo en el plano objetivo, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Teoría jurídica…,* Ob. cit., pp. 84-85.
[889] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 448.
[890] ACALE SÁNCHEZ, Mª. "Los delitos de …", Ob. cit., p. 39.

acerca de que un delito de mera actividad no puede realizarse en grado de tentativa acabada porque ello significaría directamente la consumación del mismo. Ello es así porque el desvalor del resultado al que se hace referencia como un componente que integra todo delito, con independencia de su naturaleza, es la lesión del bien jurídico (o la puesta en peligro si el delito es de peligro), algo que es distinto al resultado material como elemento típico de los delitos de resultado cuya aparición supondrá la consumación[891]. Ese resultado material ausente en los delitos de mera actividad implica, por consiguiente, que el delito se consuma solo con la realización de la actividad distinta a la prevista por la norma penal, de manera que solo podrá producirse una forma imperfecta de ejecución de tales delitos en forma de tentativa inacabada pues, al no requerirse resultado material alguno, la ejecución completa de la conducta conducirá irremediablemente a la consumación[892].

Señala DÍEZ RIPOLLÉS que la tentativa inacabada en los delitos de simple actividad es conceptualmente posible, aunque su punición no está legalmente prevista, dado que el artículo 16 CP se refiere a los actos que objetivamente produzcan el resultado y los delitos de mera actividad carecen de aquel[893]. Esto podría salvarse si se interpreta el resultado como resultado lesivo (lesión al bien jurídico), no como resultado material, lo que permitiría castigar las tentativas inacabadas en delitos de mera actividad, que de otra manera deberían quedar impunes so pena de infringir el principio de legalidad.

Como se ha mencionado anteriormente, en el delito de sustracción de menores, existe una modalidad de mera actividad, la de retención. Con la simple retención del niño, la conducta quedaría consumada. La retención implica que el menor se encuentra ya en poder del sustractor, que se limita a no entregarlo a quien corresponde. Pero como se ha visto que esta modalidad exige un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa, no bastará con una retención momentánea, sino que debe prolongarse durante un tiempo razonable. Este extremo hace difícil la aparición de la tentativa, por cuanto un supuesto de retención de escasa entidad, que no llegue a constituir ese incumplimiento grave, impedirá la tipicidad de la conducta por falta de concurrencia de todos los elementos típicos.

En los delitos de resultado, la tentativa determina que aquel no llega a acontecer, de lo contrario, nos encontraríamos ante un delito consumado[894]. En este caso, el delito de sustracción de menores cuenta con una modalidad de resultado, la de traslado, siendo que, si el sujeto no llega a trasladar al menor, por causas ajenas a su voluntad, se estaría ante un delito de sustracción de menores en grado de tentativa.

Ya se ha reiterado en múltiples ocasiones que la tentativa puede ser acabada o inacabada, de forma que "cuando los actos ejecutados formen una secuencia suficiente para alcanzar la consumación, entonces, la tentativa será acabada, mientras que cuando no fueran suficientes para producir el resultado, pero sí fueran necesarios como parte de una cadena suficiente para producir el resultado, la tentativa será inacabada" [895]. A ese

[891] HUERTA TOCILDO, S. *Sobre el contenido…,* Ob. cit., pp. 53-54.
[892] En el mismo sentido de admitir la tentativa en delitos de mera actividad al estimar que resultado típico existe en cualquier hecho delictivo, POLAINO NAVARRETE, M. "El injusto de la tentativa…", Ob., cit., p. 84.
[893] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 524.
[894] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al. Manual de Derecho Penal…* (tomo I), Ob. cit, p. 321.
[895] DOVAL PAÍS, A. *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 105.

respecto, es posible que el sujeto haya llevado a cabo todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado (el traslado) o puede que no llegue a ejecutar todos los actos porque esa interrupción por parte de un agente externo se produzca con anterioridad a la ejecución completa. En cualquier caso, el elemento común será que el resultado no acontece.

En el caso del delito de sustracción de menores, calificar si la tentativa es acabada o inacabada requiere de una previa distinción entre las dos modalidades que incluye el tipo:

a. La modalidad de traslado es un tipo de resultado, para su consumación se requiere el traslado efectivo del menor. Existirá tentativa acabada si el sujeto ha realizado todos los actos necesarios para que el traslado se produzca pero, sin embargo, dicho traslado nunca llega a tomar forma[896]. Por ejemplo, si el sujeto es sorprendido por las autoridades policiales en un aeropuerto, en autovía o autopista, la tentativa sería acabada porque el sujeto ya ha aprehendido al menor, lo ha separado de la esfera en la que se encuentra y está llegando a la consumación del delito, que se producirá cuando el viaje torne a su fin y el menor se encuentre en el interior del lugar que constituirá su nueva residencia física. Si, por el contrario, el agente no ha podido desarrollar todos los actos que conducirían al resultado, a ese traslado, la tentativa quedaría inacabada. Esto se produciría si el menor no llega a ser aprehendido, por ejemplo, pues aún no se habrían ejecutado todos los elementos típicos.

b. La modalidad de retención es de mera actividad porque con retener al menor el delito se consuma, no se exige ningún elemento más. Como se ha mencionado anteriormente, la tentativa acabada sería incompatible con este tipo de delitos, por cuanto, si se producen todos los elementos típicos, la ausencia de resultado natural determinaría la producción automática de la consumación. Con todo, sí podrían configurarse casos de tentativa inacabada[897]. Aquí no cabe poner como ejemplo el hecho de no llegar a aprehender al menor porque, por definición, este se encuentra en manos del sustractor, que se limita a retenerlo. Si esa retención no se mantiene en el tiempo durante un periodo razonable como para poder afirmar que el bien jurídico se ha lesionado y ello ocurre debido a la intervención de un tercero, o incluso del propio menor, podría decirse que el delito ha quedado en grado de tentativa inacabada.

En cuanto al modo de punición de la tentativa, el artículo 62 CP prevé la rebaja de uno o dos grados con respecto a la pena del delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado[898].

---

[896] También admite las formas imperfectas de ejecución en la modalidad de traslado, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 423.

[897] QUERALT JIMÉNEZ, J., entiende que en la modalidad de retención la tentativa es discutible, aunque no descartable. En *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 423.

[898] Este precepto recuerda a los antiguos artículos 51 y 52 del Texto Refundido de Código Penal de 1973. El Texto Refundido distinguía entre delito frustrado y delito intentado, lo que actualmente se conoce como tentativa acabada y tentativa inacabada, respectivamente. Pues bien, el antiguo delito frustrado (la actual tentativa acabada) se castigaba con la pena inferior en grado a la del delito consumado (art. 51 TRCP-1973); la tentativa de delito era castigada con la pena inferior en uno o dos grados con respecto al delito consumado, al arbitrio del Tribunal. Con la regulación del Código Penal de 1995, la tentativa y la frustración se unen en una misma institución (siguiendo otras legislaciones del entorno) y ambas se castigan con la pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente para el delito consumado. Actualmente, también se sigue otorgando arbitrariedad al tribunal para decidir, pues el precepto señala que la pena se impondrá "en

Por consiguiente, habrá de atenderse al peligro que ha supuesto el intento de sustracción para los derechos tutelados y al mayor o menor grado de ejecución de aquella, quiere decirse, lo cerca que estuvo el autor de alcanzar la consumación del delito.

Es crucial reseñar que, en el delito de sustracción de menores, todos los supuestos de tentativa, en tanto no sobrepasen las veinticuatro horas de duración, deberán reconducirse a la excusa absolutoria. Lo contrario no tendría sentido, pues implicaría castigar menos duramente un delito consumado que no excede de veinticuatro horas que un supuesto de delito intentado. De esta forma, si el delito consumado puede beneficiarse de la aplicación de la excusa absolutoria, quedando el sujeto exento de pena, sería descabellado condenar al sujeto que no llega a consumar la sustracción, con la pena del tipo básico rebajada en uno o dos grados, sobre todo teniendo en cuenta que la aplicación de la exención de pena no requiere de ningún tipo de comportamiento postdelictivo positivo, sino que se produce automáticamente cuando la sustracción presenta una duración inferior a veinticuatro horas.

Sin embargo, en la práctica jurisprudencial, pueden encontrarse supuestos en los que se ha condenado por un delito de sustracción de menores en grado de tentativa. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Ciudad Real[899], confirma la resolución del Juzgado de lo Penal número 2 de dicha provincia en la que se condena como cooperadores necesarios a varios sujetos que intervinieron en la sustracción de una menor por parte de la madre. Los hechos sucedieron en febrero de 2013, cuando la madre de la menor, tras ocho años sin tener contacto alguno con su hija, decide sustraerla del colegio, en compañía de su madre (la abuela de la menor) y otros dos sujetos. Cuando vieron a la niña salir del centro escolar, la abuela y los dos sujetos salieron de un vehículo, mientras la madre de aquella permanecía en el interior del mismo, le dijeron que subiera al coche y, al resistirse la menor, la cogieron del brazo e intentaron introducirla a la fuerza, si bien la niña consiguió escaparse. El Juzgado de lo Penal condenó a la madre y a la abuela de la niña como coautoras un delito de sustracción de menores en grado de tentativa a una pena de nueve meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de un año y medio. Además, castiga como cooperadores necesarios a los dos sujetos a la pena de cuatro meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Resulta llamativo que la resolución sea condenatoria y no se haga mención alguna a la excusa absolutoria, por lo que se obtiene el irracional resultado de castigar más severamente al delito intentado que al consumado, siendo que, si la sustracción llega a haberse producido y hubiese durado menos de 24 horas, las autoras habrían quedado exentas de pena. Realmente, con la tentativa no llega a producirse sustracción alguna, por lo que el supuesto debería haberse reconducido a la causa de exclusión de la pena para evitar incoherencias penológicas graves.

---

la extensión que se estime adecuada", si bien ahora contamos con dos criterios que en la anterior regulación no existían: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

[899] SAP Ciudad Real núm. 96/2019, de 29 de abril.

*2.2 El desistimiento*

La tentativa no quedará totalmente frustrada mientras el autor siga pudiendo consumar el delito y sea consciente de ello[900]. Si, en dicha situación, el sujeto decide interrumpir la ejecución del delito, el desistimiento es posible, al igual que la impunidad de la tentativa, lo que expresa una comprensión del suceso como un todo unitario que engloba tanto lo ya realizado como lo de posible realización, conformando todos esos actos una unidad natural de acción siempre y cuando se encuentren conectados espacio-temporalmente[901].

En cuanto al momento en que es posible llevar a cabo el desistimiento, se distinguen también dos tipos de teorías[902]. Partiendo de la teoría de la consideración global, mientras el sujeto pueda seguir intentando llevar a cabo la producción del resultado con nuevos actos ejecutivos inmediatamente conectados con los que ha llevado a cabo hasta entonces, aún puede todavía desistir voluntariamente y, por tanto, abrazando la posibilidad de resultar impune por la tentativa. Por el contrario, la teoría de la consideración individualizada defiende que, tras un primer intento fracasado al objeto de producir el resultado, se excluye la posibilidad de desistir.

La teoría de la consideración global resulta más acertada, se muestra más cercana a la realidad[903]. En el momento en que el sujeto advierta que su plan no funcionará, inmediatamente buscará una nueva vía que tenga disponible en ese instante para acabar con la ejecución. De esta forma, si el segundo intento está inmediatamente conectado temporal y espacialmente con el anterior, se puede desistir del mismo y así sucesivamente mientras esa conexión no se pierda[904].

Una de las características cruciales del desistimiento es que este ha de ser voluntario, lo que implica que "podrá conducir a la impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad del que desiste conseguir la consumación; por el contrario, si en un determinado momento el autor ha errado su meta y no puede conseguirla aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento"[905].

La renuncia del sujeto ha de obedecer a argumentos objetivos, lo que desembocaría en la denominada "teoría de la consideración global modificada", que conduce a que el

---

[900] ALASTUEY DOBÓN, C. "Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 5, 2011, p. 50.
[901] *Ibídem*, p. 50.
[902] *Ibídem*, p. 19.
[903] ALASTUEY DOBÓN, C. ha criticado tanto una como otra, al estimar que la primera acierta en cuanto a la regulación del desistimiento, pero fracasa en el intento de calificar la tentativa; y, a la inversa, la segunda califica óptimamente la tentativa acabada y la inacabada, pero fracasa al resolver la cuestión del desistimiento, por lo que se propone un tercer criterio que supone la admisión del desistimiento (pasivo) en los casos de tentativa acabada.La justificación de esta posición se asienta sobre la base de que el desistimiento es independiente de si la acción queda en grado de tentativa acabada o inacabada, toda vez que lo realmente importante es el fundamento que se adjudique a tal institución, al porqué una persona que desiste de su actuación delictiva puede quedar impune. Por ende, habrá que dilucidar cuándo se puede desistir y cuándo no es posible al haber quedado ya fracasada la tentativa. Cuando dicha tentativa aún no ha fracasado, quedará impune si el autor evita voluntariamente la producción del resultado, algo que hará mediante la omisión de continuar con la ejecución (si esto es suficiente) o mediante el impedimento de la producción del resultado cuando el grado de ejecución alcanzado no permita impedir el mismo a no ser que se realice una actuación para ello. *Ibídem*, pp. 23-24.
[904] *Ibídem*, p. 50.
[905] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 452-453.

desistimiento solo será admisible si el autor sabe que existen medios alternativos de consecución de la consumación que considera apropiados para él y, aun así, renuncia a utilizarlos[906]. Si el sujeto no conoce que dispone de otros medios alternativos a su alcance para continuar con la ejecución delictiva, el desistimiento no aparece, por cuanto falta la voluntariedad para desistir; para que exista desistimiento, es necesario que el sujeto conozca sus posibilidades y, en conocimiento de que puede seguir actuando, decida libremente frenar el curso delictivo[907].

En definitiva, es de vital importancia que el desistimiento sea realmente voluntario, es decir, que el autor haya decidido voluntariamente interrumpir la ejecución, sin que esta pueda atribuirse al azar[908]. Así, el desistimiento implicará, en todo caso, el hecho de que el sujeto frene la ejecución del delito antes de la producción del traslado y voluntariamente, con independencia de los motivos que le lleven a ello. En este supuesto, tanto razones de política criminal como la falta de necesidad de pena recomiendan que la conducta quede sin sanción, pues el sujeto voluntariamente ha detenido la ejecución iniciada, sin llegar a lesionar el bien jurídico protegido.

MARTÍNEZ ESCAMILLA considera que la voluntariedad quedaría excluida cuando aparece una circunstancia antes de la consumación del delito que no la impide materialmente pero ejerce tanta influencia psíquica en el sujeto que no le deja otra opción que la de desistir y ello con independencia de la valoración normativa de los motivos de dicho desistimiento; y cuando razones materiales imposibilitan la realización objetiva del plan a pesar de que sigue siendo posible producir el resultado típico[909].

Tiene razón la autora en cita al excluir la voluntariedad en tales supuestos porque realmente, en estos casos en los que pese a que la consumación sigue siendo aun posible, la circunstancia sobrevenida ejerce una presión o una influencia en el sujeto hasta el punto de impedirle continuar con la ejecución, este no ha desistido, sino que se ha visto obligado a frenar la ejecución típica como consecuencia de dicho elemento sobrevenido. Por consiguiente, si el sustractor se ve presionado altamente por una circunstancia sobrevenida (por ejemplo, presión policial, sabiendo que lo están persiguiendo y lo van a encontrar) o si, directamente, se encuentra acorralado y es esto lo que le impulsa a frenar la sutracción, se tratará de un desistimiento involuntario y, por lo tanto, inválido para propiciar la impunidad.

Además de voluntario, el desistimiento ha de ser definitivo, no puede constituir un mero aplazamiento o suspensión del *iter criminis* para reanudarlo después en el seno de circunstancias más propicias[910]. Este segundo requisito es, igualmente, difícil de demostrar, dada la subjetividad del mismo. Debe acudirse a indicios exteriores para verificar si realmente ese desistimiento es definitivo. El sujeto debe decidir fehacientemente volver a la obediencia a la norma. Y es precisamente este motivo el que justifica la identificación del desistimiento con una causa de exclusión de la pena (excusa

---

[906] ALASTUEY DOBÓN, C. "Tentativa inacabada …", Ob. cit., p. 51.
[907] *Ibídem*, p. 51.
[908] Así lo ha señalado también GIMBERNAT ORDEIG, E. "El desistimiento en la tentativa acabada", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 51, 1998, p. 30.
[909] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *El desistimiento en Derecho Penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 22-24.
[910] ECHARRI CASI, F. "Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunibilidad", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1683.

absolutoria). En la práctica será difícil conocer si el sujeto piensa o no reanudar el delito más tarde, cuando la situación le sea más favorable.

Como dispone el artículo 16.2 CP, el desistimiento implica la exención de pena para el sujeto, salvo que los actos realizados hasta el momento ya fueran constitutivos de delito. La doctrina ha estimado que el fundamento de exención de responsabilidad en los casos de desistimiento puede obedecer a dos grandes vertientes: o bien desde una óptica de protección del bien jurídico puesto en peligro por la acción intentada, dado que el bien jurídico ha sido efectivamente salvado por parte del propio agente, con especial protagonismo del valor de resultado; o bien desde la óptica de protección de la vigencia del Ordenamiento jurídico, por cuanto el agente, al salvar el bien jurídico, ha reafirmado la vigencia de la norma que previamente ha vulnerado al poner en marcha el curso causal, destacando el valor de acción[911].

La impunidad del desistimiento[912] se justifica tanto por orientaciones político-criminales como por los fines de la pena, pues esta se manifiesta como no necesaria una vez que se produce el desistimiento por motivos de prevención general y especial[913]. Aunque se desista, el desistimiento no borra todo lo acontecido antes. No obstante, la vuelta a la legalidad de manera voluntaria por parte del sujeto expresa la idea de que la pena deja de ser necesaria.

En el caso del traslado, el desistimiento implicaría que el sujeto decide abandonar ese proyecto de traslado y reintegrar al niño. Ahora bien, si el traslado ya se ha producido y el sujeto activo se arrepiente y decide devolver al menor, la conducta ya habría quedado consumada. En ese supuesto, habría que analizar si el reintegro del menor se realiza a tiempo para poder beneficiarse de la exención de pena previsto en el tipo para sustracciones inferiores a 24 horas. En caso contrario, aún quedaría a salvo la posibilidad de aplicar el tipo privilegiado y, en cualquier caso, siempre sería conveniente rebajar la pena con la atenuante de la reparación del daño, en calidad de atenuante muy cualificada, dada la importancia de que el sustractor decida devolver al menor voluntariamente, especialmente si el niño había conseguido cruzar las fronteras españolas. Por consiguiente, el núcleo central del desistimiento gira en torno a la no producción del traslado. Ya se ha expuesto que el desistimiento no resulta operativo una vez que el delito queda consumado. El delito se consuma con el traslado, luego tras este momento, no cabe desistir, a lo sumo podría aplicarse la atenuante de la reparación del daño.

Por cuanto respecta a la modalidad de retención, tampoco es complicado encontrar supuestos de desistimiento. Ciertamente, el hecho de que la retención constituya un delito de mera actividad dificulta el proceso, toda vez que con retener quedaría consumada la conducta. Sin embargo, no puede olvidarse que la modalidad de retención incluye otro elemento típico consistente en el incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Por tanto, cabría un supuesto de desistimiento en que las retenciones tornaran a su fin antes de que el incumplimiento grave acontezca. Esto puede ocurrir si el sujeto retiene al menor ocasiones contadas, sin que se extienda lo suficiente para que la

[911] ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002, pp. 48-49.
[912] Esta materia ha dado lugar a muy diversas interpretaciones doctrinales, siendo que la línea seguida por la Jurisprudencia es la identificación del desistimiento con una excusa absolutoria, tal y como indica el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002.
[913] Postura defendida por MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 886.

conducta presente la relevancia penal necesaria para justificar la gravedad de las penas previstas. Por consiguiente, es posible desistir de la conducta de retención si este desistimiento tiene lugar con anterioridad a que aquella integre la gravedad suficiente que exige el tipo. De lo contrario, ocurriría igual que con la modalidad de traslado: si el sustractor posteriormente cede y entrega al menor, dando cumplimiento a la resolución, podrá aplicarse la atenuante de la reparación del daño, pero no cabe la aceptación de un desistimiento producido con posterioridad a la consumación.

### 3. Autoría y participación

Decía CARRARA que "la voluntad y el brazo de un solo hombre bastan para la comisión de un delito; desde que la voluntad determinó y el brazo consumó el hecho transgresor de la ley, nada falta a la existencia de aquel"[914].

Ha quedado ya comprobado que, la sustracción de menores, al configurarse como un delito especial propio[915], solo puede ser cometido, en principio, por el padre o la madre del menor sustraído, si bien luego ese círculo de posibles autores se amplía a determinados parientes. Esto no obsta a cualquier tipo de intervención por parte de *extranei,* que no requieren de una especial cualidad para poder cooperar en la realización del hecho típico.

Estas personas (padres y parientes próximos) actuarán en autoría inmediata o directa cuando solo existe un autor y él será quien ponga en marcha todo el proceso causal, lo que propiciará la aparición del resultado lesivo para el bien jurídico[916]. A este respecto, se ha indicado que el "aspecto de acceso se concreta en que se accede a todos los elementos típicos sin intermediarios; el aspecto de control se plasma en un dominio del suceso en solitario y sin aprovechamiento de ninguna otra persona"[917].

Verdaderamente, se trata de supuestos en los que una sola persona con su acción integra la totalidad del tipo, con independencia de si se alcanza la consumación o si el hecho queda únicamente en grado de tentativa y con independencia incluso de si concurre desistimiento, pues lo relevante para determinar este tipo de autoría es que el sujeto haya actuado solo y controle la totalidad del suceso por sí mismo, sin intermediarios ni otras personas de las que se aproveche, a salvo los partícipes.

Si uno de los progenitores sustrae a un hijo menor de edad mediante el traslado o la retención del mismo, se estará ante un supuesto de autoría inmediata única porque es el progenitor quien realiza la conducta y quien dispone del pleno control causal, al margen de que puedan existir conductas de participación.

El delito de sustracción de menores no es un tipo que se preste fácilmente a una autoría mediata, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos penales, como el hurto o el homicidio. La autoría mediata se compone de varios elementos: el primero de ellos consiste en el acceso al tipo a través de intermediarios, pues el precepto señala que la autoría se realiza por medio de otra persona; y el segundo implica la capacidad del hombre

---

[914] CARRARA, F. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, 2ª ed., (trad. ROMERO GIRÓN, V.), Analecta Editorial, Navarra, 1926, p. 191.
[915] De la misma opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 293.
[916] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 910.
[917] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Política Criminal y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 460.

de atrás para instrumentalizar a otra persona en relación a la realización del hecho, pues el precepto indica que el hombre de atrás se sirve de un tercero como instrumento[918].

Podría plantearse el supuesto de que se produzca una autoría mediata en el supuesto de que el progenitor haga creer a una persona que está cuidando del menor que le corresponde más tiempo del debido y se produzca así una retención, o que comunique a alguien de su confianza que dispone del consentimiento necesario y que traslade al menor a algún otro sitio, siendo que realmente ese consentimiento no existe. No obstante, lo más común es que este tipo se cometa por medio de una autoría inmediata única o en la que puede contribuir algún partícipe, quedando esto patente a través de las resoluciones judiciales[919], sin que se haya encontrado ningún supuesto de este tipo a lo largo de todo el material jurisprudencial revisado para el desarrollo de la presente investigación.

Por cuanto atañe a la coautoría, "el acceso típico se caracteriza por que se alcanza el merecimiento de pena propio del injusto específico realizando de forma incompleta o parcial el tipo; por otro lado, lo peculiar del control del suceso es que solo se logra como consecuencia de la intervención conjunta de varios sujetos"[920].

Efectivamente, se exigen tres notas distintivas que deben concurrir para que pueda afirmarse que las personas que han cometido el delito son coautoras: el hecho debe ser realizado por dos o más personas, de lo contrario el delito sería cometido por un autor único o un autor y partícipes, pero no existiría coautoría; esa realización de varias personas se puede hacer directamente o por medio de otros intermediarios, pues igual que existe la autoría mediata nada obsta a que tenga lugar una coautoría mediata; cada coautor realiza una parte del tipo y entre todos, de manera conjunta, se realiza el tipo completo de consumación o tentativa[921].

Sin embargo, esas tres notas necesitarían un elemento adicional, cual es, el acuerdo mutuo de los coautores, dado que solo a partir de ese acuerdo puede justificarse el hecho de que cada coautor no vaya a responder por lo realizado individualmente, sino que responde por lo suyo y por lo de los demás, a modo de una responsabilidad mutua derivada de aquel[922].

El acuerdo no tiene por qué ser expreso ni previo, pudiendo ser tácito y simultáneo[923]. En este sentido, puede producirse durante la propia ejecución o, incluso, tratándose de delitos permanentes, tras la consumación, en cuyo caso se trataría de una coautoría sucesiva y, con respecto a la coautoría con posterioridad a la consumación en un delito permanente, la responsabilidad del coautor se extenderá a lo que este realice de manera conjunta, sin que sea posible imputarle lo acontecido antes de su participación por mucho que lo conozca y lo acepte[924].

---

[918] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Política Criminal y…,* Ob. cit., p., pp. 460-461.
[919] En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ A. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 133.
[920]DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Política Criminal y…,* Ob. cit., p. 460.
[921] DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. "La autoría conforme al Código Penal", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 2, 2000, p. 1725.
[922] *Ibídem*, p. 1725.
[923] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, 2017, p. 31.
[924] DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. "La autoría conforme …", Ob. cit., p. 1725.

Esto es importante de cara al delito objeto de estudio, pues la sustracción de menores es un delito permanente que admite la coautoría incluso después de la consumación del mismo porque el delito continúa consumándose en el tiempo hasta que cese la situación antijurídica, si bien será más frecuente encontrar casos de participación[925]. Por tanto, en este caso no se puede acudir a la regla general de que cualquier tipo de participación con posterioridad a la consumación pertenecería al ámbito del encubrimiento, porque la naturaleza del delito permite una consumación continua, el delito no termina nunca de consumarse hasta que la situación del menor sea restablecida y la colaboración en el tipo penal puede ser juzgada de participación o incluso de coautoría, y ello pese a la inexistencia de un acuerdo previo, pues lo importante no es que ese acuerdo tenga lugar con anterioridad a la ejecución del delito, sino que el mismo exista, aunque se produzca en un momento posterior a la misma, configurándose un caso de autoría sucesiva.

Con todo, es necesario destacar que el delito de sustracción de menores no solo es un delito permanente, sino también un delito especial, de manera que no cualquier persona puede ser autora, solo aquellos en quienes confluya esa condición especial requerida por el tipo, que en este caso no es otra que la de ser el padre o madre del niño sustraído o los parientes mencionados en el quinto apartado del artículo 225 bis CP. Esto implica que, muy frecuentemente, la mayoría de las actuaciones que se produzcan incluso con posterioridad a la ejecución y durante la consumación del delito (al ser permanente) serán calificadas de participación y no de autoría, lo cual no quiere decir que la opción de formar una coautoría sucesiva sea completamente imposible. Por ejemplo, sería posible en el caso de que el padre o madre sustraiga al menor de la persona o la institución encargada de la custodia del menor y el otro, con posterioridad, tenga conocimiento de la situación y realice actos de autoría, continuando con esa sustracción. Ciertamente, el supuesto es algo forzado y probablemente en la mayoría de supuestos exista o una coautoría a partir de un acuerdo previo o un acuerdo que tenga lugar en el mismo momento de la ejecución del delito, o bien supuestos de participación, siendo infrecuente que en el caso concreto del delito de sustracción de menores se encuentre una coautoría sucesiva posterior a la consumación.

El delito de sustracción de menores participa del conflicto relativo a la participación en los delitos especiales, por lo que uno de los interrogantes que deben resolverse atañe a la posibilidad de establecer una coautoría entre personas que no reúnen las cualidades exigidas por el legislador para poder realizar el tipo, al margen de que es perfectamente posible que dos *intranei* puedan ser coautores de un delito[926], como ya se ha visto, por ejemplo, en el caso de que sean los dos padres los que lleven a cabo la conducta[927]. Autor de estos delitos solo pueden serlo los calificados como *intranei,* es decir, aquellos que presentan la característica especial marcada por el legislador, dejando a los *extranei* como partícipes y, dependiendo del grado de implicación, habrá de determinarse si serán cooperadores necesarios o no necesarios.

---

[925] En el mismo sentido de permitir la participación en fase post-consumativa en los delitos permanentes, PECORARO-ALBANI, A. "Del reato permanente", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año 3, 1960, p. 450.

[926] Entendiendo que la coautoría es factible, MONGE FERNÁNDEZ A. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 134.

[927] Esto fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Tarragona núm. 488/2018, de 9 de noviembre, si bien la Audiencia no apreció que la conducta fuese delictiva debido a la voluntad de la menor (de diecisiete años de edad) de irse del centro en el que se encontraba con sus padres a Marruecos y volver, ya mayor de edad, a España en compañía de su marido.

Ha sido defendida también la idea contraria: la posibilidad de que un extraneus se configure como un coautor de un delito especial pese a no reunir las cualidades especiales requeridas por el tipo y ello bajo el argumento de que no todos los coautores deben realizar todos los actos ejecutivos, sino que es posible que lleven a cabo solo una ejecución parcial[928].

Empero, la realización de la conducta típica como tal, no puede venir de la mano de quien no puede perpetrarlo. El delito de sustracción de menores es un delito especial porque solo puede ser cometido por el padre o la madre del menor sustraído o por el círculo reducido de familiares que recoge la cláusula extensiva del último apartado del tipo. Fuera de estas personas, nadie más puede realizarlo. Por otra parte, el *extraneus* formará parte de la ejecución delictiva siempre de manera dependiente con respecto al *intraneus,* ejecutará el delito siempre en la medida en que el intraneus lleve a cabo su propia ejecución. Si el *extraneus* requiere siempre de un *intraneus* para poder ser considerado coautor, en la medida en que se defienda que es posible la ejecución parcial del delito, ello es lo mismo que afirmar que la otra parte del tipo, la otra ejecución parcial, ha de ser realizada forzosamente por el *intraneus*, lo que demuestra que el dominio del hecho del *extraneus* no es tan intenso como para que puede calificarse como autor.

La solución pasa por considerarlo cooperador, pues la cooperación es accesoria a la autoría y en los delitos especiales la aportación del *extraneus* siempre va a estar subordinada a la del *intraneus*. Si el *extraneus* retira su aportación, el *intraneus* podrá reorganizar el plan para cometer por sí solo el delito, pero el supuesto contrario no es viable: un e*xtraneus* no puede cometer el delito sin la ayuda de un *intraneus*. Una persona ajena a la familia, ajena al círculo descrito por el tipo de sustracción de menores, nunca podrá ser autora de este delito. Si lleva a cabo la conducta de trasladar al menor sin el consentimiento de quien corresponda o lo retiene injustificadamente, el comportamiento será calificado de detención ilegal (o secuestro), pero no de sustracción de menores. No obstante, si esa persona actúa en el seno de una conducta de sustracción de menores realizada por el padre, la madre o alguno de los familiares especificados por el tipo, sí puede el comportamiento englobarse dentro de ese delito, pero siempre como una cooperación (necesaria o no necesaria) a la conducta de quien sí está cualificado para cometerla. Por consiguiente, dada la incapacidad de una conducta de un *extraneus* para cumplir con lo dispuesto en un tipo especial, toda vez que es necesaria siempre la "cooperación" por parte de un *intraneus*, la accesoriedad de ese comportamiento, la dependencia a aquella ejecución del *intraneus* imposibilita que pueda concebirse al *extraneus* como un coautor[929].

La accesoriedad es la esencia propia de la participación[930], por lo que el *extraneus* siempre será partícipe y no coautor toda vez que, si bien es cierto que no todos los coautores deben realizar la totalidad de actos ejecutivos, pudiendo cada uno desarrollar una ejecución parcial, todos los coautores de un delito están capacitados para cometerlo (aunque sea cambiando un poco la organización) por sí mismos. No ocurre lo mismo en el caso de un delito especial, en el que la persona que carece de las cualidades necesarias para ser autor siempre necesitará de la ejecución parcial de quien sí las reúne, motivo por el cual la ejecución del *extraneus* se convierte en una ejecución accesoria y subordinada

[928] DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. "La autoría conforme …", Ob. cit., p. 1726.
[929] Así, también, MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 478.
[930] Vid. por todos, BUSTOS RAMÍREZ - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho…,* Ob. cit., p. 297.

a aquella, lo que determina que el *extraneus* pueda participar en el delito especial pero no ser autor del mismo[931].

Así las cosas, el interrogante que se planteaba más arriba acerca de si un *extraneus* puede ser coautor de un delito especial debe ser respondido de manera negativa[932], dado que autores de los delitos especiales solo podrán ser quienes reúnan las cualidades descritas por el legislador en el tipo, lo cual no quiere decir que un *extraneus* no pueda formar parte de la ejecución de un delito especial, podrá hacerlo, pero su comportamiento integrará un acto de cooperación y, más tarde, habrá de determinarse si esa cooperación es necesaria o no necesaria, con las diferencias penológicas existentes entre ambas.

La participación se define como intervención en un hecho ajeno, razón por la cual se necesita que exista ese hecho ajeno para poder contribuir a él[933]. En cuanto a la inducción, la doctrina apunta a que debe cumplir los requisitos propios de toda inducción para ser punible, esto es, ha de ser anterior al hecho, directa, eficaz, dolosa y seguida del comienzo de la ejecución del delito[934]. Por consiguiente, existirá inducción cuando un tercero haga nacer en la figura del progenitor o pariente la idea de trasladar o retener al menor, procediendo este a realizar la inducción.

Se requiere una actividad dolosa dirigida a mover la voluntad del inducido a realizar una verdadera conducta de autoría, sin que sea posible una inducción a la participación[935], de manera que es necesario que el inducido proceda a sustraer al menor, no basta con que intervenga en el hecho para poder exigir responsabilidad al inductor.

Con respecto a otras formas de participación, como su propio nombre indica, la cooperación necesaria supone una contribución esencial para la realización del delito. Se caracteriza por la intensidad objetiva de su aportación al delito y por constituir una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse[936]. En el delito de sustracción de menores, podrá existir cooperación necesaria tanto en la modalidad de traslado como en la modalidad de retención si alguien presta una ayuda fundamental al sustractor de cara a la comisión del tipo.

La cooperación necesaria tiene lugar fundamentalmente antes de la ejecución típica[937], con frecuencia la ayuda prestada por el cooperador necesario deberá producirse con anterioridad a la intervención del propio autor. Recuérdese que ciertos parientes podrían ser autores de la conducta típica, en concreto, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. En estos casos, habrá que analizar cuidadosamente si las acciones ejecutadas integran un supuesto de cooperación o de coautoría. En caso contrario, si la persona no forma parte de ese círculo de parientes, no quedará más remedio que calificar la intervención de cooperación, dada

---

[931] También negando la autoría del *extraneus* en delitos especiales propios, BUSTOS RAMÍREZ - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho…,* Ob. cit., p. 300.
[932] Así también, MIR PUIG, S. *Derecho Penal...,* Ob. cit., p. 415.
[933] Vid. por todos, CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de*…, Ob. cit., p. 171.
[934] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. Cit., pp. 350-351.
[935] *Ibídem*, p. 350.
[936] BACIGALUPO, E. *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 530-531.
[937] Solo admiten la cooperación necesaria anterior a la ejecución, CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de*…, Ob. cit., p. 169 y BACIGALUPO, E. *Derecho Penal…,* Ob. cit., pp. 530-531.

la naturaleza de delito especial, que impide la autoría a personas distintas del progenitor y de los parientes anteriormente mencionados. Por ejemplo, actuaciones como la de facilitar un lugar en el que esconderse en el caso de traslado al menor, la compra de billetes de avión, etc., pueden implicar actos de cooperación necesaria, logrando que para el sustractor sea mucho más sencillo realizar el tipo.

En lo tocante a la cooperación no necesaria, DE VICENTE MARTÍNEZ expone que "el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor, o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario"[938].

El cómplice es la persona que auxilia al autor con actos que pueden ser anteriores o simultáneos a la ejecución de la conducta[939]. La diferencia con la cooperación necesaria estriba en la calidad de la intervención, de forma que el cómplice constituye una forma de participación de menor entidad material[940]. Indudablemente, la participación del cómplice irá destinada a facilitar la comisión del delito, si bien su contribución puede ser suprimida y, aun así, el delito podría seguir cometiéndose, con mayores dificultades, pero prácticamente de la misma forma que el autor ideó, tratándose de una actuación fácilmente reemplazable. Lo importante es, por consiguiente, que dicha contribución no sea fundamental o necesaria, de lo contrario, debería calificarse de cooperación necesaria.

Con respecto al delito de sustracción de menores, los ejemplos que se han expuesto antes en relación con la cooperación necesaria, también servirían como ejemplos de complicidad, todo dependerá de las especiales circunstancias del caso. Si el sustractor va a trasladar al menor al extranjero y no cuenta con medios económicos necesarios, la adquisición de los billetes de avión constituirá cooperación necesaria. Si el sustractor desea trasladar al menor a otro país y dispone de los recursos necesarios, de forma que el cooperador solo le hace la gestión de los billetes, se tratará de una cooperación no necesaria. Siempre resultará necesario atender a las concretas características del caso para determinar el tipo de intervención, la magnitud de la misma y la utilidad que aquella ha reportado al autor.

Es importante destacar que los partícipes se verán afectados por la excusa absolutoria en el mismo sentido que los autores o, incluso, si por sí mismos, decidieran entregar al menor a quien corresponda dentro del plazo fijado, podría aplicárseles la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP[941], en cuanto con su conducta están devolviendo a la persona afectada la posibilidad de seguir ejerciendo con normalidad el derecho de responsabilidad parental o de custodia que tuviera sobre aquel.

En definitiva, si hay algo que está claro es que en muchas ocasiones en las que interviene más de una persona en el hecho delictivo, no es fácil distinguir si los intervinientes son coautores, si son autores y cooperadores necesarios, autores y

[938] DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Lecciones y materiales…,* Ob. cit., p. 249.
[939] Así lo indica el artículo 29 CP.
[940] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 476.
[941] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 310.

cómplices o si alguno de los intervinientes ha actuado como inductor[942], por lo que los partícipes deben recibir también una sanción penal si no se quiere correr el riesgo de dejar a los bienes jurídicos desprotegidos o carentes de una protección plena[943].

Como el *extraneus* contribuye a la lesión del bien jurídico, merece ser castigado con una pena, por lo que se rechaza cualquier teoría que pase por la impunidad del mismo, si bien en múltiples supuestos, la ausencia de las cualidades especiales requeridas en el autor hará propicia la rebaja de la pena con respecto a la de este último. Ante esta situación, se plantean dos soluciones: "imputar al extraño el correspondiente tipo común (art. 65.1 CP) o bien, sin romper el título de imputación, aplicar una atenuante al *extraneus*, teniendo en cuenta la menor reprochabilidad de su intervención"[944]. Parte de la doctrina se decanta acertadamente por esta segunda opción, considerando que "no sería lógico romper el título de imputación para el interviniente *extraneu*s, que deberá responder como partícipe del delito especial propio, con la atenuación prevista en el CP art. 65.3 que, en este caso, debería ser efectivamente impuesta, ya que para él el deber jurídico tiene una entidad menor que el del *intraneus*"[945].

El artículo 65.3 CP acoge el criterio de la unidad del título de imputación en la participación de delitos especiales[946]. Por otra parte, el legislador en el artículo 65.3 CP

---

[942] Muchas teorías se han ido sucediendo para tratar de resolver esta cuestión. Por ejemplo, como explica PÉREZ ALONSO, E., la teoría de la necesidad expresa que el cooperador necesario interviene directamente en el delito, siendo causa eficiente y necesaria del mismo, sin cuya intervención el resultado no se habría producido y, debido a que es un partícipe principal y necesario, merece el mismo castigo que el autor. Por el contrario, el cómplice interviene con actos accesorios y menos importantes objetivamente hablando, favorecen el hecho, pero sin ellos el resultado habría acontecido igualmente, por lo que es un partícipe no necesario y, consecuentemente, merece una pena inferior a la del autor. En *La coautoría y…,* Ob. cit., p. 89. En cuanto a la teoría de los bienes escasos, GIMBERNAT ORDEIG, E., partiendo de la excelente base de que lo que abunda en la sociedad no son los criminales, sino las personas decentes que se niegan a involucrarse en el mundo de la delincuencia, entiende que abundante es toda actividad que será ejecutada sin ningún inconveniente por cualquier persona cuidadosa, lo que determina que, en principio, toda actividad claramente criminal que, debido justamente a esa naturaleza delictiva, no vaya a ser realizada por cualquier ciudadano, constituye una actividad escasa propia de la cooperación necesaria que debe conectarse causalmente con el resultado típico, sin que quepa reputar de cooperación necesaria las conductas criminales que no suponen la remoción de un obstáculo serio; así, propone, a la hora de analizar si un bien es escaso o no, un juicio general y provisional acerca del bien en cuestión, juicio que se convertirá en definitivo cuando el examen de los factores generales se completa con el de los particulares, es decir, cuando en un segundo juicio se contempla esa cuestión de la escasez pero atendiendo a los factores especiales que concurren en la persona concreta que está recibiendo dicho bien. En *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966, pp. 155 y ss. Incluso puede observarse que las dificultades existentes a la hora de distinguir una cooperación necesaria de una complicidad han llevado a algún sector doctrinal a abogar por la derogación de la figura del cooperador necesario. Esta postura es defendida por PÉREZ ALONSO, E., apuntando que, en el momento en que el Código Penal incluyó una descripción típica de la coautoría, se deberían haber suprimido las figuras de los cooperadores necesarios y de los cómplices, de forma que quedasen englobados en una única categoría de complicidad sancionada de la misma forma que al autor, si bien con la posible rebaja de la pena en un grado, rebaja que también debería extenderse a los inductores al no encontrarse motivo alguno que justifique una mayor necesidad de prevención referente a los inductores en relación con los cooperadores. En *La coautoría y…,* Ob. cit., pp. 417-418.

[943] CUELLO CONTRERAS, J. "Autoría y participación …", Ob. cit., p. 40.

[944] SAAVEDRA RUIZ, J. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 1672.

[945] MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento práctico…,* Ob. cit., p. 1137.

[946] Indica GÓMEZ MARTÍN, V. que, antes de la reforma penal de 2003 y, por tanto, antes de la existencia del artículo 65.3 CP que servía para regular la participación del *extraneus* en los delitos especiales, ya se oían voces que abogaban por el criterio de la unidad del título de imputación, rechazando que los *extranei* respondieran, en los delitos especiales impropios, por el tipo común paralelo, sobre la base del principio de

ha otorgado la solución perfecta para tratar este tipo de casos[947]. Si se parte de las premisas de que el partícipe está *de facto* interviniendo en un delito especial y de que el mismo no reúne las cualidades especiales que se requieren para poder ser autor de ese delito, la solución aportada es la mejor: como el partícipe está interviniendo en un delito especial, debe imputársele el delito especial (unidad del título de imputación), si bien, como no reúne las cualidades especiales del autor, se establece una rebaja facultativa[948] que permite realizar un tratamiento más justo en los casos en que esa ausencia de cualidades suponga un menor contenido de injusto, de suerte que la pena será, consecuentemente, menor.

El artículo 65.3 CP contiene una rebaja penológica facultativa y no imperativa, luego será necesario conocer cuándo ha de aplicarse la atenuante. GÓMEZ MARTÍN plantea una solución sobre la base de la clasificación de los delitos especiales en tres grupos: los delitos en que la circunstancia cualificante expresa la existencia de una estructura social institucionalizada, por ejemplo, los delitos contra la Administración, en los cuales el no funcionario no tiene el dominio del hecho ni podría tenerlo porque este proviene de la función pública desempeñada, a la cual el *extraneus* es ajena, por lo que la atenuación de la pena serviría para reflejar el superior desvalor de la conducta realizada por el partícipe funcionario con respecto a la del partícipe *extraneus*, pues su posición de funcionario le coloca en una situación más idónea y fácil para cometer el delito; aquellos que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional, por lo que se trata de esferas no tan formalizadas como en el caso anterior, de suerte que son más penetrables por parte de los sujetos *extranei*, que pueden realizar aportaciones más relevantes que en aquellos en que la función es institucionalizada y donde el cumplimiento de esa función social coloca al sujeto en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico, bien jurídico que presenta mayor vulnerabilidad frente a ese sujeto que frente a otro que no esté desempeñando esa función social, motivo por el que el contenido de injusto de la conducta del partícipe será inferior, en tanto no posee el dominio del riesgo típico al no ejercer esa función social, mientras que el *intraneus* se encuentra en posición de garante frente al mismo, como ocurre en los delitos societarios o en los delitos de revelación de secreto profesional; delitos especiales en los que la limitación de círculos de autores no se fundamenta en el cumplimiento de una función institucional ni social, por ejemplo, en

---

la accesoriedad de la participación y del hecho de que el delito especial es un delito distinto al común paralelo. En "La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP", *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Reus, Madrid, 2006, p. 73.

[947] En contra del precepto, al que califica de inoportuno, de difícil justificación dogmática y de insegura aplicación y reclamando su derogación, ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices…,* Ob. cit., p. 153.

[948] Cuando el legislador se refiere en el precepto al inductor y al cooperador necesario, ya surgen las dudas acerca de dos extremos: ¿cuándo se debe aplicar la atenuante, quiere decirse, cuándo merece el *extraneus* una pena inferior al *intraneus*; y qué ocurre con el cómplice? Acerca del primer interrogante, DE LA ROSA CORTINA, J. M. propone algunos criterios para determinar cuándo debe rebajarse la pena siguiendo el artículo 65.3 CP y cuándo dicha rebaja no debe operar son los siguientes: si la contribución del *extraneus* al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo; si se aprecia distinta intensidad de la afectación del deber según que el infractor se encuentre con él; la relevancia de la aportación del *extraneus*; y, en relación con los delitos especiales impropios, la comparación con la pena prevista para el delito común: si el delito común prevé una pena igual o inferior en menos de un grado a la prevista para el delito especial, la rebaja no debería ser operativa para no integrar un tratamiento beneficioso injustificado para el partícipe del delito especial. En "El nuevo tratamiento penal de la participación del extraneus en delitos especiales", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 2005, pp. 1325-1326.

el delito de alzamiento de bienes, de forma que el comportamiento del partícipe no presenta un menor contenido de injusto que la del intraneus, de modo que no puede afirmarse que el *extraneus* realice una conducta menos grave que la del *intraneus*, por lo que la atenuación de la pena tendría justificación en los dos primeros casos pero no en el tercero, de suerte que parece razonable que el legislador haya establecido una regla facultativa y no imperativa de rebaja de la pena, pues en algunos delitos, la conducta del partícipe *extraneus* no presenta un contenido de injusto menor que propicie dicha rebaja[949].

Esta clasificación resulta lógica y coherente y supone no solo una clasificación de los delitos especiales, sino también una clasificación de los supuestos en que tiene sentido aplicar la rebaja facultativa del artículo 65.3 y los supuestos en que dicha rebaja no tiene razón de ser, en vista de que el contenido de injusto de *extraneus* e *intraneus* es el mismo, como sucede en el delito de alzamiento de bienes. El delito de sustracción de menores se incardinaría en el segundo grupo de los propuestos por la doctrina, toda vez que la patria potestad es una función social. El cumplimiento de esa función social es el que permite al sujeto ser autor del delito, exigiéndose que sea un progenitor u otro familiar cercano de los que aparecen en la cláusula extensiva del quinto apartado del artículo 225 bis CP.

En el delito de sustracción de menores, la conducta del *extraneus* sí supone un contenido menor de injusto que la del *intraneus*, pues es una conducta pensada expresamente para que sean, fundamentalmente, el padre o la madre los sujetos activos. Toda participación que provenga de sujetos que no están ejerciendo la patria potestad (fuera de los supuestos de los sujetos que aparecen en el apartado quinto del precepto) tendrá un contenido antijurídico menor, en vista de que el delito de sustracción de menores representa un atentado contra las relaciones familiares, contra la patria potestad, de modo que no puede equiparse en gravedad la conducta de quien no la ejerce con respecto a la de quien sí lo hace. Por tanto, se valora positivamente aplicar la atenuación prevista en el artículo 65.3 CP[950].

Como se ha visto, el cumplimiento de esa función social es el que coloca al sujeto activo en una posición especial para la comisión del delito y es que cualquier otro sujeto que no sea alguno de los mencionados en el artículo 225 bis CP no podría ser, ni aunque quisiera, autor de una conducta de sustracción de menores, a lo sumo de un delito de detención ilegal o secuestro si traslada al menor o lo retiene, pues no presenta las cualidades especiales para cometer tal delito y esa misma conducta de traslado o retención afectaría, no a los derechos de responsabilidad parental o custodia, sino fundamentalmente a la libertad ambulatoria, dado que aquel no se encontraría (a consecuencia de ese traslado o retención) en el lugar establecido por los padres (si es de corta edad y aún no puede decidir sobre su propia libertad ambulatoria) o por sí mismo (si tiene edad y capacidad suficiente para decidir).

El contenido de injusto del tipo de sustracción de menores se compone a partir de que son los progenitores u otros familiares cercanos los que cometen el delito y la posibilidad de cometer esa conducta nace justamente en el momento en que nace el menor, siendo en dicho momento cuando comienza también el ejercicio de la patria potestad y, por consiguiente, es cuando pueden realizarse todos los elementos del tipo. Si una persona no tiene hijos, difícilmente podrá cometer la conducta. Por tanto, es el cumplimiento de la

[949] GÓMEZ MARTÍN, V. "La actuación por otro …", Ob. cit., pp. 97-102.
[950] En el mismo sentido, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 4.

función social de la patria potestad la que marca la esencia del contenido de injusto del sujeto activo y ello determina que el *extraneus* que participe en dicha conducta sea merecedor de una rebaja de pena.

Ello determina que el contenido de injusto del *intraneus* sea mayor que el del *extraneus,* no solo porque se ejerce determinada función social, toda vez que el *extraneus* puede también estar ejerciéndola, sino que se debe ejercer concretamente sobre el menor que ha sido objeto de la sustracción. Y es precisamente el no ejercicio de la patria potestad sobre el menor sustraído lo que determina que la conducta del *extraneus* no sea tan grave como la del *intraneus* y, por consiguiente, la pena debe ser rebajada en atención al artículo 65.3 del Texto punitivo.

Finalmente, cabe señalar que esta rebaja solo puede ser de aplicación a los cooperadores necesarios y a los inductores, no así a los cómplices, dado que el tipo no los incluye[951]. Así las cosas, se presentan varias opciones: castigar al cómplice igual que al cooperador necesario; no castigar nunca a los cómplices en estos delitos; aplicar la atenuante analógica; o aplicar una doble rebaja de la pena[952]. Parece que la solución más correcta supone pensar que, en los delitos especiales, todo interviniente a excepción del autor podrá beneficiarse como máximo de una reducción de pena de un grado[953]. Con todo, también hay autores que abogan por la posible aplicación de la rebaja al cómplice y ello pese a no ser expresamente incluidos entre los beneficiarios de la misma[954].

A este respecto, la doctrina considera trasladable a la legislación española el argumento que utiliza un alto número de autores del Ordenamiento jurídico-penal alemán para justificar la compatibilidad de ambas rebajas penológicas, un grado por ser cómplice y otro por ser *extraneus*, pues lo contrario equivaldría a equiparar injustamente dos clases de participación que para el legislador poseen contenidos de injusto diferentes, la cooperación necesaria y la complicidad[955].

La exclusión de los cómplices resulta incoherente, pues si no se permite que el cómplice pueda recibir la rebaja por ser *extraneus*, realmente se estaría equiparando la participación en un delito especial como cooperador necesario y como cooperador no necesario. El criterio lógico habría sido seguir el del Anteproyecto de Reforma del Código Penal y haber reflejado las distintas formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad). En este caso, ciertamente el cómplice podría verse favorecido con una rebaja de la pena en dos grados, pero cada uno de esos grados se justifica en atención a un criterio jurídico distinto: el primero lo sería por ser cómplice, pues el legislador ha determinado que ese tipo de participación no presenta la misma relevancia que la de cooperación necesaria y por ello obliga (no permite, sino que impone a los juzgados y tribunales) a rebajar la pena en un grado; y el segundo lo sería porque ese partícipe, además de haber cooperado al hecho delictivo con una aportación no esencial,

[951] Podría pensarse que es un descuido del legislador, pero esto es algo improbable teniendo en cuenta que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal sí que hacía referencia expresa al cómplice. Si en el Anteproyecto se incluía al inductor, al cooperador necesario y al cómplice y en el texto aprobado desaparece la figura del cómplice, puede deducirse que no es que el legislador se haya olvidado de aquel, sino que lo ha excluido expresamente del círculo de sujetos que pueden obtener una rebaja de pena.
[952] ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices…,* Ob. cit., p. 108.
[953] En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, V. "La actuación por otro…", Ob. cit., p. 103.
[954] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El nuevo tratamiento …", Ob. cit., p. 1325.
[955] GÓMEZ MARTÍN, V. "La actuación por otro …", Ob. cit., pp. 103-104.

no presenta las cualidades especiales que se exigen al autor, de ahí que se esté en el ámbito de los delitos especiales[956].

Por tanto, el cómplice de un delito de sustracción de menores no podría ver rebajada su pena en atención al artículo 65.3 CP. También parece ser este el sentir de la Jurisprudencia. Así, la Audiencia Provincial de Lugo[957] confirmó la condena de instancia de una madre por dos delitos de sustracción de menores y a su abogada como cómplice, al tiempo que condena (también por complicidad, cosa que no había hecho el Juzgado de lo Penal en primera instancia) a la hermana de la sustractora[958].

## IV. LA PENA

El delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP se encuentra sancionado con varias penas, al prever el tipo un tipo básico, un tipo agravado y un tipo privilegiado (además de una excusa absolutoria):

- En el tipo básico, la pena es de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.
- En el tipo agravado, consistente en trasladar al menor fuera del territorio español o exigir una condición para su restitución, la pena se impondrá en su mitad superior.

---

[956] El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, aprobado el 26 de marzo de 2003, hace referencia a que el legislador no ha incluido al cómplice en el precepto porque las penas que se equiparan a las del autor son solo las de cooperación necesaria y la inducción, habiéndose seguido el criterio de romper con esa equiparación al no presentar estos sujetos las cualidades especiales. Sin embargo, también reclama la doble atenuación para los cómplices, algo que no es posible en absoluto respeto al principio de legalidad.

[957] SAP Lugo núm. 11/2018, de 24 de enero.

[958] En el caso de autos, ocurrió lo siguiente: José y María se divorciaron en julio de 2007 y se atribuyó la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre. María incumplía el régimen de visitas otorgado a José y ello provocó que ambos padres fueran citados a una comparecencia. El Juzgado de Primera Instancia dictó resolución en 2009 por el que se atribuía la guarda y custodia al padre, suspendiendo la comunicación entre los hijos y la madre. Sin embargo, María no entregó a los niños el día 10 de septiembre, como se le había requerido. El 28 de ese mes, José interpone denuncia por la desaparición de los menores al no tener noticias de ellos. En marzo de 2010, José interpone nuevamente demanda para modificación de medidas y María contesta a través de su letrada incluso encontrándose en paradero desconocido. El Juzgado de Primera Instancia priva de la patria potestad a María y otorga a José la guarda y custodia exclusiva de los niños, suspendiendo todo tipo de comunicación con la madre hasta tanto no existiese un informe pericial acerca de los beneficios o perjuicios que dicha comunicación podría reportar. Estos requerimientos no fueron atendidos, manteniéndose oculta María con los menores hasta mayo de 2011, casi dos años. Mientras María se mantuvo en paradero desconocido, los niños no fueron al colegio ni pasaron los controles médicos pertinentes, de hecho, apenas salían de la vivienda en la que se encontraban para no ser descubiertos. Durante todo ese tiempo, la letrada estuvo en contacto permanente con María y le daba instrucciones de cómo debía actuar para no ser descubierta por la policía. Además, los padres y los tres hermanos de María estaban al tanto de su paradero, pero no quedó acreditado que le hubiesen proporcionado alimentos ni dinero. El Juzgado de lo Penal número 1 de Lugo condenó a María por dos delitos de sustracción de menores y a Rocío (la letrada) como cómplice en ambos delitos a seis meses de prisión por cada uno e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de un año por cada delito, sin contar con la inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de 1/7 de las costas procesales. Sin embargo, absuelve a los familiares de María de toda responsabilidad penal. La Audiencia Provincial de Lugo confirmó la Sentencia del Juzgado, pero, además, condena a una de las hermanas de María como cómplice de los dos delitos de sustracción de menores con la pena de un año de prisión y dos años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por cada delito y al derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo pagar 1/7 de las costas procesales.

- En el tipo atenuado, por el hecho de restituir al menor en el plazo de quince días desde la sustracción, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad se elimina y la pena de prisión tiene una duración de entre seis meses y dos años.

Llama la atención que la pena del artículo 223 CP coincida en su tipo básico con la pena del tipo atenuado del artículo 225 bis CP, siendo que en ambos casos la conducta es la misma, con la diferencia del sujeto activo que la lleva a cabo. El artículo 223 CP castiga a quien no presenta al menor ante sus padres cuando fuera requerido por ellos y de manera injustificada que, en esencia, es la misma conducta de sustracción de menores sin el componente familiar característico del artículo 225 bis CP. Es decir, se está castigando más duramente al pariente que al extraño, siendo que probablemente la seguridad del menor se vea menos afectada si está con sus padres o parientes cercanos que menciona el quinto apartado del artículo 225 bis CP que con una persona ajena al núcleo familiar que se encuentra a cargo de su custodia pero no lo presenta ante sus padres cuando estos lo reclaman[959].

En el caso de la conducta recogida en el artículo 223 CP, la pena puede incluso quedar en una multa si la ausencia no supera las veinticuatro horas o el menor es restituido o depositado en un lugar seguro sin haber sido objeto de lesión o daño alguno, pues el artículo 225 CP prevé una rebaja de la pena para estos casos, siendo de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. A pesar de que la conducta de sustracción de menores prevé una excusa absolutoria para el caso de que la ausencia sea inferior a veinticuatro horas, el tipo privilegiado contiene una pena de prisión de entre seis meses y dos años, sin posibilidad de aplicar una pena de multa, lo que parece una especie de privilegio precisamente a favor del sujeto activo no perteneciente al núcleo familiar. LLORIA GARCÍA, al estudiar la relación penológica entre estos dos preceptos, aprecia una posible explicación a la mayor perturbación del bien jurídico, si bien también expresa sus dudas acerca de la proporcionalidad de la pena[960].

El principio de proporcionalidad de las penas, uno de los principios imperantes en Derecho Penal, implica que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos cometidos y parece más grave la conducta del sujeto ajeno a la familia que sustrae al menor[961]. La proporcionalidad de la pena no solo se ve puesta en entredicho por este motivo. Así, el artículo 225 bis CP establece en su último apartado un posible círculo de sujetos activos a los que, por razones obvias, no siempre se les puede sancionar con una inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, pues para ello se requieren que sean padres de hijos aún sujetos a la patria potestad, aunque también habrá que analizar lo que ocurre con la posibilidad de ejercer la tutela. Esto supone que, si la conducta de sustracción es realizada por un progenitor, la pena será más grave que si la conducta la lleva a cabo un pariente cercano, lo que es totalmente ilógico, toda vez que los distintos bienes jurídicos protegidos por este delito se van a ver igualmente lesionados ya sea cometida la sustracción por un progenitor que por otro pariente pero el menor, por regla general, va a estar mejor con sus padres que con otras personas. Entonces, ¿por qué castigar más duramente al padre o a la madre que al resto de parientes que pueden llevar a cabo la sustracción? La doctrina opina que esta paradójica situación pone de manifiesto

[959] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 69.
[960] *Ibídem*, p. 69.
[961] También duda sobre la proporcionalidad de la pena, por lo que aboga por aplicar el tipo solo para las conductas más graves, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., pp. 53-54.

"la ineficacia e innecesariedad de la previsión de la pena de inhabilitación, sin olvidar la desproporción punitiva a la que conduce"[962].

### 1. La pena de prisión

Como viene siendo costumbre, el legislador ha optado por introducir una pena privativa de libertad. Así, en el tipo básico se prevé una pena de prisión de dos a cuatro años, que se impondrá en la mitad superior (de tres a cuatro) en el caso de que entre en aplicación el tipo agravado.

La pena de prisión es el instrumento más utilizado como respuesta a la criminalidad[963]. Por ello, no es de extrañar que el legislador la haya introducido, al igual que en la gran mayoría de los delitos tipificados en el Código Penal. Ahora bien, las deficiencias en la redacción del tipo, que ya han sido apuntadas en los epígrafes anteriores, plantean graves problemas de proporcionalidad de la pena, en tanto el precepto ofrece innumerables dudas acerca de cuáles son los supuestos en los que se aplica y los que no, si bien esto parece haber sido solventado a raíz de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio.

Se comparte la reflexión de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO cuando apunta que esta toma de decisión del legislador acerca del endurecimiento de penas es un "claro exponente de la política legislativa favorable a contrarrestar una conducta que se aprecia frecuente en la práctica mediante un aumento de la presión penal"[964].

Con todo, se valora positivamente el hecho de que se haya ofrecido al juzgador un amplio margen temporal (desde los dos hasta los cuatro años) para que vaya graduando en función de la gravedad del caso concreto, si bien habría sido preferible reducir el límite mínimo para supuestos de menor entidad, sobre todo a raíz de la desaparición de ciertas faltas contra las relaciones familiares[965].

### 2. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad

#### *2.1 Naturaleza y contenido*

El delito de sustracción de menores se encuentra castigado no solo con una pena de prisión, sino también con una pena consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad. Por consiguiente, se trata de una pena compuesta por una pena privativa de libertad y una pena privativa de derechos, ambas penas principales que deberán cumplirse de manera simultánea.

En cuanto a su naturaleza jurídica, existen autores que defienden (en consonancia con los Códigos Penales de otros países del entorno, que los califican como medidas de seguridad o consecuencias accesorias) que las privaciones de derechos políticos, profesionales y civiles no deberían poseer una naturaleza de pena, sino más bien de consecuencia accesoria, motivo por el cual muchas penas privativas de derechos aparecen

[962] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 70.
[963] MORILLAS CUEVA, L. "La pena de prisión en la sociedad actual", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo* (dir. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016, p. 5.
[964] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, EDERSA, Madrid, 2002, p. 548.
[965] Fundamentalmente las recogidas en los artículos 618 y 622 CP.

también en el catálogo de medidas de seguridad[966]. De hecho, en algunas ocasiones, la privación impuesta aparece como consecuencia lógica del delito cometido y, en otras, dichas privaciones presentarán un carácter más bien infamante[967].

Por otra parte, algunas posiciones doctrinales defienden que la denominación no es correcta y que las penas privativas de derechos no son realmente penas de privación sino de restricción, porque no despoja al sujeto de ciertos derechos, solo los limita[968].

En otro orden de cosas, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad recuerda a la pena de interdicción civil del Código Penal de 1973, si bien aquella está prevista como pena principal, mientras que esta podía actuar como pena principal o accesoria[969]. La pervivencia de la pena de interdicción civil suponía un quebranto de la dignidad humana, al tiempo que implicaba dotar al Derecho penal de tintes moralistas[970]. Una vez que se produce la supresión de dicha pena, solo queda la opción de imponer privaciones de ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en relación con la comisión de determinados delitos que para algunos no pueden ser considerados como una interdicción de derechos, sino de privaciones de deberes-función de signo tuitivo en las relaciones familiares[971], si bien otros las han tachado de medidas de seguridad postdelictuales[972].

El hecho de que el tipo contenga una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es un indicio más de que el legislador pretendía proteger al menor, aunque finalmente acaba protegiendo únicamente los derechos de la persona a la que corresponde el cuidado de aquel en el momento de la sustracción. De ahí que solo se tenga en cuenta el consentimiento de dicha persona y se obvie en todo momento el sentir del niño, aunque sea adolescente y presente ya capacidad de raciocinio. El precepto ha de considerarse igualmente una norma penal en blanco, pues su contenido debe buscarse, nuevamente, en normas pertenecientes al orden civil. Así las cosas, cabe plantearse cuál es el contenido de esta pena de inhabilitación.

Como se decía, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad es, como su propio nombre indica, una pena privativa de derechos. La doctrina ha señalado la evolución que en el Derecho penal español han sufrido las penas privativas de derechos: dichas penas eran originariamente de carácter infamante, tenían como objetivo la segregación del reo del resto de la sociedad y, además, adolecían de ciertas dosis de desigualdad; sin embargo, actualmente, el Código Penal plantea las penas

---

966 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "Las penas privativas de derechos", *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, 1999, p. 129.

967 *Ibídem*, p. 130.

968 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal* (coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), tomo I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 325.

969 MORALES PRATS, F., ha situado el origen de la pena de interdicción civil se sitúa en la antigua "capitis deminutio" romana (que significaba "corte de cabeza" en un primer momento y "muerte ficticia" en un momento posterior) y luego en el derecho medieval en la sanción denominada "muerte civil", que se recogió primeramente en las Partidas (Ley 2ª Título XVIII Partida 4ª) y después en las Leyes de Toro (Ley 4ª). En "Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 85 (1), 1986, p. 167.

970 *Ibídem*, p. 168.

971 *Ibídem*, pp. 169-173.

972 Así, GONZÁLEZ RUS, J. J., se refería a tal carácter tras la desaparición de la pena de interdicción civil con la reforma del Código Penal de 1983. En "La supresión de la pena de interdicción civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984, núm. 4, p. 1092.

privativas de derechos desde otra perspectiva, ya no poseen carácter infamante, su objetivo es evitar que el delincuente vuelva a delinquir con ocasión de ese derecho que el sujeto activo se encontraba ejerciendo y presentan limitaciones en cuanto a su alcance[973]. Con esto quiere decirse que son impuestas con el objetivo de que el sujeto activo no siga cometiendo delitos utilizando dicha vía o de que reprima la conducta en el ámbito en el que aparece el resultado antijurídico, constituyendo el fundamento de las mismas la idea de incidir de manera directa en el ámbito de aquel, castigándose el abuso de la función o el ámbito[974].

Efectivamente, las inhabilitaciones especiales inciden sobre el ámbito o la función concreta mediante la cual se ha producido el delito a fin de inutilizar la vía delictiva que se ha seguido para llevar a cabo el delito. Se penaliza el abuso que se ha realizado de esa función que ha servido como puente para la comisión de la acción antijurídica. Por ejemplo, si un funcionario comete un delito de prevaricación, de malversación o cualquier otra forma de corrupción, por regla general la conducta conllevará una inhabilitación especial (que será absoluta en los casos más graves y quedará en una suspensión para los casos más leves) para el ejercicio de la función de la que se ha valido como instrumento para realizarla. De la misma forma, una persona que utiliza un vehículo para la comisión de un delito puede ser condenada a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es una pena de naturaleza peculiar que debe ser analizada y aplicada cautelosamente, pues posee una mayor complejidad que otras inhabilitaciones especiales, dada la subsistencia de ciertas obligaciones (lo que se pierden son los derechos que implica la institución de la patria potestad[975]). Dicha inhabilitación debe ser ejecutada cuidando siempre de que subsistan y se cumplan las obligaciones inherentes a aquella, de manera que se ha de fomentar un cuidado equilibrio entre la pérdida de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en aras de evitar que sea otra persona (en concreto, el hijo del penado) el que acabe viéndose afectado por la sanción. Por ello ya se adelanta que, pese a que algunas consecuencias de la inhabilitación son claras (la imposibilidad de tomar decisiones que afecten al menor, pérdida de la custodia, etc.), otras presentan una mayor dosis de confusión (por ejemplo, el derecho de visitas o de comunicación, pues en la actualidad se configura como un derecho pleno del hijo y solo un derecho-deber para el padre[976]).

Existen autores que atribuyen a las sanciones privativas de derechos el cumplimiento de un fin de prevención general negativa, en la medida en que priva a un sujeto de un derecho o una actividad que solía representar una parte fundamental en su vida, por lo que denota efectos intimidantes, es decir, preventivo-general en la faceta negativa[977]. También hay quien opta por considerar que tanto la pena de privación como la de inhabilitación para el derecho a la patria potestad persigue un fin preventivo-especial

---

[973] BARREIRO, A. J. *Comentarios al Código Penal* (dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 203-204.
[974] SÁNCHEZ MELGAR, J. *Constitución y garantías penales* (dir. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 331.
[975] Así lo dispone el artículo 46 CP.
[976] ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones…,* Ob. cit., pp. 113.
[977] FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M. "Concepto y fuentes", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31.

porque neutraliza al sujeto, al tiempo que presenta un fin retributivo como fin último para castigar la conducta realizada[978].

En cualquier caso y teniendo en cuenta que la pena siempre ha de tener carácter preventivo, el punto de partida ha de ser necesariamente el artículo 46 CP, que, entre el amplio catálogo de las penas privativas de derechos, establece la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento[979].

La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento puede considerarse una pena grave (conforme al artículo 33.2 c) CP) o una pena menos grave, atendiendo a su duración[980] (conforme al artículo 33.3 b) CP). Puede encontrarse como pena principal en un amplio número de delitos[981]. Del examen de los mismos se puede deducir que normalmente la pena de inhabilitación para la patria potestad posee carácter potestativo, siendo muy reducido el número de supuestos en los que la pena es de carácter preceptivo.

El artículo 46 CP establece distinto régimen para cada una de las penas que en él se contienen, pudiendo apreciarse que otorga a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad un trato de favor en comparación con la pérdida de otros cargos como la tutela, la curatela, la guarda o el acogimiento. Ello es así porque el artículo realiza una especie de división tripartita de los efectos de esta pena privativa de derechos: por un lado regula

---

[978] SOUTO GARCÍA, E. M. "La pena de privación de la patria potestad", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 168.

[979] Indica el artículo 46 CP: *La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada.Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.*

[980] Artículos 33.2 apartado c y 33.3 apartado b CP, respectivamente.

[981] Así, aparece en los delitos de mutilación genital de menores o incapaces (art. 149.2 CP); malos tratos ocasionales constitutivos de violencia de género o siendo la víctima especialmente vulnerable y convivir con el autor (art. 153.1 CP); malos tratos ocasionales en el ámbito familiar (art. 153.2 CP); amenazas leves constitutivas de violencia de género o siendo la víctima especialmente vulnerable y convivir con el autor (art. 171.4 CP); amenazas leves en el seno familiar (art. 171.5 CP); coacciones leves constitutivas de violencia de género o siendo la víctima especialmente vulnerable y convivir con el autor (art. 172.2 CP); malos tratos habituales en el seno familiar (art. 173.2 CP); delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.3 en relación con los tipos delictivos de esta materia recogidos en los artículos 178 a 190 CP); suposición de parto, entrega de un hijo para entregar o modificar su filiación o sustitución de un niño por otro (art. 220.4 CP); entrega, intermediación o recepción de un menor en guarda, acogimiento o adopción ilegales (art. 221.1 y 221.2 CP); sustracción de menores (art. 225 bis CP); abandono de familia, menores e incapaces (art. 226.1 y 226.2 CP); abandono de menores e incapaces agravado, abandono temporal de menores, entrega ilegal de un menor o incapaz a un tercero o a establecimiento público y utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad (art. 233.1 en relación con los arts. 229 a 232 CP); negociaciones o actos prohibidos a peritos, árbitros, tutores, curadores o albaceas (art. 440 CP).

la inhabilitación para la patria potestad, que se limita a privar al penado de los derechos inherentes a ella; por otro, agrupa la tutela, la curatela, la guarda y el acogimiento, indicando que la pena supondrá no ya la privación de los derechos, sino la completa extinción de las mismas y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de condena; finalmente, recoge la privación de la patria potestad, una pena más grave que la primera de las mencionadas en tanto supone la pérdida de la titularidad de la misma[982].

Sin duda alguna, obviando la pena de privación de la patria potestad, que sí conlleva una pérdida de la titularidad de la misma, la pena de inhabilitación de la patria potestad no presenta la misma gravedad que la de inhabilitación para la tutela, curatela, guarda y acogimiento, pues se habla de privación de los derechos inherentes a ella, pero no de extinción. En la misma línea, señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que la inhabilitación para la patria potestad se refiere, en puridad, aunque mal designado, a un supuesto de inhabilitación para su ejercicio, ya que solo priva de la posibilidad de desplegar las facultades que corresponden en relación con los hijos mencionados en la sentencia y durante el tiempo de la condena, sin que ello suponga la pérdida del título[983].

Esta división de criterios, el trato de favor otorgado a la inhabilitación de la patria potestad ha intentado ser objeto de explicación por parte de la doctrina penalista, la cual ha arrojado ciertas hipótesis, como que se debe a que la patria potestad es el único derecho que se establece directamente entre padres e hijos, siendo que el resto pueden ser asumidos por terceras personas o bien por la especialidad de la relación, de manera que el legislador ha considerado que ya es suficientemente grave la privación del ejercicio, sin tener que llegar a la extinción[984].

Efectivamente, la patria potestad supone una relación mucho más especial que cualquiera de las restantes, en tanto la tutela, la curatela, la guarda y el acogimiento pueden ser asumidas por cualquier otra persona, en tanto la primera solo por los padres, ya sean biológicos o adoptivos. Ese carácter especial e irrepetible ha supuesto un freno al legislador, que no ha querido llegar al extremo de hablar de "extinción", sino de "privación del ejercicio de los derechos", subsistiendo en todo caso las obligaciones para con el hijo. Para aquellos casos más graves se ha previsto la privación de la patria potestad, que implica, ahora sí, la pérdida de la titularidad. Aunque este precepto englobe conjuntamente distintas penas, nos centraremos en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por ser esta la prevista para el delito objeto de estudio en el presente trabajo, aun cuando en el apartado siguiente se mencionará brevemente la diferencia entre ambas.

Una primera lectura de este precepto nos lleva a distinguir, dentro de las penas que afectan a la patria potestad, entre la inhabilitación especial para el ejercicio de la misma y la privación, siendo el contenido de una y otra diferente. Como estipula el artículo, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad conlleva la pérdida de los derechos inherentes a la misma, en tanto la privación de la patria potestad supone una pérdida de la titularidad. Al mismo tiempo, la norma establece que la inhabilitación para

---

[982] POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, pp. 54-55.
[983] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Época II, mayo 2014, p. 172.
[984] POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas…,* Ob. cit., pp. 54-55.

la patria potestad supone la privación del ejercicio de la misma, mientras que para el resto de las funciones tutelares (tutela, curatela, guarda o acogimiento) se priva de la titularidad. El hecho de que prive del ejercicio, pero no de la titularidad, y de que se recupere solamente con el paso del tiempo, hace pensar que se está más bien ante un supuesto de suspensión que de inhabilitación, es decir, recuerda más a un supuesto de suspensión, dado que consiste en una paralización del ejercicio durante el tiempo marcado en la sentencia judicial, continuando una vez transcurrido ese plazo de tiempo[985]. Por tanto, se trata de un supuesto de suspensión disfrazado de pena de inhabilitación.

### *2.2 Diferencia entre la inhabilitación y la privación para el ejercicio del derecho de patria potestad*

La diferencia entre la privación y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad recae sobre la duración, de manera que la primera es permanente y la segunda se impone durante un plazo de tiempo determinado en la sentencia[986]. Una vez transcurrido ese tiempo, el derecho se recupera de manera automática, sin necesidad de ningún otro requisito[987]. Sin embargo, la privación dura para siempre, no se puede recuperar, es definitiva.

Gran parte de la doctrina penalista sitúa también el criterio distintivo entre la inhabilitación especial y la privación en el tiempo de la condena, siendo la primera temporal y la segunda definitiva[988]. Aunque resulta evidente que ello es así, constituyendo, por tanto, la diferencia principal, debe recordarse también que la privación implica la pérdida de un título que se mantiene en la inhabilitación, lo que puede suponer un derecho, por ejemplo, a tener algo que decir si se produjera la adopción del menor.

No es lo mismo privar de los derechos inherentes a la patria potestad que privar de la titularidad. De esta manera, la privación penal presenta un carácter irreversible que no presenta siquiera la propia privación de la patria potestad en el ámbito civil, en vista de que en este último la privación puede ser revocada. Por ello, cuando una persona es condenada penalmente a la privación de la patria potestad, conllevando dicha pena la pérdida de la titularidad, sí pudiera ser más discutible la compatibilidad de la misma con un régimen de comunicación, sobre todo porque se aplica a casos más graves. No obstante, con la nueva redacción típica, recientemente incorporada al Código Penal con motivo de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, se hace referencia a que el juez tendrá en cuenta el interés superior del menor para decidir los derechos de este que subsisten a pesar de la imposición de la pena de privación, dentro de los cuales debería incluirse el derecho a mantener un régimen de comunicación con el penado. En el ámbito civil, doctrina y Jurisprudencia se muestran favorables a la posibilidad de establecer un

---

[985] En el mismo sentido JAREÑO LEAL, A. "La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995", *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, segundo volumen, Universitat de Valencia, Institut de Criminología, Valencia, 1997, p. 76 y CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de…,* Ob. cit., pp. 237-238.

[986] En contra y defendiendo que la privación también posee carácter temporal, POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas…,* Ob. cit., pp. 55-56.

[987] Misma opinión, FLORES RODRÍGUEZ, J. "La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores", *La Ley Penal*, núm. 90, 2012, p. 48 y GUINARTE CABADA, G. *"La pena de inhabilitación…",* Ob. cit., p. 150.

[988] Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena...", Ob. cit., nota 15, p. 174 y GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 104.

régimen de visitas, aunque el progenitor haya sido privado para la patria potestad, probablemente debido al carácter revocable que presenta tal privación[989].

Sin embargo, en el ámbito penal la pérdida de la titularidad no parece ser recuperable, pues el legislador no lo ha previsto. Quizá habría sido deseable un paralelismo un tanto más significativo entre la privación penal y la privación civil, lo que arrojaría claridad al tratamiento de esta pena incluida entre las penas privativas de derechos, pero parece que el sentir del legislador era el de no permitir una recuperación de dicha titularidad. Esto tampoco es un dislate si se tiene en cuenta la gravedad de los supuestos para los que se encuentra prevista.

Por consiguiente, la privación penal presenta un carácter irreversible que ni siquiera presenta la privación civil, pues esta última sí puede ser revocada, estableciendo el artículo 170 CC la posibilidad de privar total o parcialmente al padre o a la madre por sentencia judicial y de recuperar la patria potestad posteriormente si desaparece la causa que motivó la privación. Sin embargo, en el supuesto de la inhabilitación, el ejercicio se reanudará automáticamente cuando transcurra el plazo marcado en la sentencia, si bien no faltan autores que defienden la idea de que, cumplida la pena, será necesario acudir nuevamente a la autoridad judicial para recuperar el ejercicio del derecho[990].

Por otra parte, también es necesario hacer alusión a que la pena de privación para la patria potestad, al poseer carácter definitivo, constituye una suerte de pena perpetua, contraria a todos los ideales de resocialización que deben presidir las penas. Aunque ya con la reforma de 2015 se introdujo la prisión perpetua revisable, introduciéndose una pena que goza de la desaprobación de la mayor parte de la doctrina penalista precisamente por el nulo efecto resocializador que la misma conlleva[991], ya existía en el Código otra pena perpetua (la privación de la patria potestad), si bien ambas no pueden ser comparables no solo por los distintos efectos que producen, sino también porque la pena de privación para la patria potestad se extingue necesariamente cuando el hijo que anteriormente se encontraba a cargo del penado alcance la mayoría de edad. Por lo tanto, dicha pena presenta problemas de inconstitucionalidad, debiendo haberse previsto un mecanismo de recuperación de la patria potestad similar al previsto en el Código Civil o, directamente, permitiendo que el penado acuda a la rama civil para recuperarla[992].

Sin embargo, el carácter de irreversibilidad de la pena de privación para el derecho a la patria potestad no goza de la unanimidad de la doctrina, existiendo opiniones acerca de

[989] Por ejemplo, ABAD ARENAS, E. "Notas sobre la privación de la patria potestad en el Derecho Común", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. BLASCO GASCÓ, F. et al.), tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 30 y RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 67.

[990] CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de…,* Ob. cit., p. 239.

[991] Para mayor profundidad en el tema, véase BARQUÍN SANZ, J. "Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión. Así se distribuyen las penas en el Código Penal español tras las reformas de 2015. Especial atención a la prisión perpetua", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo* (dir. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 67 y ss.

[992] En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena...", Ob. cit., p. 182 y SOUTO GARCÍA, E. M. "La pena de privación…", Ob. cit., p. 161.

que puede recuperarse ante la jurisdicción civil y de acuerdo con las normas civiles, en concreto, el artículo 170.2 CC[993].

También se defiende que al progenitor privado de la patria potestad le sigue correspondiendo el deber de velar por el hijo, lo que le supone un derecho de supervisión, pudiendo recabar información acerca de los distintos aspectos de la vida del menor, o incluso solicitar medidas judiciales si estima que el otro progenitor está llevando a cabo actuaciones perjudiciales, aun cuando se trata de un derecho que no debe interferir en el normal ejercicio exclusivo del progenitor no privado de responsabilidad parental, que no necesitará consentimiento alguno del otro a la hora de tomar decisiones[994].

*2.3 Concurrencia de varios menores*

Cuando el sujeto activo de la conducta de sustracción de menores comete la sustracción y es castigado con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, deben analizarse las distintas opciones que pueden producirse en la práctica para determinar el alcance de dicha pena:

a. Puede que el sujeto activo ejerza la patria potestad solo sobre el menor o los menores objeto de la sustracción.
b. Puede que el sujeto activo ejerza la patria potestad sobre varios menores con los que no convive pero solo haya sustraído a uno o alguno de ellos.
c. Puede que el sujeto activo ejerza la patria potestad sobre varios menores, algunos de los cuales conviven con él y otros no, pero solo haya sustraído a uno o alguno de ellos.
d. Puede que el sujeto activo ejerza la patria potestad sobre varios menores y haya sustraído a los que no conviven con él.

Antes de que el legislador incluyera una referencia expresa a que las penas de inhabilitación y de privación de la patria potestad (y de inhabilitación para la tutela, curatela, guarda o acogimiento) pueden adoptarse con respecto a todos o a algunos de los menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección que se encuentren a cargo del sujeto, la doctrina se encontraba dividida entre aquellos que defendían que debía imponerse con respecto a todos ellos[995] y los que defendían que la pena solo debía afectar a los menores relacionados con el delito que daba pie a la misma[996].

Dado que el Código Penal permite extender la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad a todos o a algunos de los menores que se encuentran sometidos a ella, ha de determinarse el alcance que debe otorgarse a dicha inhabilitación. El artículo 46 del Texto punitivo nos indica que *la autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas*

[993] BLAY GIL, E., CID MOLINÉ, J., ESCOBAR MARULANDA, G., LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA GÓMEZ, D. *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M.), La Ley, Madrid, 2012, p. 141 y FLORES RODRÍGUEZ, J. "La privación de…", Ob. cit., p. 44.
[994] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., pp. 166-167.
[995] DE LAMO RUBIO, J. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código,* Bosch, Barcelona, 1997, p. 137.
[996] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., pp. 134-135 y VALLDECABRES ORTIZ, I. *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. VIVES ANTON, T.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 331.

*con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.* Esto significa que existe arbitrio judicial para acordar la pena de inhabilitación especial con respecto a todos o algunos de los menores y que el criterio que el juez o tribunal debe seguir no es otro que las "circunstancias del caso"[997].

Comoquiera que el precepto permite al juzgador extender la pena de inhabilitación (y todas las demás) a los menores que considere oportuno, cualquier decisión que tome al respecto contará con el respaldo legal necesario. Por otra parte, el criterio legislativo no es que sea del todo clarificador, de modo que se hace referencia a las circunstancias del caso. Se ha apuntado que dichas circunstancias son "relativas al principio de necesidad de pena, que aconseja no incidir negativamente en el ámbito del menor cuando, desde la perspectiva preventivo-especial, no sea imprescindible hacerlo"[998].

Con la reciente redacción, el legislador apunta al interés superior del menor como un pilar básico en el que el juez debe basarse para decidir sobre qué presonas ha de extender la pena de privación, pese a lo cual se entiende que ese mismo criterio será el que el aplicador de la ley siga a la hora de decidir los menores a los que debe ampliarse la pena de inhabilitación especial, sin que pueda encontrarse ningún argumento lógico por el cual el legislador haya decidido establecer un doble rasero para la pena de privación y de inhabilitación especial.

Si solo existe un menor sometido a la patria potestad y este es sustraído o, lo que es lo mismo, varios menores se encuentran bajo la patria potestad del sustractor y todos ellos son sustraídos, la solución es sencilla: la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad debe extenderse a todos y cada uno de ellos. El delito ha supuesto la vulneración de bienes jurídicos pertenecientes a distintos menores si se ha sustraído a más de uno, luego es lógico que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad se extienda a todos ellos.

El problema se plantea cuando existen varios menores sujetos a la patria potestad del sustractor pero no todos ellos hayan sido objeto de la sustracción, bien sea porque los otros menores ya permanecen con aquel o porque este decidiera sustraer solo a alguno de ellos. En este caso, la problemática reside en determinar si la inhabilitación especial solo puede aplicarse con respecto a los menores sustraídos o si también a los que no lo hayan sido.

En este supuesto, como señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, "será el juez que conozca la comisión de un delito cometido por el titular de la potestad quien deba valorar los hechos, la necesidad de intervenir en este apartado y con qué amplitud, incluso cuando se trate de sujetos no directamente afectados por el delito al objeto de otorgar una mayor protección a los menores y porque, en definitiva, es una previsión que responde a una moderna concepción de la patria potestad y del resto de instituciones mencionadas en el

[997] Esta posibilidad fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dando fin a ese debate doctrinal acerca de si la pena podía extenderse a todos los menores que estaban a cargo del penado o solo a aquellos sobre los cuales hubiera recaído el delito.

[998] FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Curso de Derecho Penal. Parte General* (coord. DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.), 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 481.

artículo 46 CP, concebidas como deberes-función y no como privilegios propios de modelos arcaicos superados"[999].

El factor que debe tenerse en cuenta es la peligrosidad que representa la sustracción realizada para aquellos que no han sido sustraídos. Debe analizarse la probabilidad de que esos otros menores sean sustraídos y aplicar con muchísima cautela la pena al resto de ellos, solo en el caso en que sea estrictamente necesario, para no vulnerar el principio de proporcionalidad de las penas.

Ya se sabe que el delito de sustracción de menores se castiga tanto con pena de prisión como con pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El hecho de que se haya previsto una pena de prisión podría hacernos pensar que no es necesario plantear el riesgo de comisión de una nueva sustracción, puesto que el sujeto estaría cumpliendo su pena recluido en un centro penitenciario, desde el cual es altamente improbable que verifique una nueva sustracción.

No obstante, ello no es así por dos motivos. El primero de ellos es que es posible que el sustractor no llegue a entrar en prisión, lo que ocurriría de reunir los requisitos previstos para la suspensión de la condena[1000], lo cual puede ser factible dado que la pena de prisión prevista para el delito de sustracción de menores es de entre dos y cuatro años, luego la pena podría quedar suspendida si al sujeto se le condenara con la mínima pena posible, quiere decirse, dos años de privación de libertad, toda vez que este plazo constituye el máximo de condena que puede ser suspendida. Por tanto, puede que el sujeto quede en libertad al habérsele suspendido la pena de prisión, pues el hecho de que dicha suspensión quede condicionada a la no comisión de ulteriores delitos no permite asegurar que, efectivamente, el sujeto no intente nuevas conductas delictivas.

El segundo motivo por el que es necesario analizar el peligro de concurrencia de una nueva sustracción pese a ser la conducta castigada con pena privativa de libertad es que, aun cuando el sujeto vaya a cumplir la pena de prisión, la pena de inhabilitación probablemente se extienda más allá de aquella, pues el plazo máximo de prisión para el delito de sustracción de menores es de cuatro años, que a su vez es el plazo mínimo de la pena de inhabilitación especial, que puede extenderse hasta diez años, por lo que aunque el sujeto pueda permanecer recluido en prisión, será por un tiempo inferior al de la pena de inhabilitación, a menos que sea condenado a cuatro años de prisión y cuatro años de inhabilitación, lo cual no parece en absoluto lógico, pues sería desde todo punto incoherente que el condenado lo sea a la pena máxima de prisión y a la mínima de inhabilitación. Esta situación, si bien podría producirse, será altamente infrecuente en la práctica.

Si se permitiera que la pena de inhabilitación se extendiera a los menores que no han sido sustraídos, se reduciría en gran medida el peligro de que exista una nueva sustracción, esta vez sobre los que antes no fueron sustraídos. No quiere esto decir que una nueva sustracción sea del todo imposible si se produce la extensión de la pena a todos los menores, pues dicha sustracción puede producirse de otras formas, siempre existe una alternativa para cometer una determinada conducta delictiva, pero es cierto que el sujeto inhabilitado estará controlado, por lo que el eventual régimen de custodia o de comunicación impuesto tras la pena de inhabilitación, podrá ser suspendido o intervenido,

[999] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena...", Ob. cit., pp. 176-177.
[1000] Artículos 80 y siguientes del Código Penal.

según se determine judicialmente de acuerdo al interés superior del menor, y ello dificultará que el sujeto pueda trasladar o retener a los menores en cuestión. La conducta es mucho más fácil de cometer bajo la existencia de un régimen de visitas o de comunicación abierto y flexible, en el que el sujeto cuenta con un mayor margen de maniobra para cometer el delito[1001].

Cuando el sustractor ha llevado a cabo este tipo de conductas contrarias a un correcto ejercicio de la patria potestad, cabe plantearse si ello no demuestra su incapacidad para con cualquier otro menor, de forma que se extienda la inhabilitación especial a todos ellos, toda vez que si no se es buen padre o madre con uno, no se es con ninguno.

La materia relativa a la patria potestad, tutela, guarda, curatela, acogimiento, privación, etc., es muy delicada, toda vez que engloba a sujetos especialmente vulnerables, por su edad o por su situación personal o mental, que les hace necesitar de otras personas que se encarguen de velar por ellos. Si eso es así, lo lógico es que se intente proteger a estos sujetos especialmente vulnerables y se permita al juzgador un amplio margen de maniobra con el que poder brindar esa máxima protección, pues la patria potestad, la tutela, la curatela, la guarda y el acogimiento son funciones extremadamente relevantes cuyo ejercicio incorrecto puede conllevar graves perjuicios a sujetos que ya de por sí necesitan de una protección especial por la situación en la que se encuentran. Sobre todo en la tutela, la curatela, la guarda y el acogimiento, se ha de tener un amplio control porque son funciones que se le han atribuido expresamente a un sujeto determinado, no es el mismo caso de la patria potestad, que nace cuando nace el hijo, sin necesidad de ningún otro requisito. Por todo ello no parece incorrecto que el legislador otorgue al juzgador un cierto margen de decisión que permita poner en equilibrio los intereses vulnerados y los que aún no lo han sido pero continúan en juego, en aras de brindar la mejor protección posible a esos sujetos que ya se han calificado como especialmente vulnerables.

En el caso concreto de la sustracción de menores, todo dependerá de las circunstancias concretas. Es cierto que los menores que no han sido sustraídos corren el riesgo de sufrir una sustracción, un riesgo mayor con respecto a los menores cuyos progenitores nunca han llevado a cabo ni intentado ninguna conducta de este tipo. Pero también es cierto que no se puede afirmar la reincidencia de ningún delincuente antes de que cometa un nuevo delito del mismo tipo, solo puede prejuzgarse que ello es posible y, en consecuencia, estimar que los menores no sustraídos pueden encontrarse en mayor riesgo.

No parece correcto, y ello a pesar de contar con el respaldo legal oportuno, que la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se aplique a menores distintos a los que fueron objeto de sustracción, pues en ese caso el Derecho penal dejaría de obedecer, como en tantas otras ocasiones, al principio de intervención mínima. Este tipo de decisiones solo deben tomarse en un estricto respeto al interés superior del menor. Incluso la Fiscalía General del Estado invita a la cautela antes de extender esta pena a

[1001] Si se ha dictado alguna medida de control sobre dicho régimen, tales como que el contacto se realice en presencia de algún familiar o persona cercana o en un Punto de Encuentro Familiar, ello impedirá que el sujeto pueda aprovechar tales visitas para sustraer al menor o menores involucrados, lo cual no quiere decir que sea absolutamente imposible llevar a cabo la sustracción, toda vez que como ya se ha dicho, siempre existe alguna vía alternativa para la comisión de una conducta delictiva, sea cual sea.

otros menores, dado que sería posible incluso extenderla a otras personas que se encuentren a cargo del penado a título de tutela, guarda, curatela, acogimiento[1002].

El cauce correcto para proteger al resto de menores no es el orden penal[1003]. Es cierto que el juzgador puede imponer la pena sobre todos o a algunos de los menores sometidos a la patria potestad del penado porque el legislador así se lo permite, pero esto no parece una solución óptima. A quien verdaderamente corresponde, entre sus funciones, toda la materia relativa a la patria potestad es a los jueces y tribunales del orden civil. Ello implica que el hecho de no extender la pena a los menores no sustraídos no los deja carentes de toda protección, simplemente determina que dicha protección debe buscarse por otra vía, en vista de que el Derecho penal siempre debe actuar como *ultima ratio*, como último recurso.

Por consiguiente, una vez recaída sentencia condenatoria (aunque no sea firme, para no dilatar en demasía el proceso) en el orden penal por un delito de sustracción de menores en el que recaiga (como no puede ser de otra manera) una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, dicha sentencia puede servir de base para otorgar protección al resto de menores en el orden civil, que además cuenta con un amplio margen de maniobra para adoptar cualquier tipo de medida que considere oportuna para la protección de los menores, no tiene por qué quedarse atado a la imposición de la inhabilitación[1004].

Con respecto a la pregunta acerca de si una misma persona puede ser condenada a varias penas de inhabilitación para el derecho de la patria potestad, la respuesta ha de ser afirmativa, siempre y cuando se hayan cometido distintos delitos que conlleven dicha pena como principal o accesoria[1005]. Las penas serán cumplidas sucesivamente si recaen sobre el mismo sujeto o simultáneamente si recaen sobre sujetos distintos[1006].

Debe analizarse también si la inhabilitación para la patria potestad, impuesta como en el caso que nos ocupa, a saber, solo y exclusivamente referida a la patria potestad y con carácter principal, afectaría a la posibilidad del penado de ser nombrado tutor, curador, guardador o acogedor. Parece que, aunque el precepto no haga referencia alguna a las

---

[1002] Así, la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre señala que *lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor* […] *La extensión de la inhabilitación especial será especialmente procedente cuando la índole del delito y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta delictiva respecto de los demás menores distintos de la víctima.*

[1003] La extensión de esa pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad al resto de personas a cargo del penado sin haber sido objeto directo del delito debería reservarse para delitos extremadamente graves, tales como el de violencia doméstica o el de abuso sexual y, en general, cualquiera de los que atentan contra la indemnidad sexual de los menores.

[1004] Puede privar de la patria potestad, total o parcialmente; puede suspender temporalmente el régimen de comunicación entre padres e hijos; puede ordenar un cambio en el ejercicio de ese régimen de comunicación; puede imponer que a partir de ese momento las visitas se desarrollen en puntos de encuentro familiares; etc. Ello es así porque es el orden civil el encargado, entre otras materias, de todo lo relativo a la familia. Por ende, se encuentra en una posición especial con respecto al orden penal para adoptar la solución más adecuada en atención al interés superior del menor.

[1005] En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, G. "La pena de inhabilitación…", Ob. cit., p. 143 y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de*..., Ob. cit., p. 134.

[1006] Así lo indica el artículo 75 CP.

instituciones de tutela, curatela, guarda o acogimiento, un mínimo de coherencia exige que quien ha sido inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad tampoco pueda ser nombrado tutor, curador, guardador o acogedor. Algunos autores no solo defienden esta idea, sino que también se apoyan en la legislación civil para expresar que, si el individuo ya fuese tutor, curador, acogedor o guardador, la institución se extinguiría con la pena[1007].

*2.4 Extinción de la pena*

Una vez que se cumple la pena de inhabilitación, el penado recupera automáticamente el ejercicio de la patria potestad que perdió con la condena, sin que sea necesario acudir a la legislación civil, pues el legislador no lo ha previsto[1008]. A diferencia de otras penas en las que es necesario realizar algún trámite para recuperar lo que se perdió con motivo de la sanción (por ejemplo, en caso de inhabilitación especial para el cargo público puede ser necesario volver a realizar los exámenes que habilitaron en su momento para alcanzar el puesto en cuestión), el mero transcurso del tiempo promueve que el sujeto sea rehabilitado para el ejercicio de la patria potestad, como ocurre con otras penas que igualmente suponen una rehabilitación automática del derecho o actividad que se perdieron finalizado el cumplimiento (por ejemplo, la inhabilitación especial para la tenencia de animales), sin perjuicio de que deba acudirse a la jurisdicción civil para que se establezca una nueva regulación acerca del modo en que se ejercerá la patria potestad. Lo que sería objeto de discusión en la jurisdicción civil sería, por ende, el modo de ejercicio de la patria potestad, no el hecho de si se reactiva o no dicho ejercicio. Por el contrario, algunos autores opinan que la patria potestad no se recupera automáticamente tras el cumplimiento de la pena de inhabilitación, sino que esto debe ser acordado a través del proceso civil pertinente[1009], mientras que otros estiman que, aun cuando el derecho no se recupera automáticamente, ha de ser el órgano sentenciador (y no el tribunal competente de la jurisdicción civil) el que acuerde la recuperación en caso de estimarse conveniente[1010].

Se ha justificado la recuperación automática del derecho de la patria potestad tras el transcurso del plazo de tiempo impuesto para la inhabilitación en el propio principio de legalidad reflejado en el artículo 3 CP. Una pena no puede ser ejecutada de forma distinta a la prevista en la ley, por lo que no puede pretenderse una derivación a la vía civil para que se decida acerca de la recuperación del ejercicio de la patria potestad, simplemente, porque no está previsto legalmente[1011].

Una vez que se dicta sentencia con la pena de inhabilitación para la patria potestad, el juez de lo penal deberá remitir la existencia de la pena al juez encargado del Registro Civil para que la misma conste en el asiento correspondiente. Del mismo modo, cumplida

[1007] GUINARTE CABADA, G. "La pena de inhabilitación…", Ob. cit., p. 146.
[1008] Misma opinión merece para BLAY, E. *et al*. *El nuevo Código Penal…*, Ob. cit., p. 141; LÓPEZ SUÁREZ, M. A. "Algunas certezas y no pocas incertidumbres en relación con la privación de la patria potestad", *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 48; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., p. 131; BERROCAL LANZAROT, A. I. "La patria potestad…", Ob. cit., p. 510; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena...", Ob. cit., p. 174.
[1009] Así, DE LAMO RUBIO, J. *Penas y medidas de seguridad…,* Ob. cit., p. 132 y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Comentarios al Código Penal* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Edersa, Madrid, 2000, p. 632.
[1010] REY HUIDOBRO, L. F. "La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento", *Diario La Ley*, núm. 6007, Año XXV, 29 abril 2004, p. 1924.
[1011] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., pp. 131-132.

la pena, deberá producirse una nueva notificación al juez encargado del Registro Civil para que incluya el asiento de cancelación correspondiente[1012].

Por imperativo del artículo 58 CP, si el penado hubiese sido privado del ejercicio de la patria potestad como medida cautelar, el tiempo de duración de esta deberá ser abonado para la pena[1013]. Y ello pese a que pudiera alegarse que la medida cautelar tendría carácter civil, en tanto que la pena posee, obviamente, naturaleza penal[1014]. Efectivamente, la medida cautelar ha de abonarse al tiempo de la pena. De la misma forma que el sujeto condenado que se encuentra en prisión preventiva percibe una rebaja de tiempo equiparable a la duración de aquella, si el sujeto se ha visto inhabilitado de la patria potestad, ese tiempo de inhabilitación debería abonarse al de la pena final.

### *2.5 Compatibilidad de la pena de inhabilitación con un régimen de comunicación*

Es conocido que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad conlleva una serie de consecuencias, entre ellas, la de no poder ejercer la guarda y custodia y la pérdida del derecho a tomar decisiones relevantes que afecten a la esfera del menor. Pero debe dilucidarse qué ocurre con el derecho a disfrutar de un régimen de visitas.

Con origen en el siglo XIX, cuando la Jurisprudencia francesa reconoció por primera vez el derecho de visitas a los abuelos de un menor en la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 8 de julio de 1857[1015], esta institución se denomina derecho de visitas[1016] porque nació como un simple derecho que concedía al titular la facultad de visitarlo, posteriormente se amplió a la posibilidad de reunirse visitador y visitado durante algunas horas fuera del domicilio del guardador y, finalmente, se acabó permitiendo que el titular del derecho se viese con el hijo durante varios días, pudiendo alojarlo en su propia casa, lo que ha determinado que actualmente el derecho de visita presente tres modalidades distintas: visitas en sentido estricto, comunicación indirecta o por correspondencia y convivencia del menor en casa del titular[1017].

Esas relaciones entre padres e hijos se justifican atendiendo a un triple criterio: la protección de una relación afectiva y de comunicación entre los mismos; la consideración de que se trata de un derecho natural directamente relacionado con la naturaleza humana; y la idea de que las relaciones se conceden en provecho y beneficio del hijo[1018].

Con respecto a su configuración, un sector doctrinal considera que el derecho de visita pivota sobre dos grandes ejes: por un lado, constituye un derecho-deber para el padre y,

---

[1012] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de*..., Ob. cit., p. 133.
[1013] En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, G. "La pena de inhabilitación…", Ob. cit., pp. 154-155.
[1014] REY HUIDOBRO, L. F. "La pena de…", Ob. cit., p. 1928.
[1015] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 191.
[1016] Por cuanto respecta a la legislación española, el derecho de visita fue recogido por primera vez en la Ley de divorcio de 1932, en el art. 20.2. Empero, dicha Ley fue derogada y, por tanto, también se derogó el derecho de visita, que no volvería a aparecer hasta décadas más tarde, con la Ley de 24 de abril de 1958, norma jurídica que determinó la vuelta del mismo al Código Civil. Sin embargo, no fue hasta 1981 cuando el derecho de visita quedó arbitrado como se conoce actualmente.
[1017] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, J. L.), Civitas, Madrid, 1982, p. 694.
[1018] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El derecho de visita. Ensayo…", Ob. cit., pp. 207-208.

por otro, es un derecho de los hijos[1019], algo que también afirma la doctrina italiana[1020]. Esta postura es absolutamente correcta, el derecho de visita es un derecho-deber para el padre, por cuanto tiene todo el derecho a mantener una relación de afectividad con los hijos, aun cuando también tiene el deber de hacerlo y de velar por ellos y prestarle asistencia, en los términos previstos en el Código Civil; pero es un derecho de los hijos[1021] y así lo han reconocido distintos cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como supranacional, el derecho a relacionarse con ambos padres, de ahí el deber de estos últimos de hacer posible el disfrute de esas visitas, un deber que corresponde tanto al que tiene reconocido el régimen, como al otro, que debe posibilitarlo entregando al menor cuando sea preciso.

Como con razón se ha afirmado, los derechos-deberes subsistirán en la medida en que se cumplan dos condiciones: que la subsistencia redunde exclusivamente en beneficio del hijo o hijos afectados por la pena y que se arbitren medidas para evitar que el cumplimiento del derecho-deber no perjudicará el fin de aquella[1022]. De esta forma, si para los menores resulta beneficioso seguir manteniendo contacto con el padre inhabilitado, esa relación debe subsistir.

Parte de la doctrina señala que el derecho más importante que posee el progenitor que no ejerce la patria potestad es el derecho a mantener relaciones personales[1023]. Esta afirmación no deja del todo claro si se refiere al no ejercicio por no disponer de la guarda y custodia del niño o si, por el contrario, se refiere al no ejercicio como consecuencia de una privación o una inhabilitación en el orden civil o penal.

En todo caso, en el ámbito civil, la cuestión de la subsistencia de las visitas en caso de privación de la patria potestad no es unánime, algunos autores mantienen que es posible mantener un régimen de visita incluso en el caso de que los padres hayan sido privados de patria potestad[1024] y otros abogan por el criterio contrario[1025], si bien en el presente estudio es necesario centrar el foco en el ámbito penal.

En la rama penal, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no supone una pérdida de titularidad, solo del ejercicio de los derechos[1026], y comoquiera que tiene carácter temporal, que esa pena acabará tarde o temprano (salvando

---

[1019] ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones ...,* Ob. cit., pp. 113.

[1020] FACCI, G. *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, IPSOA, 2004, p. 82.

[1021] La propia Jurisprudencia considera este régimen de visitas como un derecho del menor. Así se percibe en la SAP Cáceres núm. 196/2007, de 14 de mayo, que indica textualmente: *es criterio mayoritario de la doctrina que, a la vista del contenido de los arts. 39.3 CE y 160 del Código Civil, el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos.*

[1022] GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Comentarios a la…,* Ob. cit., p. 104.

[1023] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. *Instituciones de ...,* Ob. cit., p. 114.

[1024] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), 4ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 339 y 340 y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., p. 17;

[1025] ZURITA MARTÍN, I. *Mujer, Familia…,* Ob. cit., p. 84 y DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena...", Ob. cit., p. 185.

[1026] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. defiende la idea de que el padre inhabilitado sigue teniendo un último derecho: prestar su consentimiento a una posible adopción del menor, sobre todo porque sigue siendo titular mientras no se produzca una privación civil o penal. En *La privación de…*, Ob. cit., p. 129.

los supuestos en que se alcanza la mayoría de edad durante la misma y, por tanto, se extinguirían al mismo tiempo patria potestad y pena de inhabilitación para la misma) y que en algún momento las relaciones paterno-filiales se retomarán, un sistema de comunicación con más o menos grado de control (en función del riesgo) no parece en absoluto disparatado, siempre y cuando el interés del menor marque la no pérdida de la relación con el progenitor inhabilitado[1027]. Todo ello a pesar de que se ha observado la tendencia judicial a tener en cuenta la edad de los menores sometidos a responsabilidad parental para fijar la inhabilitación durante el número de años que quedan para que aquellos alcancen la mayoría de edad, acabando con ello la institución de la patria potestad[1028].

Otro de los argumentos a favor de la posible constitución de un régimen de comunicación entre padres inhabilitados para el ejercicio de la patria potestad y los hijos es que el propio artículo 160 CC establece el derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos aunque no ejerzan la patria potestad[1029]. La pena de inhabilitación para el ejercicio priva precisamente de esto, es decir, del ejercicio, no priva de la titularidad, por lo que el propio Código Civil contempla expresamente la posibilidad de estipular un régimen de comunicación para estos casos.

Según este precepto, a pesar de no ejercerse la patria potestad, el progenitor mantiene el derecho a relacionarse con los hijos, salvo que exista una resolución judicial en contrario[1030], lo que podría interpretarse como una exigencia de que no basta con una condena de inhabilitación especial, sino que es necesaria una resolución judicial que establezca que el interés superior del menor pasa por dejar de mantener una relación afectiva con el progenitor privado del ejercicio de la patria potestad. Se defiende incluso que no existe argumento legal alguno que permita sostener que la carencia de titularidad de patria potestad vaya ligado a un impedimento del régimen de visitas hacia el padre excluido y ello porque los artículos 160 y 94 CC no describen situaciones específicas, por lo que no hay por qué excluir los supuestos de privación o inhabilitación[1031].

El derecho del padre inhabilitado se limita a la posibilidad de visitar al menor, a tener contacto con él, pero no permite dirigir su vida, gobernarlo, manejarlo o tomar decisiones sobre su presente o su futuro[1032]. Adicionalmente, en el caso de que el menor fuera

---

[1027] RIVERO HERNÁNDEZ, F., ha establecido un paralelismo entre el derecho a la propiedad privada y el derecho de visita. Así, de la misma forma que la función social de la propiedad delimita el contenido de esta, el interés del menor delimita el contenido de aquel. En *El derecho de…,* Ob. cit., p. 209.

[1028] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., p. 138.

[1029] *Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.*

[1030] Esto es lo que ocurre en la SAP Cáceres núm. 10/2001, de 22 de enero, que, atendiendo al principio de interés superior del menor, deniega el régimen de comunicación entre padre e hijos encontrándose el primero internado en prisión con base en que los informes aportados a la autoridad judicial indican que esas visitas solo beneficiarán al padre y que, sin embargo, pueden ser muy perjudiciales para los menores, posponiéndose las visitas para cuando el padre obtuviera el tercer grado.

[1031] CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de…,* Ob. cit., pp. 296-297.

[1032] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El derecho de visita. Ensayo…", Ob. cit., p. 36.

asignado por la autoridad competente a una familia de acogida, los padres naturales seguirían conservando un derecho de visita, que forma parte de la vida familiar[1033].

Efectivamente, al ser el derecho de comunicación un derecho del menor, no puede privarse al mismo de tener contacto con el inhabilitado, salvo que ello sea lo mejor atendiendo a sus intereses, si bien el penado no puede participar en la toma de decisiones acerca del cuidado de aquel porque ha sido inhabilitado para ello, pierde todos los derechos, subsistiendo las obligaciones[1034]. Se comparte, por ende, el criterio doctrinal de que el derecho de visita solo debe denegarse cuando exista circunstancias graves que desaconsejen totalmente la existencia de relaciones personales entre los hijos y el progenitor no custodio[1035].

Con la nueva redacción típica del artículo 46 CP, introducida recientemente por la LO 8/2021, de 4 de junio, si bien referida a la privación de la patria potestad, se menciona que la autoridad judicial deberá tener en cuenta el interés superior del menor para determinar los derechos de las personas menores de edad o con discapacidad que subsisten pese a la imposición de la pena de privación. Si el régimen de comunicación es un derecho del menor, la autoridad judicial deberá analizar si dicho régimen es beneficioso para el menor y, en consecuencia, si aquel deberá mantenerse aunque el progenitor quede privado de la patria potestad.

Esta nueva formulación se puede extrapolar a la pena de inhabilitación, en el sentido de que, al ser esta una pena de menor gravedad con respecto a la privación, que es permanente, también los derechos del menor deben permanecer siempre y cuando se siga el firme criterio del interés superior de aquel, lo cual refuerza la hipótesis inicial de que es posible mantener el régimen de visitas en casos de inhabilitación siempre y cuando la autoridad judicial aprecie que ello responde al interés de la persona menor de edad.

Como bien se sabe, el delito de sustracción de menores se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cuatro años y con la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho a la patria potestad, por lo que es muy conveniente que se trate esta cuestión para otorgar una respuesta acerca de si el progenitor tiene derecho a mantener una relación con los hijos incluso aunque se encuentre privado de libertad por el delito cometido.

Si el delito de sustracción de menores está previsto, entre otros motivos, para evitar precisamente la pérdida de contacto del menor con alguno de sus progenitores (en este

---

[1033] ENRICH MAS, M. "La protección de la infancia en el seno de la familia", *50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño* (coord. CARMONA LUQUE, Mª. R.), Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 1999, p. 91.

[1034] Este criterio también se encuentra normalizado en la Jurisprudencia desde bien antiguo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de abril de 1991 confirmó la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Madrid que privó de patria potestad a un padre, si bien arbitrando un régimen de comunicación entre este y su hija (una tarde a la semana), otorgando el ejercicio exclusivo de la patria potestad y la guarda y custodia a la madre. Esta última recurrió porque consideraba incompatible la privación con un régimen de visitas, pero el Tribunal Supremo dio la razón a la Audiencia Territorial, indicando que el Código Civil establece el derecho de los progenitores a relacionarse con los hijos incluso cuando no ejercen la patria potestad, artículo que no debe ser interpretado de forma restrictiva y debe ser puesto en consideración con respecto al hecho de que esa privación es reversible.

[1035] ROGEL VIDE, C. *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1993, p. 261.

caso, con el progenitor no sustractor), la pena del delito no debería consistir justamente en la pérdida del contacto con un progenitor (el sustractor), algo justificado solo en casos muy graves en los que el menor ha sido víctima de conductas capaces de crear secuelas irreparables en su esfera personal (abusos sexuales, corrupción de menores, etc.) y es por ello que tales conductas pueden conllevar la privación de la patria potestad[1036].

Pues bien, en el caso de que el sustractor se encuentre privado de libertad a causa de la sustracción, se puede arbitrar algún tipo de relación con los menores. El hecho de encontrarse en prisión no debe suponer una privación de la patria potestad automática (en vía civil) porque dicha situación no siempre conlleva un ejercicio dañino de los deberes paterno-filiales; un delincuente no tiene por qué ser un mal padre, distinto es que la conducta delictiva realizada implique una causa de privación[1037], opinión compartida por la Jurisprudencia[1038].

El contacto entre padres e hijos cuando los primeros se encuentran en prisión puede ayudar a estos últimos a prepararse para el regreso de aquellos[1039]. Por ejemplo, en Reino Unido dicho contacto puede realizarse mediante visitas de entre una hora y media y dos horas de duración, llamadas telefónicas y cartas[1040]. De hecho, en un estudio realizado por la Universidad de Cambridge acerca de la relación entre padres e hijos que habían mantenido el contacto durante el tiempo de condena, se demostró que una vez que el padre o la madre salían de prisión, la relación era muy buena en el 73% de los casos, favorable en el 22% y negativa solo en el 4%, siendo ese contacto mayoritariamente a través de llamadas telefónicas, pues las visitas en prisión se producían con poca frecuencia, siendo que el análisis reveló que ese contacto produjo un notable beneficio en las relaciones filioparentales[1041].

En cualquier caso, si el delito de sustracción de menores prevé una sanción, no de privación, sino de inhabilitación especial, debe entenderse que se pierde el ejercicio de la patria potestad, no así el derecho de disfrutar de un régimen de visitas (salvo que el interés superior del menor indique lo contrario)[1042]. Una interpretación sistemática del tipo penal no permite interpretar la pena en otro sentido, lo que, además, puede suponer una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que una sustracción durara tres semanas y en la que el menor no haya siquiera salido de las fronteras españolas. ¿Es proporcionado que se castigue al autor además de

---

[1036] Así, el artículo 192.3 CP permite la aplicación de la pena de privación para el ejercicio de la patria potestad para los padres que llevasen a cabo delitos de abusos sexuales, prostitución, explotación sexual, corrupción de menores, exhibicionismo, etc.

[1037] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de…*, Ob. cit., p. 90 y REY HUIDOBRO, L. F. "La pena de…", Ob. cit., p. 1926.

[1038] Por ejemplo, la SAP Zaragoza núm. 151/2003, de 18 de marzo, concede un régimen de comunicación entre el padre que está en prisión y el hijo menor de edad. El condenado era un delincuente habitual que estaba cumpliendo distintas penas, algunas de las cuales era por delito de violencia habitual, malos tratos y amenazas hacia la madre del menor. La Sentencia establece que, *sin embargo, estos datos – de por sí poco favorables respecto a la conducta del padre – no revelan necesariamente una actitud de peligro para el hijo, respecto del cual no existen datos de desafecto, sino todo lo contrario.*

[1039] LANSKEY, C., LÖSEL, F., MARKSON, L., y SOUZA, K. "Children's contact with their imprisoned fathers and the father-child relationship following release", *Families, Relationships and Societies,* vol. 5, núm.1, p. 44.

[1040] *Ibídem*, p. 44.

[1041] *Ibídem*, pp. 49-50.

[1042] En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 70.

con pena privativa de libertad y con la pena de inhabilitación, con la imposibilidad de volver a tener contacto con los hijos?

La respuesta debería ser negativa, sobre todo teniendo en cuenta la existencia de mecanismos que pueden ser de gran ayuda en estos casos. La cuestión no ha de ser tan radical como para responder blanco o negro, sino que también existen grises. Explicaré esta última afirmación: la respuesta a la pregunta no tiene por qué ser que el progenitor sustractor tiene derecho a seguir llevándose a sus hijos para disfrutar de su compañía ni tampoco debe contestarse que ha perdido completamente tal derecho, dada la existencia de mecanismos intermedios. Uno de ellos sería la utilización de las visitas tuteladas a través de los Puntos de Encuentro Familiares (en adelante, PEF)[1043], aquellos espacios neutrales y acogedores que facilitan el encuentro del menor con el padre no custodio y con el resto de la familia, con el fin de cumplir el régimen de visitas en aquellos casos en que las relaciones son conflictivas[1044].

Habiendo contribuido a la reducción de las controversias familiares, los PEF se muestran ventajosos para ambos progenitores: al no custodio se le garantiza la realización de las visitas (pues en muchos casos en los que no existen garantías de seguridad las visitas serían suprimidas si los puntos de encuentro no existieran) y al custodio se le aporta la garantía de que dichas visitas se desarrollarán en un entorno seguro[1045]. Este recurso podría funcionar, y muy favorablemente, en el caso del progenitor condenado por un delito de sustracción de menores, debiendo la autoridad judicial decidir qué régimen implantar para el desarrollo de tales visitas[1046].

Tras toda esta argumentación, debe concluirse que la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad no implica la pérdida del disfrute del régimen de visitas, salvo que se establezca de manera expresa lo contrario, lo que supone que, a pesar de que el progenitor condenado ya no podrá participar en la toma de decisiones que afecten al hijo menor, sí podrá seguir manteniendo con él una relación personal y afectiva.

Ahora bien, puede ocurrir que el custodio, tras haber pasado por el trago amargo en que se traduce una sustracción de menores, no esté muy por la labor de seguir facilitando las relaciones entre el sustractor y el menor sustraído y se niegue a cumplir con el régimen de visitas, algo que es comprensible desde un punto de vista humanitario, no así desde un punto de vista legal. En este caso, comoquiera que el derecho de visita o el derecho de comunicación es un derecho sobre todo del menor, la doctrina ha reflejado el deber que tiene el progenitor guardador de favorecer las relaciones personales entre el niño y el progenitor no custodio y ello pese a que el Código Civil guarde silencio a tal respecto; no solo tiene que facilitarlas, sino que propiciarlas porque esto forma parte del deber de velar

[1043] Indica PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., que, en nuestro país, fue Valladolid la ciudad pionera en crear un punto de encuentro a través de la entidad privada APROME, algo que después se fue extendiendo por toda la geografía española alrededor del año 2000, de manera que actualmente pueden encontrarse puntos de encuentro en casi todas las ciudades de España. En *Tratado de Derecho de Familia…,* Ob. cit., p. 216.

[1044] *Ibídem*, p. 217.

[1045] *Ibídem*, pp. 217-218.

[1046] La propia Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia prevé en el artículo 28 la potenciación, entre otros, de los puntos de encuentro familiar como una manera de prestar especial atención al interés superior de niños, niñas y adolescentes en casos de ruptura familiar. Por consiguiente, es un instrumento que puede utilizarse en beneficio de ese interés superior y que conviene impulsar y fomentar para poderlo explotar al máximo.

por el menor que contiene, entre otros deberes, la patria potestad y porque redunda en favor del principio de *favor filii*[1047]. Además, resulta interesante añadir que este impedimiento de realización del régimen de visitas conlleva, asimismo, daños morales[1048].

En otro orden de cosas y para el caso de que el progenitor se encuentre en prisión por haber sido condenado a una pena privativa de libertad por la comisión de un delito de sustracción de menores, debe compartirse la opinión de la doctrina acerca de cómo podrían desarrollarse las comunicaciones en estos casos, de forma que quedaría suprimida toda convivencia de fin de semana o vacaciones, por motivos obvios, debiendo desarrollarse las visitas en el centro penitenciario, sin olvidar la posibilidad de mantener el contacto por teléfono, carta y correo electrónico, comunicaciones que deberán ser siempre secretas y no sujetas a control[1049].

También se ha manifestado la posibilidad de que sean tanto el padre como la madre los titulares del derecho de visita, lo que podría ocurrir si la autoridad judicial asignara la guarda y custodia de los hijos a una tercera persona o a una institución[1050]. Esta posibilidad podría producirse ante una sustracción de menores si la conducta es ejecutada por ambos padres con respecto a un menor que está asignado a un organismo público. Ambos podrían quedar inhabilitados, aunque sería posible concederles un régimen de comunicación para que no pierdan el contacto con el menor, exactamente igual que cuando solo uno ejecuta la conducta y es inhabilitado y el otro no.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad implica, como su propio nombre indica, una pérdida del ejercicio, no así de la titularidad, por lo que la condena es totalmente compatible con el mantenimiento de un régimen de visitas entre el sustractor y el menor sustraído, salvo que el interés superior de este último aconseje lo contrario, toda vez que lo que se pierde con esta pena es el derecho a tomar las decisiones que afecten a la esfera del menor, no así el derecho de gozar de su compañía. En caso de que el sujeto activo se encuentre recluido en prisión, las visitas podrían desarrollarse en el propio centro carcelario o a través de otros medios telefónicos o telemáticos. En el supuesto contrario, el auxilio de mecanismos como los Puntos de Encuentro Familiares puede ser de vital importancia. Por último, si se produjera la circunstancia de que el custodio obstaculizase el régimen de visitas estipulado, el no custodio podría solicitar por la vía civil el cumplimiento del mismo (al margen de la posible responsabilidad penal existente).

### *2.6 Extensión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad a los partícipes*

La inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad presenta un conflicto más, su extensión a los partícipes. Los inductores y cooperadores necesarios se castigan

---

[1047] UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. CARRASCO PERERA, A.), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 220.

[1048] Así lo indica el Tribunal Supremo en la Sentencia número 512/2009, de 30 de junio, en el que condena a la madre a pagar una indemnización de 60.000€ en concepto de daños morales por haber trasladado al hijo a Estados Unidos sin consentimiento del padre, impidiendo así el desarrollo del régimen de comunicación entre ambos.

[1049] MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles…", Ob. cit., p.151.

[1050] SAN ROMÁN, J.R. *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 292.

con las mismas penas que los autores y los cómplices con un grado menos. Al tratarse de un delito especial, los cooperadores necesarios y los inductores pueden ver rebajada la pena en un grado en atención a lo dispuesto en el artículo 65.3 CP. En cualquier caso, la rebaja del grado no interfiere en la naturaleza de las penas, solo en su duración.

El delito de sustracción de menores tiene prevista la pena de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad con carácter imperativo, por lo que cualquier interviniente será castigado, por ende, con esa pena, aunque atendiendo al tipo de cooperación (si es complicidad) o a si procede la aplicación del artículo 65.3 CP, podrá ser de menor duración que para el caso del autor.

Sin embargo, podría ser irracional la aplicación de la pena de inhabilitación especial al cooperador o al inductor, cuyos hijos no son los que han sido objeto de la sustracción, pudiendo incluso resultar perjudicial para ellos. No obstante, el carácter imperativo de la pena hace que tenga que aplicarse a todos los intervinientes, con una duración que dependerá en gran medida de las características de la aportación[1051]. Y esto fue precisamente lo que ocurrió en un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Lugo, en la que el Tribunal condenó a una pena de prisión y de inhabilitación especial tanto a la autora de la sustracción (la madre de los menores) como a la abogada y a la hermana de esta, que fueron consideradas cómplices.

Este es otro motivo más para abogar por el cambio de la pena de inhabilitación de imperativa a potestativa, pues podría darse el caso de inhabilitar a padres con respecto a hijos que no solo no se hayan visto involucrados en la sustracción (caso del padre inhabilitado tanto para con los hijos sustraídos como para con los hijos no sustraídos, esto es, hermanos o medio hermanos de los primeros), sino que no tengan absolutamente relación alguna con los menores sustraídos (caso de los hijos de algún cooperador del sustractor). En este último caso, no solo los menores respecto de los cuales los padres han sido inhabilitados no solo pueden no ser protegidos, sino que incluso pueden llegar a ser perjudicados.

### *2.7 Toma de postura*

La pena del delito de sustracción de menores es bastante desproporcionada, especialmente la pena de inhabilitación para la patria potestad, que puede llegar hasta los diez años y ello a partir de las dos semanas de sustracción. No se ha establecido ningún grado adicional, si bien la horquilla es bastante amplia y el juzgador podrá ir graduando la pena en función de la duración de la conducta y del perjuicio causado al bien jurídico.

Ciertamente, aunque la misma solo se aplica en el tipo básico y el agravado y no así en el privilegiado, en el tipo básico se prevé una duración de hasta diez años de inhabilitación, lo cual es un periodo demasiado extenso que no guarda relación con la gravedad de la conducta. Este tipo de pena debería haberse previsto solo para el tipo agravado o, a lo sumo, en el tipo básico pero sin abarcar un plazo de tiempo tan amplio. Cuando se produce la salida del menor del territorio nacional queda patente el intento del progenitor sustractor de cortar toda relación entre el menor y el otro progenitor, al tiempo que aumenta considerablemente la dificultad de restitución, en cuyo caso pudiera estar justificada la pena de inhabilitación. Fuera de este supuesto, resulta desproporcionada.

[1051] SAP Lugo núm. 11/2018, de 24 de enero.

La doctrina se ha manifestado en el mismo sentido: "Si se priva de la patria potestad se consigue prevenir una nueva conducta sustractora o de retención, pero se rompe el vínculo con el progenitor sustractor, lo que, de hecho, afecta al bien jurídico que se entiende protegido. […] La privación de la patria potestad no supone la privación del derecho de visitas, esto es, el derecho del menor a relacionarse con el padre/madre no se ve afectado, y, siendo así, tampoco se evita el riesgo de nueva sustracción o retención, excepto que las visitas se realicen de manera controlada. Precisamente por ello, no parece tener mucho sentido la previsión de la sanción inhabilitadora"[1052].

Téngase en cuenta que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad se encuentra prevista para el tipo básico, no así para el tipo atenuado. Quiere decirse que, para poder aplicarla, es necesario que la sustracción sea superior a quince días pues, de otro modo, se aplicaría el tipo privilegiado que, como se ha mencionado anteriormente, prevé exclusivamente una pena de prisión de seis meses a dos años, salvo que la restitución se produzca por causas ajenas al autor. A pesar de ello, la posibilidad de privar a un padre o a una madre del ejercicio de la patria potestad hasta diez años guarda desproporción con la gravedad de los hechos, sobre todo, teniendo en cuenta que el tipo es imperativo en este sentido, obligando al aplicador de la norma a imponerla, cuando en otros tipos, la inhabilitación de la patria potestad presenta carácter potestativo y el Juez decidirá si aplicarla o no en función de si lo considera conveniente atendiendo a cada caso concreto.

Sería preferible haber incluido esta pena de inhabilitación con carácter potestativo, algo que se propone de *lege ferenda*, de forma que sea el juez el que decida si en el caso que está juzgando el menor debe ser protegido mediante la inhabilitación al sustractor o no. De hecho, en el Ordenamiento italiano, la obligación de imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la responsabilidad parental, prevista para el delito de sustracción de menores al extranjero, llevó al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de esa parte del precepto, entendiendo que dicha pena debe ser potestativa, de forma que el juez pueda decidir si aplicarla o no atendiendo al interés superior del menor.

### 3. La causa de exclusión de la pena: artículo 225 bis apartado cuarto (primer inciso)

El primer inciso del apartado cuarto del artículo 225 bis CP, contiene un supuesto de exclusión de la pena: c*uando 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.*

Lo primero que ha de señalarse es que, por regla general, cuando nos situamos frente a una acción que presenta los rasgos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, esa acción será por ello punible[1053]. Sin embargo, como toda regla general, presenta excepciones. Esas excepciones vienen de la mano de las causas de exclusión de la pena (también denominadas excusas absolutorias) y las condiciones objetivas de punibilidad.

[1052] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 70.
[1053] En parecidos términos, MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p.427.

En el Ordenamiento jurídico español, fue SILVELA quien introdujo las excusas absolutorias (término de origen francés[1054]) cuando reflexionaba sobre la existencia de algunas causas de exención que no constituían ni causas de justificación ni causas de inimputabilidad[1055].

Para explicar las causas de exclusión de la pena, HIGUERA GUIMERÁ se retrotrae a los denominados "privilegios", señalando acertadamente que esta figura ha sido "una forma peculiar en que se manifestó la actividad jurídica durante la Edad Media"[1056], definiéndolos como "una disposición cuyo objeto es crear una situación jurídica concreta"[1057], y distinguiéndolos de la ley en que esta es de carácter general y abstracto y aquel es un acto jurídico fuera de la ley, una anomalía[1058].

Una excusa absolutoria, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad (hechos futuros e inciertos, independientes de la voluntad del autor que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta típica, ilícita y culpable[1059]) supone la exclusión de pena pese a la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable (incluso punible) y ello normalmente debido a la producción por parte del autor del delito, de un comportamiento postdelictivo positivo (al menos, en las causas de levantamiento de la pena)[1060]. Es decir, primarán otros intereses que tengan prioridad sobre la imposición de una pena. Por consiguiente, tanto las causas de exclusión de la pena como las condiciones objetivas de punibilidad son elementos ajenos al tipo, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, se ubican en la punibilidad, y su funcionamiento es radicalmente distinto al de las causas de justificación y de exculpación[1061].

El punto de partida debe pasar por la distinción entre punibilidad y pena. La doctrina ha expuesto de forma cristalina la diferencia existente entre ambas: "La punibilidad se diferencia de la pena en varios aspectos. Ante todo, la punibilidad señala el hecho de que una conducta típica, antijurídica y culpable debe ser castigada [...]; mientras que la pena concretiza el quantum: la clase de pena y la magnitud de la misma. Por ello, la pena puede faltar por diversas circunstancias aun existiendo el delito [...]; mientras que la punibilidad es totalmente necesaria para que exista el delito: si falta, la conducta, a pesar de ser típica, antijurídica y culpable, no será delito. Esta inexistencia del delito desde el momento de poner la conducta es lo que diferencia las causas de exclusión de la punibilidad de las causas de extinción de la misma (art.130 CP), pues en estas últimas, el delito ha existido durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, para extinguirse después"[1062].

---

[1054] HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias,* Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 29.
[1055] SILVELA, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España,* vol. 2, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, p. 201.
[1056] HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias…,* Ob. cit., p. 19.
[1057] *Ibídem*, p. 20.
[1058] *Ibídem*, p. 20.
[1059] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal…*, Ob. cit., p. 214.
[1060] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit., pp. 252-253.
[1061] El propio Tribunal Supremo, en una Sentencia de 26 de diciembre de 1986, las definía de la siguiente manera: *Bajo el nombre de "excusas absolutorias" se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica que, colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero, prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la propia excusa absolutoria debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presente en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad.*
[1062] LANDECHO VELASCO, C. M. - MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 434.

En una línea semejante, LUZÓN PEÑA afirma que, cuando concurre una causa de las que él denomina "causas personales de exclusión de la punibilidad", el delito continúa existiendo, excluyéndose la punibilidad del sujeto[1063]. Lo cierto es que se excluye la pena, no la punibilidad, por cuanto el comportamiento sigue siendo merecedor de pena, lo que ocurre es que dicha pena deviene innecesaria[1064].

La doctrina más acertada califica las excusas absolutorias como "supuestos de delito punible no penado" [1065]. Esta es la expresión más correcta, la que más se acerca a la verdadera naturaleza de las causas de exclusión de la pena porque dichas causas no suprimen el hecho de que el sujeto haya realizado una acción reprochable. Esa acción es típica, antijurídica, culpable y punible, si bien la pena no acontece porque existe alguna razón que desaconseje su imposición. De ahí, la idea acerca de que en las causas de justificación no hay delito, en las de imputabilidad (y puede añadirse que también en las de inculpabilidad) no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena[1066]. No le falta razón a esta expresión, toda vez que en las causas de justificación se acaba determinando que la conducta es conforme a Derecho, con lo cual desaparece el delito, la conducta sería lícita; cuando concurre una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad y, por consiguiente, la culpabilidad desaparece, seguiría existiendo el delito, pero el delincuente no existiría, podría adoptarse, a lo sumo, una medida de seguridad. Finalmente, cuando se trata de una excusa absolutoria, el delito y el delincuente siguen existiendo, por lo que son causas que para nada afectan a la antijuridicidad o a la culpabilidad, sino que afectan únicamente a la pena, la conducta no resulta penada por razones ajenas a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

Por tanto, pueden aparecer supuestos en que el comportamiento es antijurídico y culpable pero no penado. Estos supuestos son los comúnmente denominados "excusas absolutorias" y se basan en razones de política criminal y de ausencia de necesidad de pena, según el caso concreto[1067]. Sin embargo, es más acertado denominarlas "causas de exclusión de la pena" porque el término "excusa absolutoria", pese a que es una denominación usual en la doctrina y se conoce a la perfección a lo que nos estamos refiriendo cuando se utiliza tal expresión, parece más ligada a una especie de perdón que determina la absolución del sujeto, siendo que consisten más bien en causas de comportamientos antijurídicos, culpables y punibles pero no penados por motivos de política-criminal y porque la pena no resulta necesaria[1068].

Efectivamente, las excusas absolutorias parecen entrañar supuestos en los que el legislador perdona al sujeto su conducta por algún motivo, pero la verdadera esencia es precisamente ese motivo por el cual la pena desaparece. El legislador lo que hace es

---

[1063] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 559-560.

[1064] Quizá por este motivo VIZUETA FERNÁNDEZ, J. ha observado que la definición de delito puede ser completada indicando que "es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, siempre que concurra la correspondiente condición objetiva de punibilidad y no exista una excusa absolutoria. En *Derecho Penal. Parte General*, (coord. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), 2ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 304.

[1065] ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 423.

[1066] JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de…,* Ob. cit., pp. 138-139.

[1067] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 735.

[1068] En línea parecida, LUZÓN PEÑA, D. M. "La punibilidad", *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (dir. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 839-840.

permitir la no imposición de una pena a cambio de algo (cuando las excusas absolutorias se encuentran supeditadas a una acción concreta, como en el caso del delito de sustracción de menores, en el que el sujeto quedará exento de pena si devuelve al menor en el plazo de veinticuatro horas o comunica el lugar en el que se encuentra en dicho plazo y procede a su restitución) o como resultado de una ponderación en la que finalmente se decide que esa pena puede resultar más perjudicial que beneficiosa (el caso de la excusa absolutoria entre parientes del artículo 268 CP).

Una excusa absolutoria no supone un perdón para el autor de un delito, no es que el legislador le esté disculpando por el hecho cometido, sino que toma la decisión de no sancionar una determinada acción cuando concurren una serie de requisitos y ello atendiendo a razones de política criminal y de ausencia de necesidad de pena. En cualquier caso, ha de quedar claro que una causa de exclusión de la pena en ningún momento extingue la existencia del delito. El delito continúa existiendo. Defender lo contrario nos llevaría a lagunas jurídicas importantes[1069].

En esta línea, se ha hecho referencia a la distinción entre *merecimiento* de pena y *necesidad* de pena[1070], dado que las excusas absolutorias no obedecen a una supresión del hecho delictivo. Según esta teoría, cuando una conducta presenta todas las características propias de un delito, la misma es merecedora de pena. Sin embargo, cuando el legislador incluye ciertos requisitos adicionales que hacen no solo que la conducta sea merecedora de pena, sino también necesaria, puede ocurrir, en el caso de producirse la causa de exclusión de la pena, que esta sea merecida pero no necesaria.

Por otro lado, hay quienes distinguen entre causas de exclusión de la pena y causas de levantamiento de la pena, caracterizadas por concebir exenciones de penas obligatorias que no afectan ni al injusto ni a la culpabilidad porque poseen carácter postdelictual, defendiéndose que dichas causas podrían denominarse, en todo caso, "excusas absolutorias posteriores", si bien no se tratarían de verdaderas excusas absolutorias precisamente porque son causas posteriores a la ejecución del hecho, siendo que la opinión mayoritaria afirma que las excusas absolutorias deben acontecer en el momento de la ejecución[1071]. Por consiguiente, sería posible distinguir las causas de exclusión como causas que concurren durante la ejecución del delito y evitan que surja la punibilida, y las causas de levantamiento de la pena, que son posteriores a la realización del hecho delictivo y suponen la existencia de una acción típicamente antijurídica, culpable y punible[1072].

---

[1069] Por ejemplo, es de sobra conocida la excusa absolutoria reflejada en el artículo 268 CP en relación con la comisión de delitos contra el patrimonio entre parientes en casos en que no exista violencia ni aprovechamiento de las circunstancias de una víctima vulnerable. Sin embargo, esta causa de exclusión de la pena no se aplica a terceras personas que puedan participar en el mismo. Si se negase la existencia del delito en estos supuestos, sería imposible aplicar una sanción a los partícipes, toda vez que la participación es accesoria, se necesita una autoría sobre la que basarse. Del mismo modo, esta misma causa de exclusión de la pena solo suprime la responsabilidad penal, no así la civil. Si no existiese delito, sería extraño poder exigir una responsabilidad civil derivada del delito. En conclusión, debe entenderse que la causa de exclusión de la pena no significa la supresión del hecho delictivo.

[1070] FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Curso de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 308.

[1071] FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 42-44 y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit., pp. 252-253.

[1072] FARALDO CABANA, P. *Las causas de…,* Ob. cit., p. 45.

En este último grupo se encuadraría la excusa absolutoria prevista para el delito de sustracción de menores, en tanto se ha defendido que las causas de levantamiento o anulación de la pena consisten en la realización por parte del sujeto activo de un comportamiento de signo positivo que sirven para exonerar retroactivamente de una punibilidad que ya había surgido[1073]. El sustractor debe devolver al menor antes del transcurso de 24 horas, o bien, comunicar en ese plazo de tiempo el lugar en el que aquel se encuentra, con el compromiso de devolución, compromiso que debe cumplir. Se trata de dos acciones alternativas, dos comportamientos de signo positivo que conllevan la exención de pena del sujeto activo[1074]. También la doctrina piensa que el cuarto apartado del artículo 225 bis CP es una excusa absolutoria y no una causa de atipicidad[1075], si bien hay quien defiende que se trata de un supuesto de desistimiento referido al agotamiento del delito[1076].

No es que el legislador decida perdonar la conducta, sino que prefiere la obtención del "contracomportamiento", que beneficiará al bien jurídico lesionado o puesto en peligro inicialmente por el sujeto activo, o prefiere sacrificar la punición de la conducta por existir (a juicio del propio legislador) un interés mayor que se vería lesionado si sigue adelante con el *ius puniendi*[1077] (los derechos del progenitor o del custodio). En este sentido, las causas de levantamiento de la pena suponen una renuncia a la pena por parte del legislador[1078].

Este razonamiento es el que sirve para defender, como se ha visto, que las causas de levantamiento de la pena vienen a componer supuestos de punibilidad sin pena. La punibilidad ya existía porque el acto de signo positivo desarrollado por el sujeto en nada afecta a la conducta típica anterior, que ya era antijurídica, culpable y punible por sí misma. La punibilidad había surgido con motivo de la existencia de la antijuridicidad y la culpabilidad y ello con independencia de que se defienda que la punibilidad es una categoría más de la teoría del delito[1079] o queda fuera[1080]. Lo cierto es que en el momento en que el sujeto lleva a cabo la conducta de exoneración, la conducta delictiva que había realizado previamente ya era típica, antijurídica, culpable y punible, dado que tanto el juicio de antijuridicidad como el juicio de culpabilidad habían arrojado un resultado positivo, dando a entender que existían tanto la primera como la segunda. La punibilidad también se encontraba presente. Sin embargo, el sujeto logra con su comportamiento postdelictual quedar exonerado de pena y ello no puede afectar a ninguno de los elementos que ya habían quedado determinados previamente. Por tanto, las circunstancias de levantamiento de la pena constituyen supuestos de punibilidad sin pena porque la acción resulta punible pero, por otros motivos, queda no penada.

---

[1073] FARALDO CABANA, P. *Las causas de…,* Ob. cit., p. 60.
[1074] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo II), Ob. cit., p. 317.
[1075] Verbigracia, ROCA AGAPITO, L. *Derecho penal…,* Ob. cit., pág. 924; STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 17; QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 424.
[1076] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 307.
[1077] En línea parecida, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 72.
[1078] FARALDO CABANA, P. *Las causas de…,* Ob. cit., p. 85.
[1079] De esta opinión, por ejemplo, QUINTANAR DÍEZ, M. - ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 65; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español…,* Ob. cit., p. 541; BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2018, p. 789.
[1080] De esta opinión, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D. M. "La punibilidad…", Ob. cit., p. 831; MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 733.

De la redacción del tipo de sustracción de menores puede extraerse que para que el sujeto activo pueda beneficiarse de la exención de pena debe cumplir ciertos requisitos: comunicar a la persona encargada del cuidado del menor el lugar de la estancia, siempre antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas desde el momento de la sustracción, comprometerse a devolver al menor de manera inmediata y proceder efectivamente a la restitución del menor; o, alternativamente, que la ausencia no sobrepase las veinticuatro horas.

Este primer párrafo del apartado cuarto del artículo 225 bis CP presenta cierta ambigüedad. Se trata de una excusa absolutoria redactada de manera alternativa, de manera que opera en el caso de que se haya comunicado a quien corresponda permanecer con el niño el lugar en el que este se encuentra antes de transcurridas veinticuatro horas, comprometiéndose y procediendo a su devolución inmediata; pero también en el supuesto de que la ausencia no supere las veinticuatro horas. Así las cosas, surge la duda acerca de si, en el primer caso, la devolución debe hacerse también antes de transcurridas veinticuatro horas. De ser así, la segunda parte del párrafo carece de sentido, dado que ya establece la exención de pena para el caso genérico de que la ausencia no sea superior a veinticuatro horas, independientemente de si se produce la comunicación o no.

El legislador pretendía otorgar matices distintos a ambos supuestos, de lo contrario se habría limitado a expresar que quedará exento de pena el sujeto sustractor cuando la sustracción no hubiese durado más de veinticuatro horas. Por ello, el ánimo del legislador era eximir de pena en los siguientes casos[1081]:

a) Cuando el sustractor comunica antes de veinticuatro horas al progenitor correspondiente el lugar donde se encuentra el menor y se compromete a devolverlo, aunque la devolución tenga lugar una vez transcurrido dicho plazo. En este primer supuesto, el plazo de veinticuatro horas se tiene en cuenta de cara a la comunicación y a la adopción del compromiso de restitución, pudiendo esta producirse con posterioridad. Ahora bien, dado que el tipo habla expresamente de *devolución inmediata,* ese plazo de veinticuatro horas no puede ser ampliado en exceso para la restitución. El sujeto activo dispone de veinticuatro horas para comunicar el lugar en el que se encuentra el menor y comprometerse a devolverlo, contando con el plazo suficiente y estrictamente necesario para trasladar al menor desde el lugar en el que se encuentra hasta el lugar en el que debería estar una vez transcurridas las primeras veinticuatro horas. Por tanto, este primer supuesto presenta un plazo de tiempo más flexible debido a la presencia de la comunicación y de la asunción del compromiso de devolución. Así, si la sustracción tiene lugar a las 21 horas de un domingo (hora en la que se produciría la interposición de la denuncia), el sustractor tendría hasta las 21 horas del lunes para comunicar a quien corresponda dónde se encuentra el menor y comprometerse a devolverlo. A partir de ese momento, contaría con el tiempo estrictamente necesario para proceder a la efectiva devolución del menor, lo que dependerá, entre otros factores, de la distancia existente entre el lugar en el que el menor se encuentra y el lugar al que deba ser restituido. Si excede de ese tiempo, la excusa absolutoria sería inaplicable.

[1081] En el mismo sentido, TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial…,* Ob. cit., p. 583 y TERRADILLOS BASOCO, J. M. - GONZÁLEZ AGUDELO, G. *Lecciones y…,* Ob. cit., p. 357.

b) Cuando la ausencia sea inferior a veinticuatro horas computables desde la interposición de la denuncia, sin ningún otro requisito. Siguiendo el mismo ejemplo anterior, si la sustracción se produce a las 21 horas de un domingo, el sustractor tendría hasta las 21 horas del lunes para devolver al menor si pretende quedar exento de pena. Sin embargo, como el plazo de tiempo comienza a contar a partir de la interposición de la denuncia, el plazo real no serán 24 horas, sino más, dependiendo del tiempo que se tarde en presentarla.

Para que esta excusa absolutoria opere, debería ser necesario que el sustractor haya procedido a la devolución efectiva del menor, pues ahí reside su naturaleza. Se trata de una excusa absolutoria que trata de fomentar que, una vez realizada la sustracción, el sujeto activo recapacite y devuelva al menor, sabiendo que en ese caso la conducta que ha cometido quedará impune. Pero si la restitución del menor no obedece a un acto voluntario del sustractor, el precepto no debería ser de aplicación. No puede otorgarse el mismo tratamiento al progenitor sustractor que devuelve el menor antes de veinticuatro horas que al progenitor sustractor sin intención de restituir al menor a la persona encargada de su custodia que resulta localizado por la policía a las pocas horas, quien finalmente lleva a cabo la restitución. En ambos casos, la ausencia ha durado menos de veinticuatro horas, pero la diferencia fundamental entre los dos supuestos estriba en que en el primer caso es el sujeto activo quien decide por voluntad propia restituir al menor y en el segundo dicha voluntad es inexistente.

La exención de pena debiera obedecer a un desistimiento puramente interno del autor[1082], siendo él quien lleve a cabo la restitución por voluntad propia, ya sea por sí mismo o a través de otra persona (el autor puede ponerse en contacto con algún familiar o amigo para que sea esa persona quien lleve a cabo la restitución), pero no debería poder beneficiarse de la excusa absolutoria si es el propio menor el que huye y regresa solo a su domicilio habitual o si es localizado por la policía, en cuyo caso, el hecho de que la ausencia haya durado menos de veinticuatro horas es una cuestión de puro azar.

Sin embargo, el tipo recoge el supuesto de las 24 horas sin exigir ningún otro requisito[1083]. Por consiguiente, no puede exigirse que esa sustracción inferior a 24 horas sea por propia voluntad del autor, que decide entregar al niño a quien corresponda, sino que es un tipo abierto a cualquier posibilidad en la que ese plazo de tiempo no se vea superado. Realmente, si la sustracción no sobrepasa las 24 horas, el bien jurídico apenas se verá lesionado, pero tampoco se termina de comprender el porqué de la opción del legislador de beneficiar al sustractor aun cuando ese periodo tan corto de tiempo no responde a un esfuerzo propio por entregar al menor.

En conclusión, si la ausencia es inferior a 24 horas, se aplicará la excusa absolutoria sin importar el motivo por el cual el menor queda restituido a quien correspondía, con independencia de si esto responde a la voluntad del sustractor[1084]. Ahora bien, para el caso de que el sustractor haya comunicado la estancia antes de esas 24 horas, deberá producirse una entrega voluntaria para aplicar la absolución, tal y como exige el tipo. Además, la comunicación debe dirigirse de manera directa al otro progenitor o a quien

[1082] Así lo entiende, también, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 17.
[1083] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción ...,* Ob. cit., p. 75.
[1084] En contra, defendiendo que se requiere un acto de devolución del menor por parte del sustractor para aplicar el tipo atenuado y la excusa absolutoria, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 65.

corresponda el cuidado del menor, quedando fuera de la causa de exclusión de la pena el supuesto en que la comunicación se realice a un guardador temporal o incluso a la autoridad competente[1085].

La explicación de esta excusa absolutoria puede hallarse en la menor lesión del bien jurídico, que se ha visto comprometido en menor grado dada la escasa duración de la sustracción y la rápida liberación del menor[1086]. Realmente, la afección de los derechos de responsabilidad parental del progenitor o de custodia de la Administración que ha asignado al menor al cuidado de un centro o institución alcanza escasa entidad ante la corta duración de la sustracción.

Los plazos se computan, como señala el tipo *in fine*, desde la fecha de la denuncia de la sustracción. Esto implica que, en la práctica, la ausencia del menor será, por línea general, mayor de veinticuatro horas, pudiendo llegar, como dice QUERALT JIMÉNEZ, a ser infinitas[1087], y el sujeto activo podrá seguir beneficiándose, pese a ello, de la exención de pena. Si los plazos comenzasen a contar desde el mismo momento de la sustracción, transcurridas veinticuatro horas, ya no podría aplicarse la exención de pena y el sujeto sería penado, a lo sumo, con la pena correspondiente al tipo atenuado. Sin embargo, al ser un plazo computado a partir de la fecha de la denuncia de la sustracción, este depende del tiempo de reacción del progenitor o la persona que se encuentra a cargo del menor. La lógica hace pensar que se otorgará un plazo prudencial antes de denunciar por si los hechos se deben a un retraso que entre dentro de los términos de la normalidad[1088].

Puede producirse el supuesto de que la comunicación a la que se refiere el tipo se produzca con anterioridad a la interposición de la denuncia, en cuyo caso se actuaría de la misma manera que si dicha comunicación se hubiese realizado con posterioridad a este momento. Quiere decirse con esto que la excusa absolutoria opera independientemente de si la comunicación se produce antes o después de la interposición de la denuncia, pues lo importante es que tenga lugar antes de que transcurran veinticuatro horas contadas a partir del momento en que aquella se interpone[1089].

La doctrina ha establecido una interesante reflexión acerca de una hipótesis que podría producirse en la práctica: "No se contempla el caso de que la restitución se produzca de inmediato, tras la comunicación del lugar de estancia, pero después de las veinticuatro

---

[1085] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 18.
[1086] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo I), Ob. cit, p. 259.
[1087] QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 424.
[1088] Esta causa de exención de pena es parecida a la utilizada por el legislador en el artículo 225 CP. El artículo 225 CP es un tipo privilegiado aplicable a los delitos recogidos en el artículo 223 CP, relativo a no presentar al menor ante sus padres por parte de la persona encargada de manera injustificada y en el artículo 224 CP, relativo a la inducción de un menor a abandonar su domicilio familiar. Pues bien, el artículo 225 CP prevé una rebaja de la pena siempre y cuando el menor o la persona necesitada de especial protección haya sido depositado en un lugar seguro o restituido en su domicilio incólume y siempre que se haya comunicado el lugar de estancia a sus padres o guardadores antes de veinticuatro horas o para el caso de que la ausencia no hubiese superado dicho plazo de tiempo. En el caso del artículo 225 CP la concurrencia de estos elementos conlleva una rebaja de la pena. Esto nos lleva a pensar que el legislador ha decidido otorgar un trato de favor al progenitor y al resto de sujetos incluidos en el quinto apartado del artículo 225 bis CP.
[1089] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 605.

horas y sin compromiso previo. Parece, sin embargo, que una interpretación teleológica a favor del reo llevará a la apreciación de la excusa absolutoria"[1090].

Pues bien, aunque la restitución sea inmediata y diste poco de las veinticuatro horas, si no se ha producido comunicación, la causa de exclusión de la pena no debe resultar aplicable, sino que se aplicaría el tipo atenuado. Esto es así porque el legislador ha establecido un plazo de tiempo objetivo, que impide el surgimiento de conflictos relativos a la carencia de seguridad jurídica. Del mismo modo que la minoría de edad se alcanza con el cumplimiento de los 18 años, que la responsabilidad penal de una persona comienza en el momento en que alcanza los 14 años y que en las detenciones ilegales y secuestros se apuesta por márgenes de tiempo objetivos (tres días para tipo atenuado y quince días para el agravado), las 24 horas del tipo de sustracción de menores son un criterio objetivo que no debe ser alterado. Ello supondría consecuencias importantes tales como la duda acerca de hasta dónde se podría extender la interpretación del tipo.

La extensión de un precepto penal más allá de lo indicado por el propio tipo supondría franquear la puerta a la arbitrariedad judicial, con las graves consecuencias que ello podría conllevar, hasta el punto de que la aplicación de la exención de pena podría llegar a depender del juzgador encargado de cada caso, de si entiende que ese poco margen posterior a las 24 horas invita aún a la aplicación del precepto. Por otro lado, el transcurso de las 24 horas da pie aún a la entrada del tipo atenuado, con lo cual el autor del delito sigue teniendo cierto margen de cara a la no aplicación de la dura pena del tipo básico.

Si transcurre un plazo de tiempo razonable que impide apreciar la excusa absolutoria, aún queda la opción de aplicar el tipo privilegiado, que opera para seguir incentivando al sujeto activo a que proceda a restituir al menor dado que, a pesar de no poder ya beneficiarse de una exención de pena, se le sigue dando la oportunidad de ser castigado con una modalidad atenuada para recompensar su rápida actuación.

Por ende, procede aplicar la excusa absolutoria en aquellos supuestos en que se haya producido lo que razonablemente puede entenderse por "devolución inmediata", siempre para aquellos casos en los que la ausencia haya sido inferior a veinticuatro horas o se haya procedido a la comunicación del lugar en el que se encuentra el menor en ese plazo de tiempo, con la subsiguiente devolución y, en caso de que la restitución diste de ese plazo de veinticuatro horas sin haberse producido comunicación, debe entonces aplicarse el tipo atenuado recogido en el segundo párrafo del cuarto apartado del artículo 225 bis CP. Así se obedecen los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Además, debe tenerse en cuenta que la excusa absolutoria también será de aplicación a todos los parientes próximos mencionados en el apartado quinto del precepto, independientemente de si el delito es cometido por un progenitor o por alguno de aquellos, pues el legislador deja claro que pretende un trato igualitario para todos ellos.

Por cuanto respecta a la Jurisprudencia, se ha aplicado esta causa de exclusión, si bien a veces de manera confusa. Por ejemplo, esto ocurre en un caso de padres separados en que el padre atacó a la cuidadora de su hijo de tres años (que vivía con la madre) mientras aquella volvía a casa después de haberlo recogido del colegio, dado que se encargaba del cuidado del menor por las tardes. No solamente la golpeó, sino que utilizó una navaja con la que le produjo diversas heridas, al tiempo que le decía que la iba a matar. La cuidadora

[1090] MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal…,* Ob. cit., p. 813.

consiguió escapar y el padre se llevó al niño, hasta que finalmente lo dejó por la noche en un parque cercano al domicilio del menor, donde fue encontrado llorando por una joven pareja que lo devolvió a su casa. Durante toda esa tarde, la madre había llamado al padre en sucesivas ocasiones intentando localizar al niño, pero aquel le facilitaba una y otra vez indicaciones falsas para que el menor no pudiera ser encontrado. Estos hechos fueron calificados por el Ministerio Fiscal como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa del artículo 138 CP, un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP y un delito de abandono temporal de menores del artículo 229 CP. Sin embargo, la Audiencia Provincial, pese a que condena al sujeto activo por el primero y el tercero de los delitos mencionados, niega la existencia del delito de sustracción porque el menor no llega a ser apartado de la madre más de 24 horas[1091].

El razonamiento efectuado por la Audiencia no es acertado, cuyo argumento para negar la existencia del delito pasa por que la conducta presenta una duración inferior a veinticuatro horas, aludiendo a la causa de exclusión de la pena prevista en el cuarto apartado del artículo 225 bis. Es decir, la Audiencia está mezclando la inexistencia del delito con la presencia de la causa de exclusión de la pena. Lo correcto sería considerar la existencia del delito, quedando la conducta exenta de pena debido a la causa de exclusión prevista en el apartado cuarto del artículo 225 bis, o, por el contrario, estimar que no existe delito.

Si la idea de la Audiencia es que el delito no existe por no haber llegado la sustracción a las veinticuatro horas y, por tanto, dar entrada a la causa de exclusión de la pena, no se puede compartir el fundamento por ser muy distintos ambos términos. Una cosa es considerar que el delito no existe por cualquier motivo (no se ha vulnerado el bien jurídico, la conducta no encaja en el tipo, etc.) y otra muy distinta es que, a pesar de la existencia del delito, este vaya a resultar impune debido a la concurrencia de una causa de exclusión de la pena. La causa de exclusión de la pena no niega la tipicidad ni la antijuridicidad de la conducta, ni siquiera la culpabilidad. Afecta a la punibilidad, de manera que por razones de conveniencia social el legislador estima que es más útil dejar impune la conducta que perseguirla en vía penal[1092].

En otras palabras, si la Audiencia quiere transmitir la idea de que entra en juego la causa de exclusión de la pena es porque de antemano está admitiendo que la conducta del sujeto es constitutiva de un delito de sustracción de menores y, por tanto, es típica, antijurídica (dada la no concurrencia de causa de justificación alguna) y culpable (ya que se ha desestimado la concurrencia de causas de exculpación), aunque exento de pena, es decir, un supuesto de delito punible no penado. Ahora bien, otra cosa muy distinta es que

[1091] Según la SAP Madrid núm. 103/2006, de 7 de noviembre, ya *la propia definición de qué se considera sustracción en este caso al aludir a "traslado de un menor de su lugar de residencia" hace referencia a una cierta idea de permanencia en el tiempo, que en este caso no consta que tuviera el acusado cuando decidió llevarse a su hijo a la salida del colegio; esa idea de permanencia en el tiempo se ve confirmada cuando en el número 4 de dicho precepto se determina que quedará exento de pena el sustractor que haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda...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. En este caso, el acusado* [...] *cogió a su hijo que habitualmente convivía con su madre, tal y como él ha admitido, ha declarado la madre y se desprende de la declaración de la persona que por las tardes cuidaba al niño, sobre las 16.15 horas de la tarde y cinco horas después ya lo había dejado bien que abandonado, hecho que ya se ha calificado con anterioridad, pero en ningún caso la ausencia del niño de su domicilio habitual y de la compañía de su madre con la que vivía llegó a las veinticuatro horas que exige el artículo 225 bis del CP.*
[1092] LANDECHO VELASCO, C. M. - MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 435.

se niegue desde un principio la existencia del delito, en cuyo caso ya no es necesario entrar a valorar si concurre o no la causa de exclusión porque directamente la conducta es atípica, ya sea porque la misma no encaja en el supuesto de hecho descrito por la norma penal o porque concurre una causa justificada que elimina la tipicidad del hecho, al ser la ausencia de esta última uno de los elementos del tipo.

### 4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

De entre las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP, especial atención merece la reflejada en el apartado quinto, referente a la reparación del daño causado. Si el menor es reintegrado (tras el traslado) o entregado (tras la retención), ello equivaldría a reparar el daño. Especialmente cuando el menor ha sido trasladado al extranjero y la dificultad de localizarlo y reintegrarlo va aumentando con el paso del tiempo, el hecho de que el sustractor decida devolverlo sería fundamental y, en esos casos, en que la voluntad del propio sustractor es de vital importancia para que se ponga fin a la situación delictiva. Es por ello que en estos casos incluso sería conveniente aplicar la atenuante como muy cualificada y rebajar la pena en un grado, en vista de la importancia que integra.

La entrega del menor tras la consumación de la conducta no puede considerarse un desistimiento, por cuanto el delito ya ha quedado consumado. El daño ya ha sido causado, pero se produce una reparación. Si esa entrega tiene lugar cuando ya no es posible la aplicación de la causa de exclusión de la pena ni el tipo privilegiado, se podría aplicar esta atenuante como una forma de rebaja penológica, marcando así la diferencia de estas entregas voluntarias con respecto a otros casos en los que el menor es localizado y restituido gracias a la cooperación entre las diversas instituciones y autoridades de dentro o fuera del país. Ello es así porque no parece compatible la aplicación del tipo privilegiado con la aplicación de la atenuante de la reparación del daño del artículo 21.5 CP, por cuanto ese menor desvalor de la conducta, al haberse procedido a la entrega del menor, ya ha sido tenido en cuenta precisamente para rebajar la pena.

Asimismo, la doctrina estima que la atenuante de estado pasional del artículo 21.3 CP será especialmente relevante en este delito, en vista del fuerte elemento afectivo que suele estar presente en este tipo de situaciones[1093]. No existiría obstáculo para aplicar esta atenuante si, de las circunstancias del caso, puede extraerse que el sustractor se hallaba en el estado pasional que marca el precepto y que ello fue lo que provocó el comportamiento ilícito, debiendo analizarse muy concretamente el grado de afección de las facultades intelectivas y volitivas a efectos de comprobar la imputabilidad de aquel en el momento de la comisión del hecho.

Por cuanto respecta a las circunstancias agravantes, reflejadas en el artículo 22 CP, no parece que vaya a concurrir casi ninguna de las agravantes previstas, por el tipo de delito que expresa. El sujeto activo puede obrar con abuso de confianza, pero esta circunstancia ya ha sido tenida en cuenta para la tipificación de la pena, por lo que aplicar esta agravante vulneraría el principio de *ne bis in ídem*. Sin embargo, sí sería posible imaginar un supuesto de reincidencia si han existido sustracciones previas con respecto a las cuales haya recaído condena. Igualmente, también se podría aplicar la reincidencia en caso de haber sido condenado por otro delito de la misma naturaleza, si bien con ocasión de las

[1093] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 68.

medidas de seguridad, ya quedó indicado que apenas puede establecerse una identidad de naturaleza en los distintos delitos contra las relaciones familiares.

En lo tocante a la circunstancia mixta de parentesco, el artículo 23 CP establece la posibilidad de tomar en consideración esta circunstancia para agravar o atenuar la conducta de que se trata. Por tal motivo, debe analizarse en qué consiste esta circunstancia[1094] y si tendría aplicación en el tipo penal que se viene estudiando, en vista de esa relación de parentesco que une al menor con el sustractor, que puede ser o un progenitor, o un ascendiente o un pariente de aquel de hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Dado que el delito de sustracción de menores supone la sustracción por parte del padre o la madre (o alguno de los parientes mencionados en el apartado quinto del artículo 225 bis CP), existe un parentesco entre el sujeto activo y pasivo.

Se trata de una circunstancia que es mixta precisamente porque, según el tipo penal al que se aplique, puede actuar como atenuante o agravante, pues existirán casos en los que esa relación de parentesco permita apreciar una menor gravedad de la conducta (normalmente en los delitos contra la propiedad) y, viceversa, en otros casos, ese parentesco hará que la conducta sea más grave (normalmente en los delitos contra la vida o la integridad física)[1095].

No obstante, esta circunstancia no puede ser aplicable al tipo de sustracción de menores, toda vez que la existencia de dicha condición de parentesco ha sido ya tomada en consideración por el legislador. De hecho, el delito de sustracción de menores se configura como un delito especial propio precisamente porque, sin la existencia de dicho parentesco, por naturaleza o por adopción, el delito no podría cometerse. El legislador ha recogido en el precepto una conducta consistente en un sujeto que secuestra a un menor existiendo entre ellos un vínculo de parentesco (frecuentemente se tratará de padre o madre e hijos, pero también caben los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad). Por tanto, se trata de una conducta creada con motivo de la existencia de esa relación de parentesco, de suerte que la misma ha sido tenida en cuenta también de cara a la configuración de la pena. Si se aplicase la circunstancia mixta de parentesco a este tipo de delitos, se vulneraría el principio de *non bis in ídem*, dado que se estaría castigando dos veces una misma circunstancia (la sustracción por parte de un familiar para determinar la conducta, y la existencia nuevamente de esa relación familiar para agravarla). Este tipo de excesos no son admisibles en Derecho penal, luego no es posible condenar al autor de un delito de sustracción de menores con la pena correspondiente al tipo incrementada con la circunstancia mixta de parentesco para no castigar dos veces un mismo elemento ni tampoco vulnerar, por otra parte, el principio de proporcionalidad.

Distinto sería el caso de la participación. El tipo de sustracción de menores permite unos sujetos muy concretos como posibles autores del delito, de ahí que se configure como un delito especial: el progenitor del menor; los ascendientes de este; y los parientes

[1094] Como explican MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., la reforma de 1983 introdujo la "análoga relación de afectividad" junto a la condición de ser el agraviado cónyuge el culpable, extendiendo los efectos de la circunstancia a las situaciones de convivencia estable "análogas al matrimonio" y fue posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la que reformó el precepto para incluir a los cónyuges o parejas de hecho separadas. En *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 526.
[1095] MIR PUIG, S. *Derecho Penal...,* Ob. cit., p. 662.

de aquel hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esto supone que pueden ser autores de una sustracción de menores, padres, abuelos (bisabuelos en su caso) y tíos (se entiende, del menor). Cuando alguno de estos sujetos perpetra la conducta, el desvalor del nexo familiar existente entre ellos ya ha sido contemplado por el legislador en el marco penal, por lo que la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP sería una vulneración del principio de *ne bis in ídem*.

Con todo, es posible que otros parientes colaboren en la conducta, parientes distintos de aquellos que el legislador configura como posibles autores. En estos casos, sí sería posible la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco para distinguir a los *extraneus* ajenos a la familia y los *extraneus* que pertenecen al círculo familiar. Y en estos casos la circunstancia mixta actuaría como elemento agravatorio, toda vez que no solo se está realizando una aportación a un delito de sustracción de menores, sino que además el menor en cuestión se encuentra unido al partícipe por una relación de parentesco, luego dicha circunstancia sí que podría ser aplicada en tales supuestos.

Como se ha explicado antes, la circunstancia mixta serviría para agravar la conducta debido a que el sujeto le es más reprochable el comportamiento al estar vulnerando un bien jurídico no de un tercero ajeno, sino de alguien que pertenece a la familia. Obviamente, para aplicar esta circunstancia debe quedar acreditado que el parentesco influye en la conducta, que existe una determinada posición de sujeto respecto de la víctima[1096], pues en este trabajo no se comparte que la circunstancia del artículo 23 se aplique objetiva y automáticamente con la mera presencia de ese lazo de sangre, sino que al menos debe exigirse que exista una relación de cercanía familiar. De ahí que se haya defendido que, aunque no es exigible que la relación de parentesco conlleve el mantenimiento de vínculos afectivos, si los mismos son inexistentes, la circunstancia puede ser irrelevante[1097].

[1096] BUSTOS RAMÍREZ - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho…,* Ob. cit., p. 414.
[1097] MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 526.

# CAPÍTULO TERCERO. EL TIPO AGRAVADO

## I. INTRODUCCIÓN[1098]

El apartado tercero del artículo 225 bis CP supone un tipo agravado con respecto al tipo básico: *Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*

En este caso, el fundamento de la agravación radica alternativamente en el hecho de trasladar al menor fuera del territorio español o exigir una condición para proceder a su restitución. En cualquiera de los dos supuestos, la pena se impondría en la mitad superior. Esto es, el sujeto sería condenado a una pena de prisión de entre tres y cuatro años y a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de entre siete y diez años.

Por consiguiente, el tipo establece como supuestos agravados dos circunstancias: el traslado del menor fuera de España o la exigencia de una condición para su entrega, convirtiéndose así la conducta en una suerte de secuestro parental. Sin embargo, de nuevo aquí la redacción del artículo vuelve a abrir la puerta a confusiones e interpretaciones de todo tipo. Así, algunos autores consideran que el tipo agravado, en lo que se refiere a la modalidad de traslado fuera de las fronteras nacionales, no puede ser de aplicación en casos de traslados inicialmente lícitos o cuando ese traslado se produzca después de un primer traslado dentro del país[1099], en tanto que otros opinan que todos estos supuestos deberían quedar incluidos en el tipo en consonancia con una correcta interpretación teleológica del precepto y en atención al bien jurídico protegido reflejado en los vínculos que unen a progenitor e hijo, cuya ruptura es a todas luces más sencilla una vez que el menor sale del país, habida cuenta de las dificultades de reintegro en estos casos[1100]. Estas cuestiones serán resueltas un poco más adelante.

La primera duda doctrinal que se plantea al hilo de este tipo agravado es quién puede incurrir en él, quiere decirse, si debería aplicarse esta agravación solo al progenitor que incurra en el mismo, dado que es el sujeto descrito en el tipo básico o cabría también la posibilidad de aplicarlo en el caso de que la conducta fuese cometida por el círculo de sujetos mencionados en el quinto apartado del artículo 225 bis CP.

Ciertamente, nada obsta a la aplicación de la agravación a los sujetos mencionados en el último apartado del tipo, que sanciona que *las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.*

Como puede apreciarse, no existe ningún indicio de que la norma tuviese intención de aplicar la agravación únicamente en caso de que la conducta agravada sea cometida por

[1098] Las cuestiones relativas a la antijuridicidad, culpabilidad y a la pena que se han comentado en el tipo básico pueden trasladarse a esta figura agravada, por lo que solo se hará referencia a aquellos elementos nuevos en los que se diferencia de aquel.
[1099] De esta opinión, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…*, Ob. cit., p. 119.
[1100] Por ejemplo, POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 386.

el progenitor, sino que se establece una equiparación de todos los sujetos activos mediante la expresión "las penas se impondrán igualmente…".

Por consiguiente, ambas agravaciones serán consideradas independientemente de que el sujeto activo sea el mencionado en el tipo básico o en el quinto apartado del artículo 225 bis, pues no sería lógico entender lo contrario. Quiere decirse que tanto el progenitor como el pariente que lleve a cabo la conducta agravada del apartado tercero del artículo 225 bis será castigado con la pena prevista en el tipo agravado, pues el quinto apartado del precepto determina claramente un mismo tratamiento para todos cuando hace referencia a que las penas se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad[1101]. Así las cosas, cada vez que se mencione al sujeto activo o al progenitor, entiéndase también los parientes que menciona el apartado quinto del artículo 225 bis.

## II. EL TRASLADO FUERA DEL TERRITORIO ESPAÑOL

Cada vez son más frecuentes las uniones entre personas de distintas nacionalidades. Una vez que el matrimonio o la pareja se rompe, es muy probable el deseo de volver al país de origen o emigrar a un país distinto. En ambos casos, será necesaria una decisión judicial que resuelva los problemas relativos a la custodia del menor o menores que se vean implicados en cada caso concreto. Sin embargo, la tendencia consiste en volver al lugar de origen o, en todo caso, abandonar el país, sin iniciar el proceso civil correspondiente. Una vez que eso ocurre, el progenitor no sustractor o la persona o institución encargada de la custodia del menor se ve alejada de aquel, con la dificultad añadida de conseguir su retorno, pues tendrá que poner en marcha mecanismos internacionales, ello, siempre y cuando, el niño sea localizado. Cuando no se conoce el lugar al que se ha destinado el sustractor, las posibilidades de conseguir que aquel torne al lugar de residencia habitual, se reducen considerablemente. En este sentido, el fundamento de la agravación reside en las mayores dificultades de obtener el retorno del menor, pues los Estados se erigen en barreras 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[1102].

Acerca de en qué momento comienza a darse importancia a la sustracción internacional y, por ende, a la colaboración entre los Estados para arbitrar mecanismos que solucionen dicho problema, menciona ESPINOSA CEBALLOS que "la necesidad de buscar una respuesta de ámbito internacional consigue calar en la opinión pública a raíz del famoso caso Boll[1103]. […] Ese fue uno de los detonantes para comenzar los

[1101] Así lo entiende también, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 64.
[1102] CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 522.
[1103] El caso Boll fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el fallo de 28 de noviembre de 1958 y representaba un conflicto de Derecho internacional privado que involucraba a Países Bajos y a Suecia. Así, Marie Elisabeth Boll era una niña de nacionalidad holandesa pero residente en Suecia. Al quedar huérfana de madre, Suecia adjudicó la tutela al padre, al tiempo que nombró un curador a la niña. Por su parte, Holanda estableció la tutela de la menor de acuerdo a su legislación, incluyéndola más tarde en un régimen de educación protectora y adjudicando, posteriormente, la tutela a una mujer, debido a que el padre no se consideraba apto para cuidarla. Entretanto, Suecia mantuvo sus propias medidas. Así las cosas, Países Bajos argumentaba que Suecia estaba incumpliendo el Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de los niños, en virtud del cual la legislación aplicable era la nacional. La CIJ declara que no entra dentro de su competencia examinar las decisiones sobre la tutela dictada internamente por un Estado, pero sí podía pronunciarse con respecto a la educación protectora sueca dictada sobre Marie para analizar si

trabajos de preparación de Convenios entre los Estados con la finalidad de ofrecer una protección internacional a los menores"[1104].

Indica LLORIA GARCÍA que "no se está hablando sólo del llamado conflicto de civilizaciones, expresión empleada por los internacionalistas para referirse a ese sentimiento generalizado de que el menor donde mejor va a estar es en el país donde se encuentra, sea este cual sea, sino también de las situaciones en las que el progenitor sustractor busca de propósito la huida a un país diferente para obstaculizar al máximo el retorno del niño. Se trata de casos en los que, o bien se busca países con los que no existe convenio, o en los que no se otorga ningún valor a las decisiones de la madre y en los que los hijos solo deben obedecer lo afirmado por el padre. Junto a estos, hay otros casos en los que el sustractor se dedica a realizar frecuentes entradas y salidas de distintos países sin fijar residencia en ninguno con la finalidad de no ser encontrado e impedir así, de manera definitiva, cualquier contacto del otro progenitor con el menor"[1105].

Cuando el progenitor traslada al menor fuera del territorio español normalmente le guiará un ánimo de impedir ser encontrado u obligado a restituir al menor. Para ello, intentará huir a lugares que no mantengan acuerdos con España, lugares en los que los Convenios relativos a la sustracción de menores no sean de aplicación, lugares cuya colaboración con España en lo que se refiere a la restitución del niño sea harto complicada. Sin embargo, existe también la posibilidad de que el progenitor sustractor, si es el padre, huya hacia un Estado en el que sabe que su opinión y sus acciones serán tenidas en mayor consideración que las de la madre del menor. En otras palabras, cuando un padre sustrae al hijo o hijos menores y los traslada fuera del país, normalmente irá buscando la obtención de una resolución judicial acorde a sus intereses, lo que se denomina fraude a la jurisdicción o *forum shopping*[1106].

Más difícil, aunque no imposible, sería ir trasladando al menor de un país a otro en un intento de borrar todo rastro. Si el menor se desplaza de un país a otro en cortos plazos de tiempo, los operadores jurídicos y las autoridades policiales verán dificultada su tarea notablemente, pues no solo será difícil conseguir que el menor vuelva a España, sino que ya su mera localización les supondrá un reto.

Esto se comparte también por la Jurisprudencia, que, en consonancia con la doctrina, vuelve a repetir el argumento anteriormente esgrimido acerca de que esta modalidad agravada resulta *más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño*[1107].

---

realmente había existido infracción del Convenio mencionado, llegando a la conclusión de que no había existido incumplimiento alguno. El resumen completo de este caso puede consultarse en la página web oficial de la Corte: https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf.

[1104] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., pp. 67-68.

[1105] LLORIA GARCÍA, P. "Introducción…", Ob. cit., pp. 27-28.

[1106] QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Búsqueda de soluciones efectivas en un ámbito europeo e internacional a la sustracción del menor por uno de los padres", *Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián* (ed. SOROETA LICERAS, J.), vol. IV, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2003, p. 314.

[1107] AAP Madrid núm. 344/2008, de 6 de noviembre.

En estos supuestos, señala la doctrina que cada Estado suele tender a conceder la custodia al nacional del país, considerando que se encuentra en mejores condiciones que el miembro extranjero de la pareja para cuidar de los hijos menores. Normalmente, para justificar dichas decisiones, los tribunales suelen ampararse en que el interés superior del menor dicta que la custodia sea entregada al progenitor nacional, pero esto solo es una simple máscara que esconde los prejuicios que pueden tener los juzgados y tribunales sobre la manera en que se concibe la institución de la familia en otros países[1108].

Así, se establece que "no hay que olvidar que, en los casos de traslado internacional, sobre todo cuando el menor es llevado al país donde es nacional el sustractor, es mucho más sencillo establecer una nueva guarda por la vía de hecho, con absoluto desprecio por las normas del país en el que se decretó el régimen de custodia"[1109].

Cuando una familia se rompe y uno de los padres quiere trasladarse al extranjero con el hijo, se produce una colisión entre el derecho a la vida familiar de aquel, que quiere ejercer su derecho a la libre circulación llevándose al hijo consigo, y el derecho a la vida familiar del otro progenitor, que quiere que el niño permanezca en la jurisdicción; son supuestos difíciles de resolver porque los menores tienen derecho a relacionarse con ambos padres y, por ello, es complicado concluir qué es lo que marca el interés superior[1110]. Por otra parte, sea cual sea la solución que se adopte, se sabe de antemano que no va a satisfacer por completo todos los intereses legítimos en juego: el progenitor que se opone al traslado presenta un temor justificado a que el hecho de la distancia geográfica dificulte las relaciones personales con el menor, que pretende que sean tuteladas mediante la denegación del propio traslado; el progenitor que desea trasladarse también puede encontrarse en una situación que legitime tal deseo[1111]. Este tipo de conflictos recibe el nombre de *relocation disputes*[1112].

Actualmente, el patrón de sustracción ha cambiado, siendo ahora más común que la conducta sea realizada por la madre guardadora habitual, pero la conducta es igualmente ilícita siempre y cuando el otro progenitor siga manteniendo el derecho a decidir el lugar de residencia del niño[1113], lo que se encuentra integrado en la esfera del ejercicio de la patria potestad. Esto puede desembocar en los denominados "cambios salvajes de custodia", que se producen en supuestos en los que la sustracción se produce por parte del progenitor custodio, hecho por el cual se atribuye la custodia al padre que se vio privado de la compañía de los hijos, castigo ejemplarizante para el sustractor pero que no tiene en cuenta en muchas ocasiones el interés superior del niño[1114].

---

[1108] TORRES FERNÁNDEZ, Mª E. "Los nuevos delitos de…", Ob. cit, p. 1813.
[1109] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 60.
[1110] GONZÁLEZ BEILFUSS, C. "El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2), 2010, p. 52.
[1111] *Ibídem*, pp. 54 y ss.
[1112] Como ha explicado GONZÁLEZ BEILFUSS, C. las *relocation disputes* (denominadas así por influencia anglosajona) son conflictos cada vez más habituales debido a la movilidad de la población, el incremento de parejas mixtas y los crecientes índices de separación o divorcio. Aparecen normalmente cuando es el guardador el que quiere trasladarse, pues no es infrecuente que el traslado se encuentre subordinado a la obtención del consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, a una autorización judicial. En el momento en que el traslado se produce y no existe dicho consentimiento, aquel deviene ilícito y es cuando se desencadena la puesta en marcha de los mecanismos civiles y penales contra la sustracción de menores. *Ibídem*, pp. 52 y 53.
[1113] En el mismo sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, C. "El traslado lícito…", Ob. cit., p. 55.
[1114] FERNÁNDEZ NIETO, J. "Sustracción internacional de menores e indisponibilidad del principio universal 'interés superior del menor' en los procesos de violencia de género y custodia: los verdaderos

Ha de recordarse, llegados a este punto, que si la jurisdicción civil española otorga la guarda y custodia a uno de los progenitores pero no el ejercicio exclusivo, el traslado podría considerarse ilícito aun cuando el sustractor sea el custodio, puesto que ambos tendrían capacidad de decisión acerca del lugar de residencia del menor.

### 1. Ámbito de aplicación

El tipo agravado sanciona el hecho de trasladar al menor fuera del territorio español, pero no menciona nada acerca de que, una vez que el menor está fuera de España porque ambos progenitores han prestado su consentimiento, se niegue la restitución del mismo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor de nueve años que convive habitualmente con su madre pero se encuentra de vacaciones de verano con su padre en Francia, a lo que la madre ha prestado su consentimiento. ¿Podría aplicarse el tipo agravado si, finalizado el plazo de tiempo en el que el menor debe permanecer con su padre con motivo de las vacaciones de verano, este se niega a devolver al menor, permaneciendo ambos en Francia?

Tal como se encuentra plasmado el tipo, parece que existe un obstáculo para aplicar la agravación también a aquellos supuestos en los que el traslado al extranjero ha sido previamente autorizado, de manera temporal, y el mismo se convierte en definitivo[1115]. El tipo se refiere a traslado fuera del territorio nacional, no a la sustracción en sí misma, por lo que los supuestos de retención quedarían fuera[1116]. El precepto está pensado para el caso de que se produzca un traslado ilícito y, además, se salga de las fronteras españolas.

El problema no solo se plantea en términos de si la agravación se aplica o no cuando el traslado es autorizado. El conflicto acontece también cuando ha de decidirse si ese traslado inicialmente lícito puede convertirse en ilícito si excede de los términos del consentimiento. Una vez que se determina la licitud o ilicitud del traslado, queda aplicar, en el primer caso, el tipo básico, que se vería absorbido por el tipo agravado en el momento en que ese traslado se realiza fuera de España o, en su defecto, cabe entender que el traslado lícito no puede devenir en ilícito y, en consecuencia, extraer la atipicidad de la conducta.

Con todo, cuando más arriba y con ocasión del tipo básico se explicó la institución del consentimiento, se llegó a la conclusión de que el mismo es otorgado para un determinado fin que convierte en atípica la conducta. Ahora bien, si el sujeto excede los términos del consentimiento, si existe mala fe desde un principio, el consentimiento es obtenido mediante engaño y, por tanto, inválido, el traslado deviene típico desde el mismo momento en que no se cuenta con el consentimiento de quien debe autorizarlo, toda vez que es en ese mismo momento cuando se dan todos los elementos del tipo de sustracción de menores.

En definitiva, se reitera que la interpretación más correcta y la que mejor contribuye a una protección integral del bien jurídico es aquella que estima que, en el momento en que el traslado originalmente lícito deviene ilícito por exceder los términos del

obstáculos en la armonización del derecho de familia europeo", *La Ley Penal*, núm. 130, enero-febrero 2018, pp. 12 y 13.

[1115] En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción*…, Ob. cit., p. 119.

[1116] En contra, POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 386.

consentimiento, si ese traslado se ha producido fuera del territorio español, habrá de aplicarse el tipo agravado[1117]. Lo contrario supondría tratar de igual manera los casos en que ese traslado se produzca dentro de España y aquellos otros en los que el menor traspasa las fronteras del país, momento en que indudablemente la dificultad de retorno es enormemente más elevada.

Por consiguiente, aunque el menor haya sido trasladado al extranjero con la anuencia de quien tiene el derecho de consentir, si ese consentimiento se excede, existiendo mala fe desde un principio, de manera que el autorizante no es consciente de lo que realmente está autorizando, si se prolonga más allá de lo acordado, el traslado entrará presumiblemente en el tipo de sustracción de menores y, concretamente, habrá de aplicarse el tipo agravado por cuanto existe un plus de antijuridicidad con ese traslado fuera del territorio español, el retorno se vuelve más difícil y la comunicación con el otro progenitor o con la persona encargada del cuidado se entorpecerá en mayor medida.

En lo que respecta al traslado fuera de España, desde otras posiciones doctrinales y con base en el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos, se sigue esta línea a partir de la siguiente fundamentación: "parece que en el traslado ilícito fuera de España hay que incluir también los supuestos en que el menor no es reintegrado al custodio, después de un traslado que comienza como lícito, exista o no exista resolución judicial o administrativa"[1118].

Con todo, el tipo no es demasiado acertado al establecer la agravante correspondiente al traslado del menor al extranjero y se presta a distintas interpretaciones. Así, otros académicos mantienen la tesis contraria: "sorprende que sólo se contemple esta posibilidad, pues si el menor se encuentra en el extranjero con anuencia del otro titular de la custodia o de quienes la tienen y posteriormente se produce la negativa a la restitución ya no cabría aplicar la agravante y sería de aplicación el tipo básico"[1119]. Misma opinión merece para quienes eliminan la posibilidad de aplicar el tipo agravado cuando el traslado al extranjero ha sido previamente autorizado y ello por mandato del principio de legalidad[1120]. Ello porque no resulta coherente la aplicación del tipo básico a traslados que, aunque inicialmente lícitos, se convierten posteriormente en ilícitos, normalmente porque el menor queda retenido, y que contienen ese elemento internacional que aumentan la complejidad del problema. De ahí que deba criticarse nuevamente la redacción del precepto, proponiéndose de *lege ferenda* la ampliación de la agravación a todos estos supuestos que actualmente quedan fuera del tipo.

En otras palabras, al igual que el tipo básico contempla tanto la modalidad de traslado como la de retención, el tipo agravado debería contemplar igualmente ambas opciones, pero solo hace referencia a la primera. Por tanto, si este caso se produjese en la práctica, no quedaría más remedio que aplicar el tipo básico, pese a la mayor vulneración del bien jurídico protegido y la mayor dificultad de localización y restitución del menor. Es decir,

---

[1117] De la misma opinión, BOIX REIG, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 57.
[1118] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 59.
[1119] TERRADILLOS BASOCO, J. M. - GONZÁLEZ AGUDELO, G. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. TERRADILLOS BASOCO, J. M.), tomo III, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 357.
[1120] MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal español,* La Ley, Madrid, 2016, p. 813.

el tipo agravado no se refiere a la retención fuera de España, sino únicamente del traslado fuera del país (por ejemplo, la persona que está ejercitando su derecho de visitas en otro país y luego no lo devuelve), razón por la cual no puede aplicarse la agravante cuando lo que se produce es una retención y ello por respeto al principio de legalidad, que impide aplicar el tipo a situaciones distintas a las previstas expresamente en él[1121]. Para que pudiera aplicarse la agravación a la retención, el legislador debería haber mencionado el hecho de que el traslado o la retención se produjesen fuera del territorio español, siendo que solo menciona el primer caso. Alternativamente, podría haber utilizado el término "sustracción", que engloba a ambas modalidades.

En consonancia con esta idea, la doctrina, que también critica la falta de previsión del tipo agravado para la modalidad de retención, ha afirmado lo siguiente: "Sorprende que la agravación se limite a la modalidad de traslado ya que un traslado al extranjero, efectuado sin vulnerar las estipulaciones de la resolución judicial o administrativa o con el consentimiento de titular de la guarda o custodia y la posterior negativa a reintegrar al hijo menor por tanto llevando a cabo una retención en el extranjero, no sería punible conforme a esta modalidad agravada sino que debería aplicarse el punto 1 del artículo 225 bis"[1122].

En definitiva, el riguroso respeto al principio de legalidad impide aplicar el tipo agravado cuando el delito se cometa en la modalidad de retención, reservando la agravación únicamente para los supuestos en que el sustractor lleve a cabo la conducta a través del traslado. Otra solución, aunque más justa y quizá más racional, vulneraría gravemente el principio de legalidad, algo que es desde todo punto de vista inadmisible.

Por otro lado, hay quien opina que, si el traslado fuera de España se produce con posterioridad a una retención ocurrida en el territorio nacional, aun así habría que aplicar el tipo agravado porque la circunstancia de agravación puede acontecer en la acción base o con posterioridad, si bien no se aplicaría tal agravante si la retención se produce fuera de España y posteriormente hay un traslado a otro país (padre nacional de un país que acude al Estado de residencia del menor para recogerlo y llevarlo con él porque le corresponde y posteriormente lo traslada de ese país en el que se encuentra con permiso a otro) y ello porque no lo saca fuera de España[1123].

Realmente el tipo agravado no puede aplicarse en el caso de una retención producida en el extranjero, tras un traslado completamente lícito; pero esto es diferente al supuesto en que se produce una retención y, posteriormente, el traslado, en cuyo caso podrían confluir todos los elementos para aplicar la agravación. Quiere decirse, si una persona tiene derecho a llevarse al menor unos días a otro país y luego no lo devuelve, el tipo agravado no sería de aplicación. Sin embargo, si esa persona lleva a cabo el traslado fuera del país con posterioridad a una retención, el tipo agravado sería el tipo aplicable porque sí se produce, finalmente, un traslado fuera de España.

[1121] De la misma opinión, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 66.
[1122] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al …,* Ob. cit., p. 603.
[1123] GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de…", Ob. cit., pp. 21 y 22.

## 2. Cuestiones internacionales

Dada la existencia del tipo agravado, que resulta de aplicación, entre otros motivos, cuando el menor sale del territorio español, han de realizarse algunas consideraciones al respecto. Este hecho desencadenará la puesta en marcha del Derecho internacional, teniendo en cuenta que España forma parte de distintos Convenios y Reglamentos en este ámbito concreto de la sustracción de menores que pueden ser de gran utilidad para obtener la restitución del menor al lugar de residencia habitual cuando este ha sido trasladado fuera del país. Es por esta razón por la que determinadas cuestiones internacionales merecen un comentario.

En primer lugar, pueden señalarse las distintas vías de actuación que posee el progenitor no sustractor cuando la sustracción de menores ya ha tenido lugar[1124]:

a. Solicitar la restitución del menor;
b. Interponer una acción judicial en el Estado de traslado. En este caso, el no sustractor podría solicitar el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en el Estado de origen o podría iniciar un nuevo procedimiento sobre el derecho de custodia y visita en el Estado. El reconocimiento de la resolución dictada en el país de origen impediría el surgimiento de una nueva resolución judicial que atribuyera la custodia al progenitor sustractor. Sin embargo, cuando se está tratando con países con los que no es posible aplicar convenio internacional alguno, no quedará más remedio que litigar nuevamente en dicho país.
c. Exigir responsabilidad penal y civil. El agraviado puede interponer denuncia en base a un delito de sustracción de menores y reclamar, asimismo, responsabilidad civil a modo de indemnización por responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC.

La complejidad de lo que en Derecho internacional se considera "secuestro internacional del menor" reside en la idea de que aquella tiene origen en el objetivo del sustractor de convertir el inicial secuestro ilícito en lícito mediante la obtención de un derecho de custodia[1125].

Existen distintos tipos de secuestro internacional de menores[1126]:

a. El progenitor no custodio aprovecha una visita para trasladar al menor a un Estado extranjero, vulnerando el derecho de custodia.
b. No existe distribución de custodia y visita, por lo que ambos son titulares del derecho de custodia. Si el padre o la madre traslada o retiene al menor en un Estado distinto sin la autorización del otro, existe secuestro internacional.
c. El titular del derecho de custodia es el que se lleva al menor, vulnerando los derechos del que dispone a su favor de un régimen de comunicación, supuesto problemático por la propia concepción de los mecanismos internacionales de que el secuestro supone una vulneración del derecho de custodia pero no del derecho de visita.

[1124] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, julio 2015, pp. 198-209.
[1125] CALVO CARACAVA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. Mª. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M), vol. VI, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, p. 607.
[1126] *Ibídem*, p. 607.

En este punto ya empiezan a percibirse las diferencias entre el Ordenamiento penal y el internacional privado. En primer lugar, los instrumentos internacionales dedicados a lo que en Derecho penal se denomina "sustracción de menores" aluden al "secuestro ilícito de menores". La nomenclatura es diferente, si bien ambos se refieren a la misma conducta.

En segundo lugar, existiría secuestro internacional ilícito si uno de los dos padres que ostentan la custodia huye con el menor al extranjero. Sin embargo, en el Ordenamiento interno se ha visto cómo la Jurisprudencia (al menos hasta antes de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio) tendía a rechazar que en estos casos existiera responsabilidad penal por el delito de sustracción de menores y ello aunque el tipo exponía claramente que ese traslado debía realizarse sin el consentimiento de la persona o entidad que en el momento de la sustracción ostentase la custodia, sin exigencia de resolución judicial alguna, por lo que habían de entrar en el tipo también aquellos supuestos en los que ambos progenitores son titulares y ejercientes de la patria potestad (ambos poseen la custodia del hijo), algo que ya se sabe que fue remarcado por la propia Audiencia Nacional. Cabe pensar que esta tendencia evolucione hacia la estimación de la legalidad de esos traslados a partir de la nueva redacción típica.

A la sustracción internacional se han dedicado algunos instrumentos normativos, tanto nacionales como supranacionales. En el ámbito nacional, destaca la Circular de la Fiscalía General del Estado número 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En primer lugar, llama la atención el concepto otorgado por la Fiscalía acerca de qué se entiende por sustracción internacional, fenómeno que, según datos de la Circular, continúa en aumento[1127].

El concepto es interesante desde el punto de vista de que incluye como sustracción internacional el caso del traslado ilícito del menor con vulneración de un derecho de custodia o el caso de decisión unilateral de uno de los progenitores, con lo que parece dejar fuera del supuesto el caso de que sea el custodio el que traslade al menor y prive al no custodio del régimen de visitas atribuido. El hecho de que se mencione expresamente que debe existir una violación del derecho de custodia es clarificador de que la persona a quien se le ha atribuido la custodia no puede ser la causante de la conducta.

No obstante, esta idea debe ser rechazada, por cuanto la Fiscalía General del Estado incluye expresamente a las siguientes personas como posibles autores de lo que a veces denomina sustracción y otras secuestro: *El secuestro -en principio- puede llevarse a cabo tanto por el progenitor no custodio que disfruta de un régimen de visitas, como por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva y por el progenitor que comparte custodia.* La actual redacción típica (producto de la reforma de 2021) va en consonancia con esta idea.

Fundamentándose en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Circular expone el sustrato sobre el que se erige (o debería erigirse) toda la legislación relativa a la sustracción internacional de menores, cual es, el derecho del menor a mantener

[1127] Según la Circular, *la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.*

relaciones personales con ambos padres[1128], sin perjuicio del reconocimiento de otros derechos, tales como el principio de interés superior del menor, el derecho de este a tener una familia, a ser tenido en cuenta en los procedimientos que le afecten, etc. Este es el bien jurídico protegido apreciado por gran parte de la doctrina penalista en el delito de sustracción de menores.

Finalmente, la Circular reflexiona acerca de dos instrumentos internacionales (el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Convenio de Luxemburgo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia), concluyendo que ambos comparten el objetivo de lograr la rápida restitución del menor[1129].

Por cuanto respecta a la normativa internacional, existen cuatro principales mecanismos para luchar contra los denominados secuestros internacionales de menores, los cuales requieren para su aplicación que tanto el Estado de origen del menor como el Estado en que este se encuentre sean parte de los mismos. Son cuatro Convenios, cuyo objetivo no es devolver al niño a su lugar de origen, sino analizar la situación del menor para sopesar en qué Estado desarrollará su vida con mayor tranquilidad y sosiego, lo que supone seguir las siguientes pautas: el interés del menor; la demostración de ambos Estados de que el menor se encuentra mejor en su territorio; y las opiniones y deseos de aquel [1130].

Si existe un mecanismo internacional por excelencia en el ámbito de la sustracción de menores, este es, sin duda, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Desde el momento de su elaboración hasta la fecha se han ido añadiendo a marchas forzadas países y países y actualmente forman parte del mismo un centenar de ellos[1131]. En este sentido, parece que la primera vez que se planteó la cuestión de la sustracción de menores en el seno de la Haya fue en la IX Sesión, en los trabajos de elaboración del Convenio sobre protección de menores de 1961, siendo el delegado canadiense BRADBROOKE SMITH el que propuso tratar el problema durante una reunión de una Comisión Especial en enero

---

[1128] Así, la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado indica que *el pilar básico que debe sostener todo el edificio normativo dedicado a la sustracción internacional de menores descansa en el derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés.*

[1129] Concretamente, la Fiscalía General del Estado indica que *estos dos Convenios* (refiriéndose al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Convenio de Luxemburgo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores*) comparten una misma filosofía: ambos tratan de establecer sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilegalmente, articulando para ello autoridades centrales en todos los países signatarios que se encarguen de agilizar las actuaciones administrativas y judiciales, y circunscribiendo su ámbito subjetivo a los menores de 16 años. La diferencia principal es la de que el CL80 exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia, mientras que el CH80 no precisa tal resolución para que pueda activarse.*

[1130] MONTÓN GARCÍA, M. "La sustracción o "secuestro" internacional de menores: causas y soluciones", *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado* (dir. CUERDA RIEZU, A.), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 218-219.

[1131] MIRALLES SANGRO, P. P., señala como antecedentes de este Convenio el Convenio sobre Tutela de Menores de 12 de junio de 1902; el Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, de 5 de octubre de 1961, cuyo fracaso puede achacarse a una excesiva ambición protectora que derivó en un escaso número de ratificaciones; y en los Preliminares del Convenio de 25 de octubre de 1980 en la XIII Sesión de la Conferencia. En *El secuestro internacional de menores…,* Ob. cit., pp. 81-83.

de 1976, creándose una nota sobre el denominado con el término anglosajón "legal kidnapping" que fue debatida durante la XIII Sesión[1132].

En palabras de LLORIA GARCÍA, el fenómeno del secuestro parental o *legal kidnapping,* comienza a adquirir relevancia a partir de los años setenta, con motivo del aumento de las desapariciones de niños junto a alguno de sus progenitores, en situaciones de crisis de pareja, lo que llevó a Canadá a crear un organismo para que diera solución a estos casos, de forma que la Conferencia de La Haya estuvo mandando cuestionarios relativos a esta temática desde 1976 a 1980 a los distintos Estados Miembros y, con las respuestas otorgadas, organizó dos reuniones con expertos en Derecho de familia para que esbozaran un proyecto de Convenio, que dio lugar al Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[1133].

Elaborado en la década de los ochenta, ha sido el instrumento más utilizado[1134] y destaca, sobre todo, su manera de interpretar el derecho de custodia, inclusivo del derecho a decidir el lugar de residencia del menor[1135]. Por tanto, es un Convenio que no va a determinar si el traslado o la retención ha sido realizada por quien ejerce la guarda y custodia, eso es irrelevante. Se centrará en resolver si la sustracción se ha producido sin el consentimiento del progenitor que tuviera derecho a decidir, con independencia de si ejerce la custodia o no. Por consiguiente y a pesar de que el instrumento normativo incluya tanto el derecho de custodia como el derecho de visitas[1136], siempre que el

---

[1132] MIRALLES SANGRO, P. P. *El secuestro internacional de menores…,* Ob. cit., p. 83.

[1133] LLORIA GARCÍA, P. "Introducción…", Ob. cit., pp. 26-27.

[1134] En un estudio estadístico realizado por la Facultad de Derecho de Cardiff acerca de las solicitudes recibidas por los distintos Estados para la aplicación del Convenio de La Haya en el año 2008, se alcanzaron conclusiones muy interesantes: el 69% de los sustractores eran las madres; en el 72% de los casos, el sustractor coincidía con el cuidador principal del niño; el 60% de los sustractores poseían la nacionalidad del país que recibía la solicitud de aplicación del Convenio; en ese año un total de 2.705 niños se vieron envueltos en las 1.961 solicitudes de retorno planteadas; la tasa de retorno fue del 46%; y el tiempo que se empleaba en el proceso fue ligeramente superior en comparación con años anteriores, con una media de 166 días para tomar una decisión de retorno, 286 días para tomar la decisión de no retorno y 121 días cuando el proceso finalizaba con un retorno voluntario. Por otro lado, en 2008, fue Estados Unidos el país que mayor número de solicitudes de retorno recibió (283), seguido de Inglaterra y Gales (200), México (168) y Alemania (115), mientras que España recibió un total de 88 solicitudes. En el concreto caso de España, de esas 88 solicitudes recibidas, el 49% terminó con el reintegro del menor, siendo 91 el número de solicitudes que la Autoridad Central española envió entre las que respondían al retorno de un menor (79) y las que respondían al derecho de visita (12). Esta información ha sido extraída de la Hague Conference on Private International Law, "A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I-Global Report" (desarrollado por LOWE, N.), noviembre 2011, pp. 6 y ss. El estudio completo puede consultarse en la siguiente dirección web: https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf.

[1135] Así, el artículo 5 del Convenio de La Haya indica que *el «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; el «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.*

[1136] El hecho de que el Convenio de La Haya solo contenga un artículo relativo al derecho de visita (el artículo 21) hizo que ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. lo calificase de "cutre", pues una de las mejoras preventivas en aras de evitar el desplazamiento ilícito de menores de edad pasa precisamente por otorgar un adecuado cumplimiento y satisfacción del referido derecho de visita, dado que el miedo a no ver más o no ver lo suficiente a una persona querida es un motivo entendible (aunque no justificable) de actitudes como las que conducen al desplazamiento ilícito, llamando la atención que, siendo el derecho de visita un complemento necesario del derecho de guarda, no disfrute de un nivel de protección similar, por mucho que aparezca en el apartado de grandes definiciones del Convenio. En "Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española", *Dereito*, vol. 14 (2), 2005, pp. 263-264.

progenitor tenga derecho a decidir el lugar de residencia del menor, se incardinará en el primero y no en el segundo, a pesar de que la forma concreta de ejercicio de la patria potestad se traduzca en exclusiva en un régimen de comunicación. En esta idea se encuentra un punto de inflexión entre el sistema español y el Convenio de La Haya, pues se entiende que la persona que ejerce el derecho de custodia en España no es la única que puede adoptar la decisión acerca del lugar en el que debe residir el menor, sino que tal decisión corresponde a los dos progenitores en caso de que ambos ejerciten la patria potestad, salvo que por resolución judicial se disponga otra cosa. Y era precisamente la interpretación contraria seguida por la Jurisprudencia (aun después del toque de atención de la Audiencia Nacional) la que propiciaba que el tipo de sustracción de menores deviniera en tantas ocasiones inaplicable. Con la nueva redacción, recientemente aprobada, habrá que esperar un tiempo para comprobar la existencia de una nueva corriente jurisprudencial, aunque todo hace pensar que, efectivamente, empezarán a considerarse como sustracciones de menores las conductas propiciadas por el progenitor no custodio, que es precisamente el objetivo de aquella, tal y como se refleja en la Exposición de Motivos de la LO 8/2021, de 4 de junio.

Teniendo en cuenta que las medidas en torno a la lucha contra la sustracción de menores pueden tener carácter *ex ante* (preventivas) o *ex post* (una vez que la sustracción ya se ha producido), se ha señalado que "la intención originaria de los redactores del Convenio de La Haya de 1980 era la de conjugar ambos objetivos: *ex ante* y *ex post*. Sin embargo, desafortunadamente lo cierto es que el Convenio se centra exclusivamente en la cooperación *ex post*"[1137].

La doctrina señala cuatro condiciones que deben producirse para que el Convenio pueda ser aplicable [1138]:

a. El traslado o la retención ha de constituir una infracción de un derecho de custodia.
b. El derecho de custodia debía ejercerse de manera efectiva en el momento del traslado o retención.
c. La residencia habitual del menor se encontraba en un Estado contratante con anterioridad al traslado o retención ilícitos.
d. El menor se encuentra en otro Estado contratante (distinto del de la residencia habitual) como consecuencia de ese traslado o retención.

Precisamente se ha criticado, y con razón, que el objetivo del Convenio de La Haya, aunque debería haber sido el de proteger a los menores, realmente protege a los padres y la vulneración producida sobre sus derechos con motivo de la sustracción, permitiendo reclamar al menor en similares términos a como el dueño de una cosa lo haría con respecto a su propiedad, siendo que el foco no debe ponerse en los derechos de los padres, sino en el de los hijos, de manera que se considere traslado ilícito el traslado que afecte verdaderamente a estos últimos, lo cual supondría la falta de necesidad de distinción entre derecho de custodia y derecho de visitas[1139].

---

[1137] LAPIEDRA ALCAMÍ, R. "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008, pp. 194-195.
[1138] CALVO CARACAVA, A.L., *et al*. *Tratado de Derecho de la Familia*…, Ob. cit., p. 617.
[1139] SCHUZ, R. *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Hart Publishing, Londres, 2013, pp. 166-167.

El Convenio de La Haya indica que el traslado o retención de un menor se considera ilícito cuando se infringe un derecho de custodia atribuido a una persona o institución o cuando dicho derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención o podría haberse ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención[1140]. Ciertamente el artículo 3 no se refiere en ningún momento a la protección del régimen de visitas, sino que considera traslado o retención ilícita solamente aquellas conductas realizadas con una infracción del derecho de custodia. Sin embargo, comoquiera que el artículo 225 bis CP no hace mención expresa a la custodia en el segundo punto del primer apartado cuando establece su propia definición de sustracción, al contrario de lo que sí hace el Convenio, no cabe interpretar la imposibilidad de aplicación del precepto a los supuestos en que la retención se produce por parte del progenitor custodio en perjuicio del no custodio, incumpliendo de esta forma el régimen de visitas previsto. Ello tendría todo el sentido si el Código Penal se hubiese remitido al Convenio en cuanto a lo que debe entenderse por sustracción o, simplemente, si hubiese exigido en la modalidad de retención la existencia de una infracción del derecho de custodia. No obstante, ninguno de los dos supuestos mencionados se ha producido, por lo que es posible entender que el Código Penal español y el Convenio de La Haya siguen distintas direcciones en este punto.

Aunque mantienen criterios distintos, como el hecho de que el Convenio deja de aplicarse al alcanzar el menor la edad de dieciséis años[1141], mientras que el Código Penal español mantiene aplicación del tipo hasta los dieciocho años, existe un punto de unión entre el sistema penal español y el Convenio. Este último alude a que la infracción del derecho de custodia puede producirse igualmente en caso de que la misma se viniese ejerciendo de manera efectiva en el momento en que se produce el traslado o retención, es decir, no solo hace referencia a la custodia acordada por decisión judicial o administrativa, sino también a la custodia como situación de hecho[1142]. En consonancia con esto, debe recordarse que, cuando el Código Penal establece la definición de sustracción, no hace referencia en el primer apartado a la existencia de una resolución judicial o administrativa, algo que sí ocurre en el segundo apartado cuando se explica la modalidad de retención. De ahí puede inferirse que, ante la falta de exigencia del Código Penal a este respecto y la tipificación expresa de tal supuesto por parte del Convenio, podría considerarse correcto, incluso con la regulación anterior a la reforma de 2021, el criterio de estimar que existe también sustracción cuando el menor convive habitualmente

[1140] Concretamente, el artículo 3 del Convenio de La Haya aporta la siguiente definición de traslado o retención ilícita: *cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

[1141] Así se establece en el artículo 4 del Convenio de La Haya. El criterio de los dieciséis años es lógico desde todo punto de vista, dada la dificultad de que este tipo de conductas se produzcan en las últimas etapas de la adolescencia cuando el menor puede ofrecer gran capacidad de resistencia y decidir por sí mismo acerca de si prefiere estar con un progenitor o con otro, siendo que las mismas están claramente pensadas para supuestos de niños de corta edad, influenciables, manipulables y fácilmente sustraíbles, dada su reducida capacidad de comprensión de la situación en la que se encuentran y la especial vulnerabilidad que presentan, si el Código Penal hubiese querido limitar la acción de sustracción a los menores de dieciséis años, lo habría indicado expresamente, por lo que no cabe deducir este criterio, sino más bien entender que el legislador se refería a menores de hasta los dieciocho años de edad, con independencia de que, en la práctica, la mayoría de las conductas de sustracción tendrán que ser reconducidas hacia otros preceptos penales debido a su difícil encaje en el tipo recogido en el artículo 225 bis.

[1142] Artículo 3.2 del Convenio de La Haya.

con uno de los progenitores (sin existencia de resolución judicial o administrativa que haya regularizado la cuestión) y es sustraído por el otro. Con la nueva regulación, recientemente aprobada, mediante la definición de sustracción solamente con la inexistencia del consentimiento del otro progenitor, esta solución se torna aún más sencilla, es más, lo lógico es interpretar que no es necesaria resolución judicial o administrativa alguna, al contrario de lo que ocurre con la modalidad de retención.

Por otro lado, se ha afirmado que el país desde el que menor es trasladado es irrelevante, de manera que si aquel se encuentra en un país no parte del Convenio y es trasladado a otro Estado parte desde allí, el mencionado Convenio sería aplicable para obtener el retorno del menor al Estado de residencia habitual. En el caso de que el segundo traslado consista precisamente en portar al menor nuevamente al lugar en el que tenía su residencia habitual, el Convenio no es aplicable porque tal supuesto no se encuentra entre los que este regula, al no haber sido trasladado a un Estado diferente de aquel en el que posee la residencia habitual. De igual modo, el Convenio tampoco resulta aplicable si el menor es trasladado a un Estado parte, pero su residencia habitual se encuentra en un Estado no parte[1143].

En cuanto al procedimiento, el artículo 12 del Convenio de La Haya es sumamente interesante por cuanto establece el criterio que debe seguirse de cara a la adopción de la decisión de restitución o no restitución del menor. La autoridad judicial o administrativa competente del Estado Contratante donde el menor se encuentre debe ordenar la restitución inmediata del mismo siempre y cuando haya transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento del traslado o retención. Pasado ese tiempo, el criterio general es que dicha autoridad judicial o administrativa ordenará la restitución inmediata con la excepción de que se demuestre que el menor se ha integrado en el nuevo medio, aun cuando se sostiene que la mayoría de los menores sustraídos no llegan a ser devueltos precisamente por la sola alegación del arraigo, lo que impide que la restitución pueda llevarse a cabo[1144].

Para algunos autores, este precepto no constituye obstáculo para la posible aplicación de un delito de sustracción de menores, pudiendo aplicarse el tipo incluso aunque la restitución del menor no se haya producido al amparo del artículo 12 del Convenio de La Haya por haber transcurrido más de un año desde la sustracción y encontrarse el menor integrado en el nuevo medio, con base en que tal hecho sobrevenido no afecta a la antijuridicidad ni a la culpabilidad[1145]. Efectivamente, el tiempo transcurrido desde la sustracción no obsta para la aplicación del tipo, salvo que sea tanto como para que la conducta haya quedado prescrita. El paso del tiempo no borra la antijuridicidad del comportamiento, por lo que sería posible no proceder a la restitución del menor con base en el Convenio de La Haya, pero ser responsable penalmente en atención al delito de sustracción de menores de conformidad con el artículo 225 bis CP.

Otra de las diferencias más importantes que pueden identificarse entre el Convenio y el Código Penal español es la alusión en el primero de dos razones por las cuales el Estado

---

[1143] CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores …", Ob. cit., p. 41.

[1144] VELARDE D'AMIL, Y. "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 1289.

[1145] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 50.

requerido no tiene obligación de devolver al menor: si la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestra que quien se hacía cargo del menor no ejercía adecuadamente el derecho de custodia en el momento en que se produce el traslado o la retención o que estos habían sido consentidos, ya sea previamente o en un momento posterior, o que dicha restitución supone un grave riesgo para el menor, concretado en un peligro de cualquier naturaleza; y si el menor se niega a su propia restitución, siempre y cuando presente edad y grado de madurez adecuados para la toma de esta decisión que haga aconsejable tener en cuenta la opinión que manifieste[1146]. Además, el artículo 20 refleja la posibilidad de denegar la restitución del menor cuando la misma devenga imposible en atención a los principios fundamentales del Estado requerido en cuanto se refiere a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Algunas de estas razones pueden perfectamente integrarse en la causa justificada a la que alude el tipo de sustracción de menores, de forma que la conducta sería atípica si se percibe algún peligro para el menor si permanece en compañía del progenitor no sustractor o si el retorno pudiera suponerle un riesgo; ahora bien, otra de ellas no aparece en el tipo y es precisamente este apartado el que debería haber tenido en cuenta el legislador español a la hora de tipificar la conducta, dado que se trata de un comportamiento que inicialmente se pensaba previsto para proteger el interés superior del menor y, sin embargo, se hace caso omiso de su opinión y de su criterio hasta la mayoría de edad, pese a que podría interpretarse que también integra una causa justificada. Aunque se puede solicitar civilmente un cambio de medidas en función del sentir del menor, que ha de ser valorado por el tribunal competente, lo cierto es que la opinión del menor que es ya suficiente mayor como para decidir debería jugar un papel relevante para conseguir la atipicidad de muchas situaciones en las que realmente parece que para que el sujeto activo pueda librarse de la sanción ha de forzar al menor adolescente a ir con quien le corresponde.

En lo tocante a la oposición del menor a su restitución, se ha señalado la tendencia que existe de tener en cuenta la oposición del niño a ser restituido al Estado de su anterior residencia habitual, pero no el deseo de permanecer junto al sustractor o de no retornar con el progenitor que solicita el retorno, pues estas cuestiones quedarían fuera del ámbito del Convenio, si bien cuando el menor se opone a la restitución porque no desea ser separado del sustractor, dicho rechazo debería ser considerado solo si aquel no puede regresar al Estado de origen, no así si no lo hace de manera voluntaria, pues lo contrario supondría habilitar al sustractor para manipular la situación[1147].

Por otro lado, la doctrina se ha ocupado también de los denominados casos de doble secuestro internacional, quiere decirse, supuestos en los que el progenitor sustrae al hijo y lo traslada a un país extranjero y el otro progenitor lo localiza y se lo vuelve a llevar al país de lugar de residencia habitual inicial o a un tercer Estado, extrayendo las siguientes conclusiones[1148]:

---

[1146] Artículo 13 del Convenio.

[1147] JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 111-112.

[1148] CARRILLO CARRILLO, B. L. "Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980", *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (dir. CALVO CARAVACA, A. L. – CASTELLANOS RUIZ, E.), Colex, Madrid, 2004, pp. 236 y 237.

a. El progenitor que lleva a cabo el segundo traslado no tendría por qué activar el mecanismo del Convenio de La Haya para volver con el menor al lugar de residencia, sino que puede trasladarlo por la vía de hecho, algo que supone actuaciones al margen de la ley y disminuye la utilidad del Convenio, pero ciertamente es más eficiente y no supone vulneración legal alguna.
b. En el caso de que ese segundo traslado no sea para llevar al menor de vuelta al Estado de residencia habitual, tampoco se podría aplicar el Convenio ya que ese traslado no se ha producido desde el lugar de residencia.
c. No suscitaría tampoco responsabilidad penal toda vez que el tipo menciona un progenitor que sustrae al menor del lugar de residencia, pero no establece nada para el supuesto contrario, siempre que se aluda a un progenitor que ejerza la patria potestad.

En estos casos, no existe posibilidad de aplicar el delito de sustracción de menores, dado que el traslado no se ha producido desde el lugar de residencia habitual. Sin embargo, desde el momento en que se incumpla gravemente una resolución judicial que obligue a la entrega del menor, sería posible aplicar un delito de sustracción de menores en la modalidad de retención, con la diferencia de que, si no ha existido traslado ilícito previo, se aplicará el tipo básico.

En definitiva, el Convenio de La Haya de 1980 constituye un mecanismo internacional muy útil que contiene un proceso ágil de restitución de menores sustraídos ilícitamente por parte de los progenitores. Es un proceso en el que no se valora el fondo de las relaciones paterno-filiales, quiere decirse, el tribunal del Estado en cuestión no va a valorar si la custodia está correctamente atribuida o si no, simplemente va a verificar si la sustracción es ilícita y si corresponde la restitución del menor al lugar de residencia habitual. Toda esta tramitación está pensada para tener la menor duración posible, fomentando el retorno del menor, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas para no proceder a ese retorno.

En otro orden de cosas, el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, estima que menor es la persona de la nacionalidad que sea que cuente con menos de dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su lugar de residencia, atendiendo a la legislación de su lugar de residencia habitual, de su nacionalidad o del Estado requerido. Por otra parte, el traslado ilícito es aquel por el que se extrae al menor de la frontera internacional en vulneración de una resolución relativa a la custodia que haya sido dictada y ejecutoria en un Estado parte (traslado ilícito); el hecho de no devolver al menor tras finalizar un período de visitas en el que el menor había sido trasladado a un territorio distinto del lugar en el que se ejerce la custodia (retención ilícita); y el que inicialmente lícito se convierte en ilícito por cuanto inicialmente no existía resolución alguna relativa a la custodia del menor pero posteriormente acontece el dictado de una que hace que propicia el cambio de circunstancias en los términos expresados[1149].

La doctrina ha puesto de manifiesto la escasa aplicación práctica de este Convenio debido a varias razones, entre las que se encuentran el escaso número de países que lo han ratificado, sin contar con el hecho de que únicamente se considere traslado ilícito a

[1149] Artículo 1 del Convenio.

efectos de la aplicación del Convenio de Luxemburgo aquel desplazamiento que se ha realizado vulnerando una resolución de la autoridad competente en materia de derechos de custodia[1150].

Por tanto, el inconveniente de este Convenio es que exige siempre la presencia de una resolución, lo que imposibilita su aplicación en el caso en que el traslado se produzca sin mediar resolución alguna, un supuesto más que frecuente en la práctica, donde el padre o madre huye con el menor sin dar explicaciones. Esto constituye, asimismo, la diferencia principal con el Convenio de La Haya, si bien se ha sugerido que otra diferencia entre el Convenio de Luxemburgo y el Convenio de La Haya es que este último persigue la calificación como ilícito del traslado y la solicitud del retorno del menor mientras que el primero pretende lograr dicho retorno mediante el reconocimiento efectivo de la resolución en el Estado en el que aquel se encuentre[1151].

En el Convenio de Luxemburgo pueden distinguirse tres tipos de supuestos con distinto tratamiento. El primero de ellos hace referencia a los casos en que debe dictarse orden de restitución inmediata del menor (artículo 8)[1152]; el segundo alude a los supuestos en que se requiere el exequátur, es decir la autorización (artículo 9)[1153]; y el tercero refiere otras situaciones en las que ese exequátur es aún más complejo (artículo 10)[1154], por lo que se ha defendido que el artículo 9.1 constituye un exequátur simplificado mientras que el artículo 10.1 refleja un exequátur reforzado, a la vista de los escasos motivos por el que

[1150] LAPIEDRA ALCAMÍ, R. "La sustracción internacional...", Ob. cit., p. 192.
[1151] MONTÓN GARCÍA, M. "La sustracción o "secuestro" internacional…", Ob. cit., p. 216.
[1152] Cuando en el momento en que se entabló el procedimiento de custodia en el Estado de origen o en el momento del traslado, tanto el menor como los padres tenían la nacionalidad de dicho Estado y, además, el menor residía habitualmente en el mismo; cuando la solicitud de restitución se haya producido en el plazo de seis meses a contar desde el momento del traslado ilícito; cuando existe un acuerdo homologado por parte de una autoridad competente entre la persona que detenta la custodia y la que goza de un derecho de visita y expira el plazo acordado de visita y no se procede a la restitución del menor; y cuando se produce el mismo supuesto mencionado anteriormente pero no se vulnera un acuerdo, sino una resolución dictada por autoridad competente.
[1153] El artículo 9 establece que, si la solicitud de retorno se produce en los siguientes seis meses a partir de la sustracción, esta solo puede ser denegada en los siguientes casos: cuando la resolución relativa a la custodia fuese dictada en ausencia del demandado o de su representante legal y no se le hubiese notificado en tiempo y forma para preparar la defensa. Sin embargo, esto no será de aplicación cuando el demandado hubiese ocultado su paradero; cuando la resolución se haya dictado en ausencia del demandado o de su representante legal y la competencia de la autoridad que la haya dictado no se encuentre fundada en alguno de los siguientes foros: el de la residencia habitual del demandado; el de la última residencia habitual común de los padres, siempre que al menos uno de ellos continúe residiendo habitualmente en dicho lugar; el de la residencia habitual del menor; y si existe una resolución incompatible con otra relativa a la custodia del menor que ya era ejecutoria en el Estado requerido con anterioridad al traslado del menor, salvo que el menor hubiese residido habitualmente durante el año precedente en el Estado requirente.
[1154] El artículo 10 refleja la posibilidad de denegar la solicitud de retorno planteada pasados los primeros seis meses desde la sustracción, además de por las causas previstas en el artículo anterior, por las siguientes: si la resolución relativa a la custodia es incompatible con los principios fundamentales del Derecho de familia del Estado requerido; si por cualquier motivo distinto del mero cambio de residencia del menor con motivo del traslado ilícito, la resolución de custodia no se considera ya adecuada al interés superior del menor; si en el momento de entablarse el procedimiento de custodia en el Estado de origen el menor tuviera ya la nacionalidad o el lugar de residencia habitual en el Estado requerido y no presente ninguno de estos vínculos con el Estado requirente; o si el menor posee doble nacionalidad (la del Estado requirente y la del Estado requerido) pero reside habitualmente en el Estado requerido; y si la resolución relativa a la custodia es incompatible con otra dictada en otro Estado (ya sea el requerido o un tercero) que proceda de un procedimiento anterior a la petición del exequátur y la denegación concuerda con el interés superior del menor.

puede ser denegado el retorno en el primer caso y la amplitud de las causas de denegación que se prevén en el segundo[1155].

Finalmente, cabe mencionar que tanto el presente Convenio como el de La Haya apuntan a la aplicación de la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro[1156]. Esto expresa la idea de que ninguno de los dos Convenios presenta un rango superior con respecto al otro, sino que habrá de atenderse al caso concreto para saber cuál de los dos se configura como el mejor instrumento para conseguir que el menor regrese a su lugar de residencia habitual.

Por su parte, el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas bis II) por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000 presenta el mismo concepto de traslado o retención ilícitos de un menor que el Convenio de La Haya. Pueden encontrarse autores que han declarado expresamente que, a efectos del Reglamento 2201/2003, se considera que la custodia se ejerce conjuntamente cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir acerca del lugar de residencia del menor sin el consentimiento del otro[1157]. De hecho, el traslado ilícito ha sido definido por algún sector doctrinal como la situación en la que una persona que disfruta de un derecho de visita, de custodia o de custodia compartida aprovecha uno de los periodos en los que se encuentra con el menor para trasladarlo al extranjero o lo retienen en dicho país sin devolverlo al finalizar tal periodo[1158].

Este Convenio adolece del mismo problema que el anterior, quiere decirse, se trata de un Convenio creado para el reconocimiento de decisiones, pero si el traslado se produce antes de la existencia de la decisión, no va a poder ser aplicable. Es por este motivo que el recurso más frecuente será el Convenio de La Haya, que además tiene una esfera de aplicación más amplia, pues no se circunscribe al territorio europeo[1159].

Para verificar la restitución del menor, el Reglamento se remite al Convenio de La Haya, si bien con algunos matices expresados en el artículo 11: será necesario otorgar audiencia al menor siempre que sea posible en virtud de la edad y grado de madurez que presente; el órgano jurisdiccional debe resolver en el plazo máximo de seis semanas a contar desde la interposición de la demanda; existe imposibilidad de denegar la restitución del menor sin audiencia previa de la persona que la solicita; no es posible denegar la restitución del menor en base a lo establecido en el artículo 13.b del Convenio de La Haya

---

[1155] CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (dir. CALVO CARAVACA, A. L. – CASTELLANOS RUIZ, E.), Colex, Madrid, 2004, p. 163.

[1156] *Ibídem*, p. 49.

[1157] GONZÁLVEZ VICENTE, P. "Sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 1980 y su conexión con el Reglamento Comunitario 2201/03", *Estudios jurídicos*, núm. 8, 2008, p. 15.

[1158] CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores…" (*Sustracción internacional de menores…*), Ob. cit., p. 51.

[1159] El Reglamento guarda silencio acerca de qué se entiende por menor, por lo que CALVO CARACAVA, A.L., *et al*. exponen distintas opciones que pueden seguirse: sostener que el Reglamento se refiere a menor de dieciocho años cuando habla del menor de edad; remitirse a la legislación interna de los distintos Estados miembros; emplear el concepto de menor otorgado en el Convenio de La Haya de 1980. En *Tratado de Derecho de la Familia*…, Ob. cit., pp. 626-627.

de 1980 si se demuestra la adopción de medidas de protección del menor tras la restitución[1160].

Por último, el Reglamento 2201/2003 indica su primacía frente a los distintos instrumentos internacionales, entre ellos el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya del mismo año[1161]. En esto difiere de los dos últimos Convenios mencionados, que, como se ha mencionado *supra*, no establecen una relación jerárquica, sino una aplicación preferente por el más idóneo para el restablecimiento de la situación anterior a la sustracción.

Finalmente, queda por hacer referencia al Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, que recoge distintos mecanismos de lucha contra las situaciones de sustracción internacional de menores[1162]. Este instrumento internacional presenta una peculiaridad con respecto a los anteriores y es que es de naturaleza bilateral, es decir, es un Convenio que solo tiene validez entre España y Marruecos, dado que ambos países fueron capaces de llegar a un acuerdo en vista de la facilidad con la que un menor puede pasar de un país a otro, dada la cercanía de las fronteras entre ellos. El Convenio de Marruecos entra directamente a expresar en el artículo primero que tiene por objeto garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente a uno de los dos Estados contratantes; reconocer y ejecutar las resoluciones relativas al derecho de custodia y de visitas dictadas por los mismos; y favorecer el derecho de visita en territorio de ambos Estados. Dicho Convenio será de aplicación a los menores de dieciséis años no emancipados que posean nacionalidad española o marroquí[1163]. Este Convenio bilateral fue muy importante desde el principio debido a la tardía adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980, que no se produjo hasta el 9 de marzo de 2010, lo cual hacía inaplicable este último si el menor había sido trasladado a Marruecos.

[1160] Recuérdese que el artículo 13.b del Convenio de La Haya de 1980 hacía referencia a la posibilidad de denegación de la restitución con base en la existencia de un grave riesgo de que con ella se exponga al niño a un grave peligro físico o psíquico o en una situación intolerable. Pues bien, el Reglamento no permite que pueda denegarse la restitución aun produciéndose tales circunstancias siempre y cuando se pueda demostrar que han sido adoptadas medidas para asegurar la protección del menor.

[1161] Artículo 60 del Reglamento 2201/2003.

[1162] REIG FABADO, I. "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel Madrid, 2008, p. 238.

[1163] Se entiende por desplazamiento ilícito el desplazamiento producido obviando una resolución judicial ejecutiva en el Estado requirente con dos condiciones que deben cumplirse en el momento en que se presenta la solicitud de devolución del menor: que el mismo residiera habitualmente en el territorio de dicho Estado y que tanto los padres como el hijo poseyeran únicamente la nacionalidad del Estado requirente; el desplazamiento producido en vulneración de un derecho de custodia atribuido en función de la legislación del Estado requirente; y el desplazamiento producido en vulneración de un acuerdo entre las partes y homologado por la autoridad judicial competente (Artículo 7 del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos).

### 3. Estudio de la Sentencia número 98/2019, de 7 de marzo, de la Audiencia Provincial de Granada

En el momento en que una sustracción de menores presenta elementos internacionales, adquiere una complejidad tremenda, con la consiguiente dificultad de obtener el retorno del menor y ello a pesar de poder contar con instrumentos normativos tan útiles como los descritos anteriormente. A modo de ejemplo, se expondrá el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Granda, en Sentencia número 98/2019, de 7 de marzo, un caso especialmente mediático, tanto en España como en Italia, los dos países principales sobre los que gira este estudio, conocido como "Caso Juana Rivas", un caso que mantuvo a España dividida entre partidarios y no partidarios de Juana durante meses. Cientos de ciudadanos se movilizaron, apoyando, incluso, que la mujer se mantuviera en paradero desconocido con sus dos hijos, haciéndose viral el hashtag "Juana está en mi casa". Es por ello que parece interesante relatar este caso desde el principio.

Francesco Arcuri (de nacionalidad italiana) y Juana Rivas (de nacionalidad española) mantuvieron una relación sentimental, residiendo en España. En el año 2006, nació el primer hijo. En el año 2009 decidieron separarse y Francesco fue condenado por un delito de malos tratos. En 2012, se dieron una segunda oportunidad y se marcharon a Italia, fijando el domicilio familiar de común acuerdo en dicho país europeo. En 2014, nace el segundo hijo. Ambos niños fueron matriculados en centros escolares italianos y estaban registrados como ciudadanos italianos.

El 18 de mayo de 2016, Juana se trasladó a Granada con los niños bajo el pretexto de que deseaba visitar a su familia, asegurando que volvería al mes siguiente a Italia. No solo no volvió, sino que el día 12 de julio del mismo año interpuso denuncia por malos tratos contra Francesco ante el Juzgado de Violencia de Género, número 2, de Granada. A todo esto, Juana le decía a Francesco que no volvía a Italia por encontrarse enferma, siendo que realmente no pensaba volver, sino permanecer en Granada. Finalmente, el 2 de agosto de 2016, Juana transmite a Francesco su decisión de no regresar al domicilio familiar italiano y los días 16 y 30 de ese mes le envía dos correos electrónicos manifestándole que puede ver a sus hijos cuando quiera (en Granada) y llamarles cuando estime oportuno.

Casi un mes antes, el Tribunal de Cerdeña había dictado una resolución ordenando que los niños estuviesen vigilados por los servicios sociales una vez que volviesen a la casa paterna y ello debido a esa condena por malos tratos a Arcuri en 2009 y la nueva denuncia realizada por Rivas en 2016, junto a la petición de que el hijo volviese a declarar en juicio[1164].

Francesco interpuso demanda en Italia y obtuvo la guarda y custodia provisional de ambos menores ante el Tribunal de Cerdeña, promoviendo igualmente el procedimiento de devolución de menores previsto en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. El Estado italiano tramitó la petición al Ministerio de Justicia español y este al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada, que acordó la restitución de los menores a Italia. Esta resolución fue apelada y la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso y mantuvo la decisión de retorno de los menores a territorio italiano.

[1164] Sentencia de la sala de lo civil de 3 de julio de 2016.

El 11 de julio de 2017 se dictó auto de ejecución forzosa por parte del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada, en vista de que Juana se negaba a entregar a los niños, y se le otorgó un nuevo plazo de tres días para proceder a la entrega, requerimiento que desatendió. El 24 de julio volvió a realizarse otro requerimiento por parte del mismo Juzgado para que dos días más tarde Juana dejara a los niños en un Punto de Encuentro Familiar. Por su parte, Francesco se personó en el Punto de Encuentro Familiar granadino junto con una autoridad consular y una dotación policial. Juana no se presenta tampoco.

Es a partir de este momento cuando Juana comienza una campaña mediática y se rodea de asesoras jurídicas que le llevan a tomar malas decisiones. Consiguió el apoyo de gran parte de la población española, pero se fue introduciendo en una conducta delictiva cada vez más grave. El 26 de julio de 2017, Juana decide esconderse con los niños y las autoridades no consiguen encontrarla, lo que llevó a Francesco a interponer una denuncia por desaparición. El Juzgado de Instrucción número 2 de Granada requirió nuevamente la entrega de los niños y esta se produjo, finalmente, el 28 de agosto, cuando Juana se personó en la Comandancia de la Guardia Civil de Granada. Los menores fueron entregados al padre. Al principio, estos no querían despegarse de la madre, pero se tranquilizaron cuando comenzaron a tomar contacto con el padre.

Juana se escudaba continuamente en que su conducta no era ilícita porque el traslado se debía a los malos tratos que sufrían ella y sus hijos. Pese a ello, el juez expone que *salvo el episodio de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado ningún otro posterior, ni en Álvaro, el mayor de los dos hijos, se han detectado desajustes psicológicos relacionados con malos tratos contra él o por haberlos presenciado hacia la persona de la madre, ni se ha apreciado que la restitución al contexto paterno, suponga un grave peligro para su integridad física o psíquica*[1165].

El Juzgado hace hincapié en que después de la Sentencia condenatoria de 2009, volvieran a darse una oportunidad y Juana se marchara a Italia, naciendo el segundo hijo. Francesco había negado todo tipo de maltrato con posterioridad a esa fecha y Juana no denunció ningún otro episodio ni pudo acreditar ninguna de sus alegaciones, sino que la denuncia se produce una vez que la acusada ya no desea volver a Italia, siendo que ningún Juzgado había considerado que las acusaciones fuesen veraces, credibilidad que se resta aún más porque el perito forense no apreció tampoco ningún vestigio de malos tratos en los menores ni tampoco señal alguna de que estos hubiesen presenciado malos tratos hacia la madre.

De hecho, el Juzgado se muestra severo con Juana al afirmar lo siguiente: *Su pretendido afán de proteger a sus hijos, entra en contradicción con sus actos, pues no ha reparado en el daño futuro que puede causar a estos, el hecho de aparecer en varios medios acusando al padre de ambos de torturador, mientras grupos de personas de forma irreflexiva y visceral, le muestran su apoyo. En un mundo donde toda la información queda registrada y documentada a disposición de cualquiera, esos datos pueden ser también conocidos por sus hijos en el futuro y desde luego que el impacto en ellos no se augura bueno. Los hechos muestran que ella decide separarse en el verano de 2016 y por sí misma o porque alguien le asesora, se percata que hay un escollo importante con la guarda y custodia de los dos niños y para obtenerla a su favor, decide explotar el argumento del maltrato.*

[1165] Sentencia número 257/2018, de 18 de julio, del Juzgado de lo Penal número 1 de Granada.

Por todo ello, condena a Juana por dos delitos de sustracción de menores (decantándose por un concurso real formado por tantos delitos como niños afectados hay, si bien la resolución justifica ampliamente por qué aplica dos delitos y no solo uno) al entender que el tipo es de aplicación no solo cuando se incumple una resolución judicial, sino también cuando uno de los progenitores custodios traslada al menor del lugar de residencia sin el consentimiento del otro con quien convive habitualmente.

En este caso, la acusada cumple con las dos modalidades: primero con la de traslado cuando trae a los niños a España sin consentimiento del padre, residiendo toda la familia en Italia y, posteriormente, con la modalidad de retención cuando incumple sucesivamente las resoluciones judiciales de entrega. Por cuanto respecta al delito de desobediencia, el Juzgado entiende que se trata de un concurso de normas resuelto por el principio de alternatividad, de forma que se pena solo la sustracción de menores por representar una infracción más grave. La pena final es de dos años y medio de prisión por cada delito y 6 años de privación de la patria potestad. Además, se debía pagar una indemnización de 30.000€ al padre, cantidad calculada atendiendo, especialmente, al grave deterioro de su imagen pública.

Pese a que se comparte la argumentación de esta Sentencia, una de las mejores desde el punto de vista técnico en materia de sustracción de menores, pues el Juzgado expone uno por uno por qué estima presentes todos los elementos del tipo y realiza una fundamentación jurídica exquisita, la pena no puede compartirse por dos razones: la primera porque se rechaza en este trabajo el recurso al concurso real, siendo que se justificará *infra* el porqué de configurar estos supuestos como concurso ideal; y la segunda porque la privación de la patria potestad no es una pena prevista por el tipo penal en concreto, que opta por la pena de inhabilitación especial, siendo que además la pena de privación es definitiva y el Juzgado la impone por tiempo de seis años. Así las cosas, parece que el Juzgado se refiere más bien a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (de carácter temporal) pero ha errado la nomenclatura y se ha referido a la privación.

Esta resolución fue recurrida en apelación y el pronunciamiento vino de la mano de la Audiencia Provincial de Granada[1166]. La Sentencia se refiere a que Juana incurre en el delito de sustracción de menores, debiendo quedar acreditada la finalidad de alteración permanente del régimen de custodia en vista de la gravedad de las penas previstas en el tipo, algo que se produce porque la propia Juana fue la que indicó a Francesco su voluntad de no regresar a Italia, manteniéndose en paradero desconocido durante meses.

De hecho, la Audiencia no aprecia delito en el traslado de los niños por parte de Juana al considerar que no es posible la comisión del tipo gozando de la custodia de los menores, en una interpretación de la redacción típica existente con anterioridad a la reforma de 2021, interpretación mayoritaria, aunque no compartida en el presente trabajo) pero aprecia responsabilidad penal por no entregarlos cuando ya existía resolución judicial de entrega. Quiere decirse, la Audiencia Provincial (desconociendo los criterios marcados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo acerca de la existencia de responsabilidad penal también en dichos supuestos) muestra una interpretación mucho más estricta que el Juzgado de lo Penal y solo aprecia la modalidad de retención, si bien acaba concluyendo lo mismo: existen dos delitos de sustracción de menores.

[1166] En la resolución 98/2019, de 7 de marzo, cuyo contenido está siendo objeto de estudio en este epígrafe.

Así, este órgano judicial estima solo parcialmente el recurso de apelación, luego confirma la pena y modifica únicamente la responsabilidad civil, reduciéndola a 12.000€, por lo que el criterio jurídico-penal seguido por el Juzgado le parece acertado.

En julio de 2019, el Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juana Rivas contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada. Casi dos años después, el 15 de febrero de 2021, el Tribunal Supremo decretó mediante providencia que el recurso planteado por Juana Rivas iba a ser elevado a pleno, lo cual era indiciario de que se trataba de un supuesto de gran complejidad. Finalmente, el Alto Tribunal se pronunció el pasado 23 de abril[1167], introduciendo una tesis novedosa en cuanto a sustracción de menores se refiere. Ello es así por cuanto, si uno de los motivos alegados en el recurso presentado por la defensa, avalado igualmente por el Ministerio Fiscal, consistía en la apreciación de un solo delito de sustracción de menores y no dos, como habían aplicado las distintas resoluciones de instancias anteriores, en tanto la autora había sustraído a los niños al mismo tiempo, siendo que el delito no protege bienes de naturaleza personal, sino que consiste en un tipo cualificado de desobediencia.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo, tras afirmar que el bien jurídico se concreta en el derecho de custodia, en la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos, y en el derecho del menor a relacionarse regularmente con ambos progenitores en situaciones de crisis familiar, aborda la cuestión del tratamiento del tipo cuando varios menores son sustraídos al mismo tiempo.

En primer lugar, hace referencia a que la familia en su conjunto resulta afectada cada vez que se comete un delito de sustracción de menores, de forma que, aunque existiesen más menores que no son sustraídos, el enrarecimiento de las relaciones familiares, al quedar privados de la relación con los otros hermanos, les convierte en afectados, a pesar de que ellos no sean titulares del bien jurídico protegido, que viene a ser el derecho de custodia (actualmente, con la reforma de 2021, este criterio deberá ampliarse a la protección de la responsabilidad parental en general). Asimismo, el Tribunal admite que el progenitor privado de la compañía de sus hijos resultaría más afligido cuantos más hijos le sean sustraídos, lo cual puede luego traducirse en una pena más grave. Sin embargo, el hecho de sustraer a varios menores al mismo tiempo o solo algunos, no altera significativamente esa ruptura de la paz en las relaciones familiares propiciada con motivo de la sustracción.

Por ello, estima la presencia de un único delito pues, aunque el mismo atienda al interés superior del menor, no protege bienes personales, sino que se centra en la protección del derecho de custodia (interpretación, como se ha dicho, desfasada), por lo que no estima apropiado el recurso al concurso de delitos, sino la punición por uno solo, lo que conduce a la modificación de la pena inicial, de dos años y medio de prisión por cada uno de los menores sustraídos, a una única pena de la misma duración, sin perjuicio de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años. En este momento, Juana Rivas se encuentra cumpliendo condena, a la espera de conocer si finalmente conseguirá el indulto.

[1167] STS 339/2021, de 23 de abril.

Siendo esta la Sentencia mayoritaria, dos de los magistrados se separan de la misma y realizan un voto particular. Estos dos magistrados entienden que el delito de sustracción de menores presenta un espacio de protección más amplio, englobando el derecho a la vida privada y familiar de los menores, proyectada sobre su derecho a mantener relaciones con ambos padres, por lo que existirán tantos delitos como menores sustraídos haya, debiendo aplicarse un concurso real formado por todos ellos, al poseer los bienes naturaleza personal. Se rechaza, por tanto, el criterio mayoritario de estimar que el tipo protege exclusivamente el derecho del padre.

En definitiva, queda patente que el bien jurídico determina grandes consecuencias. De esta manera, si se estima que el bien jurídico queda cifrado en el interés del menor, ya sea concretado de una manera u otra, podrá estimarse un concurso real (pues la Jurisprudencia admite tal concurso cuando son bienes personales) y, si se estima que solo es el progenitor el sujeto pasivo, habrá de apreciarse un único delito, si bien, ninguna de las dos opciones son defendidas en el presente estudio, por los motivos que se indicarán *infra*.

### 4. Menores sustraídos desde su residencia habitual y trasladados a España

Sería interesante analizar la situación desde la óptica contraria, esto es, cuando el menor tiene su residencia habitual en cualquier lugar y es trasladado a España. A este respecto, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil contiene disposiciones específicas (artículo 778 quáter, quinquies y sexies) sobre cómo proceder ante un supuesto de sustracción de menores cuando el menor ha sido trasladado al territorio español, en aras de promover la restitución del mismo[1168].

La normativa parte de la base de que el Estado de residencia del menor es el que está en mejores condiciones para decidir acerca de la responsabilidad parental, de modo que la restitución o retorno del menor se configura como regla general, mientras que la denegación a la misma es una excepción[1169].

El primer apartado del artículo 778 quáter LEC establece que esta normativa es aplicable solo y exclusivamente cuando se cumplen una serie de condiciones: ha de

[1168] Esta normativa centra el Libro IV en los procesos especiales, dedicando el Título I a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores y, más concretamente, el Capítulo IV BIS, denominado *medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional,* establece en tres extensos artículos (778 quáter, 778 quinquies y 778 sexies) el proceso que debe seguirse ante un supuesto de sustracción de menores muy concreto, aquel en el que el menor sustraído se encuentra en España, siempre y cuando concurran determinados requisitos legales. El Capítulo IV BIS fue introducido muy recientemente por imperativo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que contiene en el apartado XII del Preámbulo una breve justificación de los motivos por los cuales se hacía necesaria una reforma en tal sentido de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el Preámbulo, la reforma era necesaria sobre todo para la creación de un procedimiento nuevo para favorecer el retorno del menor en casos de sustracción internacional, en un intento de aumentar tanto su protección como sus derechos. Considerando que las normas relativas a la jurisdicción voluntaria guardan una remota relación con la temática de sustracción internacional de menores, se opta ahora por la creación de un proceso especial pensado desde el inicio para tal materia, proceso regido por la introducción de mejoras, medidas cautelares y cooperación entre los distintos juzgados y tribunales, cuya competencia se otorga al Juez de Primera Instancia de la capital de la provincia del menor objeto de sustracción y, a falta de este, a quien corresponda por turno de reparto, favoreciéndose de tal manera la especialización en la resolución de este tipo de asuntos al objeto de aumentar el grado de eficacia de la respuesta judicial.

[1169] MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2019, p. 281.

constatarse que un menor de edad haya sido objeto de un traslado o una retención ilícita; que aquel se encuentra en España; y que procede de un Estado miembro de la Unión Europea o, al menos, de un Estado que, aun no perteneciendo a la Unión Europea, forma parte de un Convenio internacional. Como el artículo no distingue, se entiende que puede ser de aplicación cualquiera de los Convenios de los que España forma parte en la actualidad: Convenio de La Haya de 1980, Convenio de Luxemburgo de 1980, Acuerdo bilateral entre España y Marruecos y el Reglamento Bruselas bis II.

Una vez verificadas estas condiciones, el artículo 778 quáter LEC nos aporta las claves para determinar cómo y ante qué juzgado iniciar el proceso. El segundo apartado establece la competencia que se atribuye al Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia (o de Ceuta o Melilla) con competencia en materia de Derecho de familia en cuya circunscripción se encuentre el menor sustraído y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda, debiendo el Tribunal examinar de oficio su competencia.

El procedimiento puede ser promovido por tres distintas categorías de sujetos, conforme a lo dispuesto por el tercer apartado del artículo 778 quáter LEC:

a. La persona, institución y organismo que detente la gurda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor. Como puede apreciarse, en esta normativa se contempla la posibilidad de que el sujeto activo de un delito de sustracción de menores sea tanto el custodio como el no custodio, en tanto pueden iniciar el procedimiento tanto uno como otro. En contra de esta interpretación, la Circular de la Fiscalía General del Estado número 6/2015, de 17 de noviembre, interpreta el precepto otorgando legitimación solo al custodio: existe una legitimación activa doble: la del titular custodio por sí o la del titular custodio a través de la autoridad central española, que a su vez actúa por medio de los Abogados del Estado.
b. La Autoridad Central española encargada de hacer cumplir el Convenio en cuestión.
c. La persona designada por la Autoridad Central española del apartado anterior, que promoverá el procedimiento en representación de esta.

Si se trata de un progenitor, no es necesario que este ostente la guarda y custodia como consecuencia de una resolución jurisdiccional o administrativa, sino que puede producirse antes de la judicialización, al igual que queda también legitimado el padre que disfruta de una custodia compartida y aquel que solo tiene atribuido un régimen de visitas, poseyendo el otro la custodia exclusiva, sin olvidar a los abuelos u otros allegados que tuvieran reconocido algún derecho de visita autónomo[1170].

Dada la gravedad de asuntos como el que nos conciernen, este proceso tiene carácter de urgencia y preferencia[1171], estableciendo el quinto apartado del artículo 778 quáter el

[1170] MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de…", Ob. cit., pp. 291-292.
[1171] La Circular de la Fiscalía General del Estado número 6/2015 aporta claridad a la intención del legislador cuando califica a este tipo de procesos de urgentes y preferentes: *La calificación de preferente del procedimiento*[...] *debe tener como consecuencia concreta que otros procesos sobre guarda y custodia no podrán ser resueltos hasta tanto no se decida primero sobre el proceso de sustracción internacional y sólo cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia cuando en el proceso de sustracción internacional se haya acordado la improcedencia de la restitución.[...]El carácter preferente debe llevar a atribuir competencia al Juzgado de Guardia en caso de inicio de actuaciones en días inhábiles [...]siempre, claro está, que no*

plazo inexcusable de seis semanas a contar desde la presentación de la solicitud de retorno del menor, un plazo que debe respetarse en todo caso salvo que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible dicho cumplimiento. Esas seis semanas se refieren únicamente a la fase declarativa, que engloba desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia en segunda instancia, pero no incluye la ejecución[1172].

Con una coherencia máxima en relación con la cautela con la que ha de procederse en estos casos debido al peligro en el que puede encontrarse el menor y a la importancia de que este no vuelva a desaparecer una vez que ha sido inicialmente localizado, el último apartado del precepto faculta al juez para acordar, ya sea a petición del demandante o del Ministerio Fiscal (que debe estar presente en todos los procesos[1173]), ya sea de oficio, las medidas cautelares que considere pertinentes, no solo las indicadas en el artículo 158 CC, sino que también se puede actuar conforme al artículo 773 LEC[1174]. Del mismo modo, la autoridad judicial puede actuar para garantizar los derechos de estancia, visita y comunicación del menor con el demandante, estableciéndose también la posibilidad de ejercitarlos bajo supervisión si el interés superior del menor así lo aconseja. En relación con las medidas cautelares, se ha criticado la redacción del precepto, pues genera dudas tanto acerca del alcance de las medidas que pueden ser adoptadas, como del procedimiento que debe seguirse para ello[1175].

La intervención del Ministerio Fiscal no implica automáticamente que se vaya a posicionar en defensa del retorno del menor al país de origen, sino que debe analizar las circunstancias propias del caso concreto y tomar la decisión que mejor convenga al menor, ya sea el retorno al país de origen o la permanencia en el nuevo entorno, pues el Ministerio Fiscal no es el encargado de velar por el cumplimiento de los Convenios Internacionales (función del Abogado del Estado), sino de velar por los intereses del menor[1176]. De hecho, deberá oponerse a la restitución o retorno si estima que ello puede causarle un grave perjuicio físico o psíquico al menor[1177].

El segundo de los artículos que integran el proceso especial de restitución o retorno de menores en casos de sustracción internacional (artículo 778 quinquies LEC) se adentra

---

*exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005.*

[1172] MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de…", Ob. cit., p. 298.

[1173] Según la Circular 6/2015, *Al Fiscal se le encomienda asegurar el respeto al superior interés del menor. Conforme al Convenio, en abstracto y como principio general, ese interés se identifica con el retorno al lugar de procedencia, donde el menor tenía su residencia habitual y donde se ha quebrantado el status quo. Pero más allá de ese principio general, el Fiscal debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues las mismas pueden exigir otra posición procesal, partiendo de que la concreción del "interés del menor" es incompatible con generalizaciones abstractas, debiendo realizarse ad casum. La propia normativa convencional permite esa singularización al incorporar excepciones a la decisión de retorno, que precisamente se basan en la necesidad de salvaguardar el superior interés del menor.*

[1174] Este artículo describe el procedimiento pertinente en materia de medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

[1175] MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de…", Ob. cit., p. 310.

[1176] Apunta la Circular de la Fiscalía 6/2015 que, *en los supuestos de sustracción internacional de menores, debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable. Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas.*

[1177] MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de…", Ob. cit., p. 294.

en la regulación del procedimiento en sí mismo, indicando el primer apartado que el procedimiento da comienzo con la interposición de la demanda de restitución que debe contener, además de toda la información que exija la normativa internacional aplicable, la identidad del demandante, del menor, del posible sujeto activo del delito y la justificación de la solicitud del retorno, sin olvidar la mención a cuanto se conozca acerca de la localización del menor y del supuesto sustractor. Asimismo, la demanda deberá ir acompañada de la documentación exigida por el convenio o la normativa internacional en cuestión, además de por cualquier otra que sirva al demandante para justificar su solicitud[1178].

Una vez presentada la demanda, es el turno del Letrado de la Administración de Justicia, que deberá decidir si la admite o no en un plazo de veinticuatro horas. En caso negativo, deberá dar cuenta al juez para que resuelva lo que estime conveniente. En caso afirmativo, el propio Letrado de la Administración de Justicia citará al presunto sustractor en el plazo de tres días para que comparezca con el menor y manifieste si accede o se opone al retorno solicitado, debiendo ser este provisto del texto legal aplicable al caso.

En el supuesto de que el menor no sea localizado ni siquiera tras las pesquisas realizadas por el Letrado de la Administración de Justicia, el procedimiento se archivará provisionalmente hasta el momento en que el menor sea encontrado o se remitirán las actuaciones si el menor se localiza en otra provincia[1179]. En este momento, el sustractor puede comparecer y acceder a devoler el menor; no comparecer, siendo declarado en rebeldía; o comparecer para oponerse a la restitución de aquel. No se exige la comparecencia del requirente[1180], cuyo desistimiento solo se producirá mediante declaración de voluntad.

Teniendo en cuenta el protagonismo del menor en este tipo de situaciones, el apartado octavo del precepto que se está analizando, impone al juez el deber de oírlo antes de tomar la decisión acerca del retorno o la entrega, salvo que dicha audiencia no sea conveniente debido a la escasa edad o grado de madurez que presenta. El menor deberá ser explorado siempre en condiciones que garanticen su protección y la inexistencia de manipulaciones ajenas, siendo posible acudir excepcionalmente al auxilio de un especialista en la materia y realizar tal actuación a través de videoconferencia o mecanismos de eficacia similar[1181].

Una vez finalizados todos estos trámites, el juez dictará sentencia en el plazo de tres días, sentencia cuyo contenido deberá limitarse al análisis de los siguientes extremos[1182]:

---

[1178] Si bien la Fiscalía General del Estado establece que *el incumplimiento en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio no deberá llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio pro actione y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.*

[1179] Indica la Circular 6/2015 que *debe entenderse que el desplazamiento del menor a otra provincia no supone automáticamente la modificación de la competencia. El Juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o si lo remite al Juzgado de la capital de provincia a la que se ha desplazado el menor.*

[1180] De acuerdo con la Circular de la Fiscalía del Estado, *su exigencia supondría una complicación injustificada al retorno.*

[1181] La Circular de la Fiscalía General del Estado número 6/2015 menciona expresamente que el Ministerio Fiscal debe estar presente durante la exploración del menor, reforzando esta doctrina con Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En concreto, la STC 17/2006, de 30 de enero indicaba que el Ministerio Fiscal debía estar presente durante las audiencias a menores, por cuanto la misión que desarrolla no es otra que velar por la salvaguarda de los intereses de aquellos, siendo tal presencia necesaria para que el Ministerio Público pueda convencerse de que los menores declaran con total libertad y para el caso de que sea aconsejable la adopción de alguna medida de protección.

[1182] Apartado noveno del artículo 778 quinquies LEC.

si el traslado o retención es lícito o ilícito y si procede o no la restitución del menor[1183]. En la propia resolución (que puede ser apelable[1184]) aparecerá la forma y el plazo de ejecución de la misma y se faculta al juez para adoptar las medidas necesarias para evitar una nueva comisión del delito tras la notificación de la sentencia.

El Capítulo IV BIS de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, finaliza con el artículo 778 sexies, que establece un nuevo proceso dirigido a obtener la declaración de un traslado o retención internacional. Así, determina que si un menor de edad reside habitualmente en territorio español y es objeto de un traslado o retención internacional de acuerdo a lo que se entienda por tal conforme al convenio o normativa que resulte de aplicación, cualquier persona interesada, con independencia del proceso iniciado para solicitar su restitución, puede dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con el objeto de obtener una resolución en la que se afirme que efectivamente ese traslado o retención han sido ilícitos, pudiendo adoptarse las medidas cautelares oportunas.

## III. EXIGENCIA DE CONDICIÓN

En lo que respecta a la exigencia de una condición para la restitución, el fundamento de la agravación de la pena reside en la existencia de un plus de antijuridicidad de la conducta, al suponer también una coerción de la libertad del otro progenitor[1185]. Puede decirse que existe un paralelismo entre esta agravación y el delito de secuestro. Es decir, el delito de secuestro consiste en una conducta de detención ilegal pero agravada mediante la exigencia de una condición para la puesta en libertad de la víctima. Por ello, el delito de secuestro está castigado con una pena mayor que el delito de detención ilegal[1186]. En el delito de sustracción de menores ocurre lo mismo. Si el menor es sustraído, se impone una pena prevista en el tipo básico del artículo 225 bis CP. Sin embargo, si además se exige una condición para la restitución del mismo, la pena será impuesta en su mitad superior, pudiendo ser aquella lícita o ilícita y de cualquier naturaleza y clase, dado que el tipo no incluye especificación alguna a este respecto. Estos casos sí que pueden ser calificados de secuestro parental de menores.

De nuevo, esta agravante se refiere únicamente al progenitor no custodio, pues es lo que cabe entender del sustantivo "restitución". La restitución equivale a una devolución, de forma que la situación planteada en el tipo es aquella en la que es el no custodio el que no devuelve al menor, salvo que acceda a cumplir con la condición impuesta. Por

[1183] En caso de que el juez resuelva a favor de la restitución o retorno del menor, el sustractor deberá hacerse cargo de las costas procesales (incluidas las del demandante), los gastos del viaje y todos los gastos que la restitución o el retorno causen al Estado de lugar de residencia del menor con anterioridad a la sustracción. En caso contrario, las costas se declararán de oficio (apartado décimo del artículo 778 quinquies LEC).

[1184] Conforme al apartado undécimo del artículo 778 quinquies LEC, es posible plantear un recurso de apelación contra la resolución en el plazo de tres días desde la notificación, que gozará de efectos suspensivos, debiendo la autoridad judicial acordar si lo admite o no en el plazo de las veinticuatro horas siguientes.

[1185] De la misma opinión, CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., pp. 529-530.

[1186] El delito de detención ilegal, tipificado en el artículo 163 CP, está castigado (en su tipo básico) con una pena de prisión de entre cuatro y seis años. Por su parte, el delito de secuestro, tipificado en el artículo 164 CP, se encuentra castigado (en su tipo básico) con una pena de prisión de entre seis y diez años. El aumento de pena del delito de secuestro con respecto al de detención ilegal cuando la conducta típica es esencialmente la misma (privar de libertad ambulatoria a una persona) radica precisamente en que en el delito de secuestro se exige una condición para la liberación de la víctima, lo que supone un contenido mayor de injusto.

consiguiente, si se interpretara el tipo en sentido estricto, solo podrá aplicarse la agravación a quien no detenta la custodia, quedando incluidos en el tipo tanto los casos de custodia exclusiva, como los de custodia compartida, así como el caso del menor que convive habitualmente con un padre o un tutor o institución, pues será el sustractor el que pueda devolverlo, pero no viceversa. En caso contrario, quiere decirse, si es el custodio el que retiene al menor y no permite el régimen de visitas, no se trataría de una restitución, sino de una entrega, dado que el menor solo puede ser restituido o devuelto al primero[1187]. No obstante, este defecto en la redacción ha de entenderse como un despiste del legislador, que nuevamente, vuelve a confundirse en la elección de los verbos más apropiados, lo que conduce a que el tipo agravado, en lo que respecta a la exigencia de condición, deba aplicarse tanto a la modalidad de traslado como a la de retención.

El fundamento de la agravación proviene de un mayor desvalor de la conducta de quien supedita la devolución del menor al sometimiento al cumplimiento de la exigencia, añadiendo un mayor contenido de injusto a aquella[1188]. A esto se ha añadido la cosificación a la que se somete al menor, que resulta utilizado como moneda de cambio para lograr intereses personales tan variados como, por ejemplo, la obtención de una mejora en el acuerdo económico o la reanudación de la vida en pareja[1189].

Una vez que se exige una condición para proceder a la devolución del menor, también la libertad del progenitor a quien corresponde su cuidado se ve afectada notablemente. Me refiero no a su libertad ambulatoria, sino a su libertad de actuación, su libre formación de la voluntad. Cuando el progenitor (o la persona a la que se le haya atribuido la guarda y custodia del menor) decide cumplir con la condición exigida por el sustractor, no está actuando libremente, sino bajo el miedo a que su hijo no le sea devuelto. Esto recuerda en gran medida al campo de las amenazas condicionales, en las cuales el sujeto pasivo se ve en la tesitura de cumplir con la condición impuesta por el sujeto activo o soportar el mal que se le anuncia, ya sea este constitutivo o no de delito[1190].

Este es también el sentir de la doctrina y por ello se pronuncia en los siguientes términos: "la agravación viene motivada por la ampliación de los bienes jurídicos lesionados, dado que se incluye una coacción al otro progenitor, al que se pretende condicionar u obligar en un sentido determinado"[1191].

Precisamente con motivo de que ese plus de antijuridicidad se aprecia no solo en la conducta del no custodio que traslada, sino también en el custodio que retiene, toda vez que este último puede perfectamente supeditar el fin de la retención al cumplimiento de una condición, la agravación debería haberse previsto para ambos casos, por lo que el legislador debe modificar la redacción del precepto también en este aspecto, dando entrada de forma más clara a las dos modalidades de sustracción, en una línea más acorde con la nueva redacción operada por la LO 8/2021, de 4 de junio.

---

[1187] En contra, POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal...,* Ob. cit., p. 386.
[1188] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 16.
[1189] ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del…", Ob. cit., p.443.
[1190] Las amenazas se encuentran tipificadas a continuación de los delitos de detención ilegal y de secuestro, constituyendo el segundo Capítulo del Título VI relativo a los delitos contra la libertad. En concreto, su regulación se establece entre los artículos 169 y 171. La pena de la amenaza condicional depende, entre otros factores, de si la condición es un mal constitutivo de delito o no y de si el autor consigue o no su propósito.
[1191] MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos…,* Ob. cit., p. 866.

Con todo, la falta de distinción acerca de la naturaleza de la condición constituye una vulneración del principio de proporcionalidad. El tipo queda completamente abierto a cualquier tipo de condición, no debiendo ser equiparadas todas ellas a efectos de pena. Por ello, el legislador debería haber otorgado un tratamiento diferente en función de la ilicitud o gravedad de la condición que se exigiese para la restitución del menor[1192]. La exigencia de una condición ilícita constituye una conducta más grave que la exigencia de una condición lícita y esto debería tener su correspondencia a efectos de penalidad.

Hay quien se pronuncia en el mismo sentido al estimar que "la amplitud de la previsión y sus efectos imperativos ponen en peligro la seguridad jurídica y se compadecen mal con el principio de proporcionalidad"[1193]. En la misma línea, se ha aludido al mayor desvalor de la acción que integra una condición ilícita: "Cabe poner en tela de juicio la equiparación entre la condición lícita y la ilícita, pues si bien es cierto que desde el punto de vista del desvalor del resultado, la misma afectación al bien jurídico puede operarse en caso de condición lícita como ilícita, no puede despreciarse que desde el punto de vista del desvalor de acción no cabe equiparar a quien exige el cumplimiento de una condición lícita a quien somete la cesación de la sustracción a una condición ilícita"[1194].

Efectivamente, pese a que el bien jurídico puede quedar igualmente afectado independientemente del tipo de condición exigida, dado que el sujeto pasivo sufrirá una vulneración de su libertad de decisión, el hecho de exigir una condición ilícita añade un plus de antijuridicidad a la conducta, que merece ser objeto de una pena mayor que para el caso de que la condición exigida sea lícita.

Por otro lado, se defiende que no cualquier condición lícita debería considerarse apta para integrar el tipo agravado porque ello provocaría injusticias materiales[1195]. Sin embargo, el tipo no distingue, por lo que habría que incluir cualquier tipo de condición, a pesar de que ello sea injusto, pues no todas ellas deben recibir el mismo tratamiento, motivo por el cual de *lege ferenda* se solicita la modificación del tipo agravado, de manera que la gravedad de la pena atienda a la naturaleza de la condición impuesta. En cualquier caso, el amplio margen penológico previsto para este delito permite al juez graduar la pena según la gravedad de la conducta, por lo que el aplicador de la ley debería tener en cuenta el tipo de condición en el momento de la determinación de la pena.

[1192] De la misma opinión, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., pp. 16-17.
[1193] MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 813.
[1194] PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 603.
[1195] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 52.

# CAPÍTULO CUARTO. EL TIPO ATENUADO

## I. EXÉGESIS DEL PRECEPTO

Al igual que en el tipo agravado, ahora solo se mencionarán los elementos que se diferencian del tipo básico, con remisión para todo lo demás a lo mencionado anteriormente.

El apartado cuarto del artículo 225 bis CP establece, en primer lugar, un supuesto de exclusión de pena o excusa absolutoria y, en segundo lugar, un tipo privilegiado o atenuado en el que se produce una rebaja de aquella. La primera ya ha sido estudiada *supra*, por lo que procede ahora el análisis del tipo privilegiado, si bien existe quien defiende que se trata de una semiexcusa absolutoria que integra una rebaja penológica por razones de política criminal ante la menor afección del bien jurídico y la inadecuación de una exacerbada respuesta punitiva[1196].

El tipo atenuado, recogido en el el segundo párrafo del apartado cuarto del artículo 225 bis CP, indica que *si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior[1197], dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Este no es ya un caso de exención de pena (como ocurre en el primer inciso), sino de rebaja de la misma, siempre para el supuesto de que, aun faltando la comunicación que se mencionaba en la causa de exención (comunicación del lugar de la estancia a quien se encuentre a cargo del menor en el plazo de veinticuatro horas), el menor sea restituido en el plazo de quince días. De nuevo, debe tenerse en cuenta que el plazo se computa desde la fecha de la denuncia, no desde el momento de la sustracción, por lo que primero el progenitor o quien ostente la custodia del niño debe denunciar su sustracción y, a partir de ese momento, comienza a contar el tiempo, teniendo el sustractor un plazo de quince días para restituir al menor si pretende beneficiarse de esa rebaja de la pena. Obviamente, dicha restitución debe realizarse de manera voluntaria, de lo contrario no podría aplicarse el tipo privilegiado, sino el tipo básico, dado que el precepto indica "si la restitución la hiciere…", lo cual implica una actividad personal a cargo del sujeto activo[1198] (a diferencia del párrafo anterior que establece un criterio claramente objetivo de duración no superior a 24 horas).

Así lo indica también la Jurisprudencia, resolviendo la Audiencia Provincial de Burgos que había errado la Sentencia de instancia y no podía aplicarse atenuación alguna dado que los menores sustraídos por el padre habían sido localizados por la policía, no los había restituido el propio sujeto[1199].

---

[1196] POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 388 y QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 425.

[1197] Se refiere el precepto a la comunicación antes de las veinticuatro horas de la sustracción del lugar donde se encuentra el menor, que determina la exención de pena siempre y cuando el sujeto activo se comprometa a devolver al menor y, efectivamente, lo haga.

[1198] De la misma opinión, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 74.

[1199] SAP Burgos núm. 185/2009, de 9 de julio.

Al igual que ocurría con el tipo agravado, el tipo privilegiado tampoco parece poder extenderse a todos los supuestos de la modalidad de retención. El legislador ha utilizado la palabra "restitución". Si el menor ha sido trasladado, sí volverá al lugar inicial. Lo mismo ocurre cuando ese traslado es lícito pero después el sujeto no devuelve al menor. Esto quiere decir que, cuando no se puede aplicar es en el momento en que es el conviviente habitual el que lleva a cabo la conducta, porque si es este el que normalmente se encarga del cuidado y custodia, el menor no será restituido al que disfruta de las visitas, será entregado y ello aún con la nueva redacción típica que recientemente ha entrado en vigor. El verbo utilizado no sirve para supuestos en que el custodio vulnera el régimen de visitas gravemente, dado que en esos casos al niño no se le restituye, se le entrega. Nuevamente, se aprecia el cuestionable resultado que el legislador obtiene fruto de una redacción apresurada y poco cuidadosa, de manera que los distintos apartados del precepto afectan a unos u otros casos, algo que podría haberse salvado simplemente con la utilización de los verbos adecuados, comprensivos de todo tipo de supuestos.

En cualquier caso, y paralelamente a cuanto se decía en el tipo agravado, se entiende que el legislador quería abarcar todos los supuestos, aunque no haya utilizado la mejor redacción. De hecho, el precepto se refiere a la entrega del menor en los siguientes quince días a la sustracción, no al traslado, luego habrá que entender que el tipo atenuado se refiere al traslado y a la retención.

Otro de los inconvenientes que plantea este tipo atenuado es que hace referencia a que opera en el caso de que el sujeto activo restituya al menor en el plazo de quince días desde la sustracción (aunque el plazo se computa desde el momento de interposición de la denuncia) pero sin la comunicación que hace referencia el párrafo anterior, es decir, sin comunicar a la persona que corresponda la situación del menor, por lo que cabe plantearse qué ocurre en los casos en que se restituye al menor efectivamente antes de transcurridos los quince días pero en los que sí se ha producido la comunicación que menciona el primer párrafo del apartado cuarto del artículo 225 bis CP.

En este sentido, los tribunales cuentan con varias opciones[1200]: considerar que la conducta es atípica, por cuanto no encaja en ningún tipo penal; considerar que el supuesto de sustracción no superior a quince días con comunicación es incluible en la causa de exención de pena; o extender el tipo privilegiado a los supuestos en que se comunica el lugar en el que se encuentra el menor.

Con respecto a la primera opción, estimar que la conducta es atípica, por cuanto no encaja en ningún tipo penal, no resulta satisfactoria. Aunque literalmente el supuesto no es englobable ni en la causa de exención ni en el tipo privilegiado, pues parece ser un supuesto intermedio, no parece lógico que la conducta deba ser considerada atípica, en tanto en cuanto se trata de un supuesto más grave que el previsto para la exención de pena, por lo que el ánimo del legislador no podía consistir en que la conducta de sustracción inferior a veinticuatro horas fuese típica aunque exenta de pena pero la sustracción que dura hasta quince días sea calificada como atípica.

Con todo, algún sector doctrinal mantiene esta posibilidad de considerar estos supuestos como atípicos en los siguientes términos: "Se ha puesto de relieve el caso de que concurra la comunicación del lugar de estancia al otro progenitor por parte del

[1200] Vid. TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial…,* Ob. cit., p. 583.

sustractor y la restitución tuviese lugar dentro de los quince días siguientes a la sustracción, en cuyo caso puede sostenerse la atipicidad de la conducta"[1201].

En lo concerniente a la segunda opción, asumir que el supuesto de sustracción no superior a quince días con comunicación es incluible en la causa de exención de pena es una solución absolutamente insatisfactoria debido a que dicha causa de exención se sostiene sobre la base de que es una sustracción de muy corta duración y es precisamente esa corta duración lo que determina la exención de pena. Si la sustracción no superior a quince días con comunicación se incluyese en la misma, desaparecería el efecto alentador de restituir al menor de manera casi inmediata, pues el sujeto quedaría exento tanto si la sustracción dura menos de veinticuatro horas como si dura menos de quince días, lo que podría ser aprovechado por el sujeto activo para permanecer más tiempo en compañía del menor, toda vez que su conducta sería igualmente impune. Además, el bien jurídico se habría visto lesionado completamente, perdiendo todo sentido la aplicación de la excusa absolutoria.

Finalmente, la tercera opción, consistente en extender el tipo privilegiado a los supuestos en que se comunica el lugar en el que se encuentra el menor, si bien no es ampliamente satisfactoria, dada la gran diferencia existente entre realizar la comunicación y no realizarla, quizá sea la más acorde con la configuración y naturaleza del tipo. Dicho de otro modo, mientras el legislador no configure expresamente este supuesto, la solución más idónea sería aplicar el tipo privilegiado a todos los supuestos en los que la sustracción no sea superior a quince días, haya habido comunicación del paradero del menor o no. Sin embargo, la amplia horquilla penológica prevista para este delito permitirá al juez ajustar la pena según la gravedad de la conducta, debiendo quedar la pena en la mitad inferior (salvo que exista alguna circunstancia agravante) si la comunicación se produce pero ya no es posible la aplicación de la causa de levantamiento de la pena.

En vista de la dificultad de aplicar el tipo de sustracción de menores a los supuestos en los que la sustracción tiene una duración no superior a quince días pero en los que ha mediado comunicación acerca del lugar en el que se encuentre el menor[1202], se propone *de lege ferenda,* la inclusión expresa de este supuesto en el mismo, ya sea como una nueva modalidad de tipo privilegiado o como fusión de los dos supuestos (sustracción no superior a quince días con comunicación y sustracción no superior a quince días sin comunicación) en uno solo. Ciertamente, debería configurarse como otro subtipo privilegiado, de manera que se castigue con una pena intermedia entre la causa de exención (dada la mayor gravedad de la conducta) y la sustracción no superior a quince días sin comunicación (dada la importancia de dicha comunicación)[1203].

---

[1201] SAAVEDRA RUIZ, J. *Comentarios al…,* Ob. cit., p. 1674.

[1202] En este sentido, estima TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. que la presencia o consumación no aporta nada al tipo, pues solo importa la poca duración de la conducta, inidónea para alterar una situación de hecho con pretensiones jurídicas. En "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1822.

[1203] Es discutible si el plazo de quince días computándose desde el momento de la denuncia es apropiado o no. Sin duda, es un plazo demasiado extenso. Es cierto que debe haber un trato diferenciado con respecto a otras figuras porque no puede perderse de vista que será el progenitor el que normalmente lleve a cabo la conducta (aunque puede tratarse de algún pariente de los incluidos en el quinto apartado del artículo 225 bis CP) y, por regla general, el menor va a encontrarse más seguro y protegido con un progenitor que con un extraño que llevase a cabo una conducta de detención ilegal o de secuestro. Sin embargo, debido a que se sostiene que el bien jurídico protegido por esta figura delictiva no es el menor, sino los derechos del otro progenitor o de quien ostente la custodia del niño y el buen funcionamiento de la Administración, en tanto se está desobedeciendo una resolución judicial o administrativa, es disparatado extender el tipo privilegiado durante quince días que, para más inri, no van a computarse desde el momento en que el niño debió ser

Acerca de la naturaleza de este tipo privilegiado, LLORIA GARCÍA establece lo siguiente: "A mi modo de ver y justamente por dicha naturaleza permanente, no es posible hablar de un desistimiento. Es la caracterización del delito como permanente la que indica que estamos ante un supuesto de terminación del delito por voluntad del autor antes de determinado plazo, que trae como consecuencia una disminución del contenido de injusto. Por lo tanto, nos encontramos en presencia de una conducta de terminación del delito ya consumado en la que el plazo de quince días opera como una causa específica de atenuación de estructura semejante al arrepentimiento espontáneo"[1204].

Por otra parte, la ausencia o rebaja de pena obedece a la menor vulneración del bien jurídico, siendo esta innecesaria en el caso de la excusa absolutoria, toda vez que aquel apenas se ha visto afectado. Así, para STERN BRIONES, "el fundamento es, como en la excusa absolutoria, de política criminal, procurando que el secuestro sea de la menor duración posible, facilitando un mejor trato punitivo al autor, a la vez que si la retención no ha durado más de quince días, no cabrá hablar de mutación de residencia habitual, ni de integración del menor en un nuevo domicilio"[1205].

Sin embargo, quince días es demasiado tiempo, máxime cuando el tipo establece *sin la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior*[1206]. En cualquier caso, se ha establecido un criterio objetivo (el paso del tiempo) para distinguir entre tipo básico y privilegiado y es un criterio bueno porque no se presta a interpretaciones dudosas, solo se trata de analizar si ha transcurrido o no el plazo previsto en el artículo.

Por último, debe señalarse que este tipo privilegiado se aplica tanto al progenitor como al resto de parientes mencionados en el quinto apartado del artículo 225 bis, por los mismos argumentos esgrimidos previamente en torno a la aplicación de la excusa absolutoria y del tipo agravado, que fundamentalmente pasan por no realizar distinciones ilógicas entre unos sujetos y otros.

## II. LA PENA

En el tipo privilegiado, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad desaparece, subsistiendo únicamente la pena de prisión, aunque por tiempo de seis meses a dos años. Acierta el legislador con esta opción, pues la pena del tipo básico es sobremanera desproporcionada.

---

devuelto, sino desde el momento en que media una denuncia poniendo de manifiesto los hechos. No puede caerse en la tentación de establecer tampoco un plazo demasiado breve en la configuración del tipo privilegiado. Me refiero a que el artículo 163 CP en el que se tipifica el delito de detención ilegal, establece en el segundo apartado una rebaja de pena en un grado para el caso de que la víctima hubiese sido puesta en libertad antes del transcurso de tres días, siempre que el autor no haya conseguido su propósito, atenuación prevista también para el delito de secuestro en el artículo 164 CP. Por tanto, dado que no puede otorgarse el mismo tratamiento al extraño que priva de libertad a un sujeto y al progenitor que sustrae a su hijo menor de edad, el plazo de tiempo que debe estipularse en el tipo privilegiado de sustracción de menores no debería ser inferior a tres días. No obstante, tampoco debería ser tan extenso como el imperante en la actualidad.

[1204] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 61.

[1205] STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 18.

[1206] TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. indica a este respecto que el plazo de quince días no es idóneo para alterar la adscripción del lugar a un nuevo entorno que permita afirmar la modificación del lugar de residencia habitual que pueda tener efectos jurídicos. En "Los nuevos delitos de…", Ob. cit., p. 1822.

En vista de que el bien jurídico protegido no se ha visto sumamente lesionado, pues el menor ha sido entregado a quien correspondía poco tiempo después de la sustracción, la pena cumulativa del tipo básico formada por una pena privativa de libertad y una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, torna ahora en una única pena de prisión, cuyo máximo coincide con el límite mínimo del tipo básico.

Si ya cabe apreciar una absoluta desproporción en el tipo básico al plantear una pena de inhabilitación especial de tan larga duración, si también se hubiese previsto para el tipo privilegiado, el legislador volvería a atentar contra el principio de proporcionalidad, por lo que ha acertado al eliminarla, al tiempo que acorta el tiempo de la pena privativa de libertad, en consonancia con la menor lesividad que la conducta representa para el bien jurídico protegido.

No obstante, conviene en este punto reiterar la posibilidad que posee el juez de vencer, en la medida de lo posible, esta desproporción, mediante la aplicación de la pena más adecuada al caso concreto, algo que podrá hacer si realiza un adecuado ejercicio de la determinación de la pena, en vista del amplio margen de pena previsto para este delito y ello pese a que la extensa pena de inhabilitación para la patria potestad (que puede alcanzar los diez años de duración), parece que se debe más a un intento del legislador de asegurar la posibilidad de que el sustractor sea inhabilitado durante toda la minoría de edad del sustraído que al hecho de ofrecer una mejor graduación penológica.

# CAPÍTULO QUINTO. CUESTIONES COMUNES

## I. CUESTIONES CONCURSALES

### 1. Sustracción de varios menores

Cuando el sujeto activo de un delito de sustracción de menores lleva a cabo la conducta con respecto a un menor, la cuestión es más sencilla: se confirma la equivalencia entre el supuesto de hecho de la norma y la conducta de la realidad realizada; se indaga sobre las circunstancias concretas al objeto de dilucidar qué tipo aplicar (el tipo básico, el tipo agravado o el tipo privilegiado); y, por último, se buscan circunstancias modificativas de la responsabilidad a la hora de determinar la pena concreta que debe imponerse.

La respuesta al interrogante acerca de si la sustracción de varios menores puede integrar un concurso real o ideal, como ocurre con bastante frecuencia en Derecho penal, no es afirmativa ni negativa, antes al contrario, la respuesta correcta consta de una sola palabra: depende. Efectivamente, las circunstancias del caso nos llevarán a apreciar un concurso real u otro concurso distinto. Si se producen varias sustracciones espacio-temporalmente separadas, aparecerá un concurso real. Esto implica que el sujeto lleve a cabo una sustracción y, posteriormente, otra u otras. De lo contrario, no podrá advertirse la presencia de varias acciones y, por tanto, este tipo de concurso no entrará en juego.

Cuando el sujeto sustrae a varios menores, esto puede realizarse en una misma acción delictiva o en varias. Si pueden distinguirse distintas acciones, distintas sustracciones, la fórmula correcta es imputar tantos delitos de sustracción de menores como sustracciones separadas haya habido. Con todo, la lógica nos dice que este no será el supuesto más frecuente en la práctica. Lo normal es que, si la sustracción se produce con respecto a varios menores, si el sujeto quiere sustraerlos, aproveche un momento en el que disfruta de la compañía de todos ellos (ya sea durante un régimen de visitas o en desarrollo de la guardia y custodia). Si esto ocurre tal y como se está planteando, no podrá afirmarse que existen varias sustracciones espacio-temporalmente diferenciadas, existirá una única sustracción de la que han sido objeto distintos menores, lo cual no da entrada a la aparición de un concurso real[1207].

En definitiva, para que un concurso real (caracterizado por la ejecución de distintos hechos delictivos y sancionado con la imposición de las penas correspondientes a cada una de las infracciones para su cumplimiento simultáneo o, en su defecto, sucesivo) entre en escena, será necesario que los menores hayan sido sustraídos en distintos momentos espacio-temporales, no pudiendo aplicarse en los casos en que el sujeto en una única

[1207] Si existiesen varias sustracciones, sí que podrá afirmarse que el sujeto ha cometido un concurso real de sustracción de menores. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el sujeto sustrae a un menor, posteriormente a otro y así sucesivamente, algo que, como se viene diciendo, no parece demasiado frecuente en la práctica, dado que lo normal sería que el otro progenitor o quien resulte afectado por el delito active el proceso penal, lo que dificultaría que el sustractor pudiera seguir actuando. Un concurso real conformado por varios delitos de sustracción de menores podría producirse cuando el sujeto decide sustraer a distintos menores que proceden de distintas relaciones, pues ahí sí se ve obligado a actuar en momentos distintos, salvo que aproveche un momento en que se encuentren todos los menores en el mismo sitio, los hermanos de doble vínculo y los hermanos de vínculo sencillo.

acción, es decir, en una única sustracción, sustrae a más de un menor, en cuyo caso procedería la aplicación de un concurso ideal[1208].

Esta tesis choca de frente con la tesis seguida por la Jurisprudencia, donde pueden encontrarse distintas resoluciones judiciales que aplican un concurso real, castigando por tantos delitos de sustracción como menores hayan sido sustraídos, lo cual significa que se tratan del mismo modo los casos en que con una sola sustracción se sustraen varios menores y los casos en que en sucesivas sustracciones se sustrae a diferentes menores, siendo que conceptualmente son supuestos distintos. Aunque normalmente la Jurisprudencia se inclina por aplicar un concurso real sin justificación alguna[1209], puede encontrarse alguna resolución en que se fundamenta el recurso a ese concurso al existir distintos sujetos pasivos afectados y poseer el bien jurídico protegido carácter personal[1210]. Sin embargo, si esta fuera la regla general, el concurso ideal casi nunca podría ser de aplicación, por cuanto sería muy complicado encontrar supuestos de una única acción cometiendo varias infracciones que no afecten a bienes jurídicos de carácter personal. Además, esta interpretación tampoco resulta del todo comprensible, toda vez que el Código Penal no distingue entre bienes jurídicos personales y no personales para calificar el tipo de concurso.

Otro de los motivos esgrimidos por la Jurisprudencia para aplicar el concurso real es que cada sujeto pasivo, entiéndase, cada menor, en tanto la línea jurisprudencial mayoritaria cifra el bien jurídico protegido en los derechos de aquel, es sujeto pasivo individual, siendo que cuando el sujeto activo quiere ocasionar varios resultados lesivos, aunque exista solo una acción, debe establecerse un concurso real y no ideal[1211].

---

[1208] En contra, OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., p. 421 y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos…,* Ob. cit., p. 308.

[1209] Así, la SAP Barcelona núm. 47/2012, de 13 de enero, confirmó una Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal número 8 de Barcelona, que condenaba por dos delitos de sustracción de menores (de nuevo acogiendo la fórmula del concurso real) a unos padres que, siendo conscientes de que la Dirección General de Atención a la Infancia les había retirado la custodia de las dos niñas recién nacidas, se las llevaron consigo, sin hacer referencia al porqué de esa calificación.

[1210] Así, la Sentencia núm. 257/2018, de 18 de julio, del Juzgado de lo Penal número 1 de Granada explica que *sobre si la acusada cometió uno o dos delitos de sustracción de menores por ser estos dos, la cuestión no es pacífica, pues obviamente el propósito es único y esto podría dar lugar a interpretar que se comete un solo delito; y, por otra parte, tratándose de dos menores, también hay cierta lógica en argumentar que hay dos delitos. Ni la jurisprudencia ha sido unánime en este punto y la cuestión parece que debe resolverse mirando al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores. En este se protege no solo la efectividad de las resoluciones judiciales que haya podido establecer cierto régimen de guarda y custodia, y el status familiar quo creado por ellas, sino también el derecho de los padres a relacionarse con los hijos y de estos con los padres, que tiene un rango constitucional en nuestro ordenamiento según el artículo 39 de la Constitución Española que en su párrafo 4 alude a los Convenios Internacionales como fuente de la protección de menores y, como se ha dicho, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que "a los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. […] En definitiva se trata de indagar si en el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores se involucran o no bienes jurídicos y derechos de tipo personal, pues el criterio del código penal cuando estos se lesionan por un acto delictivo, es el de considerar que hay tantas infracciones como personas afectadas. El caso más claro se aprecia en los delitos contra las personas, donde, por citar el caso de las lesiones, aunque una única acción dé lugar a varios lesionados la conducta se sanciona como tantos delitos sean las víctimas. Desde la perspectiva de los menores, fueron dos los que se vieron privados de la relación con el padre y, por tanto, dos fueron los delitos cometidos.*

[1211] Uno de los motivos alegados por la parte apelante contra la Sentencia núm. 257/2018, de 18 de julio, del Juzgado de lo Penal número 1 de Granada, fue precisamente la aplicación de un concurso real, en

La argumentación sostenida por la Audiencia Provincial de Granada con respecto al porqué de considerar que los hechos integran un concurso real no parece demasiado acertada. En primer lugar, hace referencia a la existencia de distintos sujetos pasivos[1212], siendo que en un concurso ideal puede haber distintos sujetos pasivos, el legislador no prohíbe ni limita su aplicación en tal sentido. De hecho, si mediante un disparo se causa una lesión a una persona y daños a propiedades, habrá tantos sujetos pasivos como propiedades pertenecientes a distintas personas haya, sin contar con el sujeto pasivo lesionado en su propio cuerpo. Con lo cual, el argumento de que existen varios sujetos pasivos no parece convincente a la hora de establecer la regla del concurso real. Según el artículo 77, si una misma acción constituye dos o varias infracciones, se debe castigar como concurso ideal y eso es justo lo que ocurre en los casos de sustracción de menores, en los que, además, solo existe un sujeto pasivo (la persona cuyos derechos de responsabilidad parental o custodia se ha visto afectada por la sustracción).

La Audiencia dictamina que esa unidad de acción se acaba convirtiendo en concurso real cuando el sujeto quería todos los resultados de forma directa, quiere decirse, cuando una misma acción desemboca en varios resultados queridos por un dolo directo del sujeto, pues equivaldría a la producción de una pluralidad de acciones. El hecho de establecer distinciones en función de si los resultados son abarcados o no por el dolo directo del sujeto tampoco convence, pues el dolo, sea del tipo que sea, sigue siendo dolo y no debe entenderse que el dolo directo y el dolo de consecuencias necesarias son tan distintos como para justificar una regla penológica tan diversa, de forma que se aplique un concurso real en el primer caso y un concurso ideal en el segundo. El dolo, dolo es. La pena ha de ser la misma sea del tipo de que se trate[1213].

En conclusión, no se comparte la idea de que deban sumarse las penas de los dos delitos de sustracción de menores atendiendo a la existencia de un concurso real, sino que existiría un concurso ideal formado por dos delitos homogéneos, debiendo aplicarse la pena del mismo pero en la mitad superior. Mediante la aplicación del concurso real y la suma de delitos y penas, se introducen en el mismo saco los casos en que un sujeto lleva a cabo distintas sustracciones en el tiempo y los casos en los que el sujeto lleva a cabo una única sustracción en la que se ve implicado más de un menor.

Si el sustractor aprovecha para sustraer a varios menores al mismo tiempo, solo se aprecia una única acción, que afecta a un único sujeto pasivo, si bien esa única acción da

---

defecto del concurso ideal. La SAP Granada núm. 98/2019, de 7 de marzo, desestima este motivo, entendiendo que el Juzgado de lo Penal ha aplicado correctamente la regla penológica del concurso real y ello bajo el siguiente argumento: *Si bien el hecho delictivo es el mismo y ataca el mismo precepto penal siendo su conducta homogénea, el sujeto pasivo es distinto, cada hijo es sujeto pasivo del delito individualmente. Así, se entiende por la doctrina y la jurisprudencia que hay unidad de acción cuando se realiza una sola acción (por ejemplo, arrojar una bomba explosiva matando a varias personas), pero si todos los resultados lesivos son directamente queridos por el sujeto agente, responderá de tantos hechos delictivos como resultados causados en relación de concurso real (STS nº 187/98 y nº 861/97, entre otras). Por ello está reconocido que hay pluralidad de acciones cuando hay intención de producir una pluralidad de resultados aunque la acción sea única. Cuando el sujeto realiza una sola acción pero con el propósito de producir varios resultados delictivos, no hay concurso ideal sino real, porque hay una acción con intención plural, que es equivalente a una pluralidad de acciones (STS 1672/99, de 24 de noviembre).*

[1212] Este argumento es compartido igualmente por la SAP Girona núm. 97/2011, de 22 de febrero, indicando que *entendemos que el hecho debió de calificarse apreciando una infracción para cada hija sustraída, al ser el derecho a no ser trasladado fuera del lugar de residencia un bien jurídico de carácter eminentemente personal, que es asimilable a la libertad deambulatoria.*

[1213] En este sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 693.

lugar a diversos delitos, quiere decirse, se condena por concurso ideal. Cuando la Jurisprudencia ha castigado por un único delito tampoco ha establecido la pena en la mitad superior ni ha hecho referencia alguna a la existencia de un concurso ideal, lo que lleva a pensar que simplemente aprecia un delito y no un concurso.

Esto ocurrió en un supuesto de padres divorciados en régimen de custodia compartida en el que los dos menores convivían un mes con el padre y otro con la madre, impidiendo el padre el ejercicio de la guarda y custodia a la madre, al igual que las visitas cuando los niños estaban con él, incumpliendo persistentemente las resoluciones judiciales. Reintegraba a los niños a horas intempestivas y no cuando le tocaba o se los llevaba de vacaciones sin avisar a la madre y en épocas que no le correspondían. El sujeto fue condenado por un delito de sustracción de menores (entre otros) a dos años de prisión y cuatro de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad[1214]; en el supuesto en que una madre, teniendo el padre la guarda y custodia de los hijos menores, no los reintegra tras el derecho de visita, siendo condenada por un único delito de sustracción de menores con la misma pena que en el caso anterior[1215]; e, incluso, en el supuesto de los progenitores que aprovechan que el funcionario del Centro en el que se encontraban los hijos había ido a fotocopiar el Libro de Familia para sustraer a los tres menores, si bien los devolvieron a los dos días, siendo ambos castigados por un delito de sustracción de menores con una pena de seis meses de prisión[1216].

En una reciente Sentencia del Tribunal Supremo[1217], es precisamente esta última opción la que se estima correcta, y ello sobre la base de que el bien jurídico se cifra fundamentalmente en el derecho de custodia (aunque probablemente esta teoría vuelva a verse modificada con motivo de la reforma de 2021 sobre el delito de sustracción de menores), que se vería igualmente afectado sean cuantos sean los menores sustraídos, siempre y cuando esto se produzca en una sola acción, motivo por el cual decide modificar el fallo de la Audiencia Provincial de Granada y castiga a la sustractora de sus dos hijos por un solo delito, quedando la pena en dos años y medio de prisión (la Sentencia de instancia había castigado por dos delitos con una pena de dos años y medio de prisión cada una) y una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años.

No se comparte este razonamiento, frente al cual existe un voto particular formulado por dos magistrados, que, entendiendo que el delito de sustracción de menores extiende el objeto de protección no solo frente al progenitor, sino también frente a los menores, consideran más acertada la fórmula del concurso real, en tanto existirán tantos sujetos pasivos como menores sustraídos haya.

Como se ha dicho, ninguna de las dos opciones que plantea el Tribunal Supremo, ya sea la Sentencia mayoritaria, o la del voto particular, se comparte en el presente trabajo, al menos no en su totalidad, pues ciertamente existen algunas ideas de ambas posiciones que se consideran correctas. Por un lado, la Sentencia mayoritaria parece dar a entender que entiende la existencia de un único delito, debido a la existencia de un único sujeto pasivo, luego se vulneran los derechos de custodia del padre (en el caso de autos el

[1214] STS núm. 870/2015, de 19 de enero, resolviendo un recurso de casación interpuesto contra una SAP Navarra de 10 de octubre de 2014.
[1215] SAP Madrid núm. 525/2018, de 2 de julio.
[1216] Sentencia núm. 227/2019, de 31 de julio, del Juzgado de lo Penal número 4 de Valladolid.
[1217] STS 339/2021, de 23 de abril.

traslado se produce antes del dictado de una sentencia judicial pero tampoco se entregan una vez que los niños son atribuidos al padre, luego la madre traslada y retiene) y, aunque la madre haya sustraído a los dos hijos, existe una acción y un solo delito. El argumento se comparte, dado que en esta investigación ya se ha reiterado, quizá en exceso, que el menor no llega a configurarse como sujeto pasivo porque el bien jurídico protegido se cifra en el derecho de custodia o en el derecho derivado de la patria potestad, sea cual sea la forma de ejercicio, aun cuando la conducta pueda afectar al interés superior del menor. Empero, parece más correcto apreciar la existencia de un concurso ideal porque no debe darse un mismo tratamiento a la sustracción de todos o alguno de los hijos. Esto se traduciría en que el sustractor puede sustraer al resto de hijos "de forma gratuita", puesto que la pena y el delito es el mismo, sustraiga a todos o no. No parece una solución adecuada.

Por otro lado, se comparte el argumento esgrimido por el voto particular acerca de que, si se estima que solo existe un delito, toda vez que los derechos del padre o de la madre ya se han visto vulnerados, *la sucesiva sustracción de varios menores por el mismo sujeto activo habría de constituir una conducta atípica. Y ello en la medida en que, con la primera se habría agotado ya cualquier lesión posible a dicho bien jurídico*. Esta idea resulta del todo cierta y, por consiguiente, las consecuencias de apreciar un único delito son indeseables. Es por ello que la solución pasa por la aplicación de un concurso ideal, pues el progenitor no sustractor posee derechos derivados de la patria potestad por cada uno de sus hijos, mientras no haya sido privado o inhabilitado para los mismos, por lo que cada sustracción integrará un delito que vulnerará dichos derechos, relativos al menor o menores sustraídos. Si la sustracción tiene lugar en la misma acción, el concurso de delitos será ideal y habrá de castigarse, al ser un concurso homogéneo, con la pena prevista para la sustracción (dependiendo de si se trata del tipo básico, el atenuado o el agravado) en la mitad superior.

En otro orden de cosas, junto al concurso real pero separado de este, en tanto se configuran como subespecies de concursos reales, debe hacerse mención al delito continuado, que supone la realización de una pluralidad de acciones u omisiones, que pueden afectar al mismo o a distinto sujeto y que implica la vulneración de idénticos o semejantes preceptos penales, previendo el Código dos formas de sancionarlo: o bien escogiendo la pena correspondiente a la infracción más grave y colocándola en su mitad superior; o bien escogiendo la pena correspondiente a la infracción más grave, subiéndola en un grado y colocándola en la mitad inferior.

Por tanto, como señala MORILLAS CUEVA, los requisitos del delito continuado serían: pluralidad de acciones u omisiones diferenciables entre sí que se enjuician en el mismo proceso; dolo único, única intención, unidad de resolución y propósito, sobre un plan preconcebido preestablecido o aprovechando idéntica ocasión; margen de tiempo y espacio que no rompa la autonomía de cada acción; unidad de precepto o penal conculcado o preceptos de igual o semejante naturaleza; identidad de sujeto activo y unidad o variedad de sujeto pasivo[1218].

Por último y antes de abordar la materia que nos ocupa, debe mencionarse una regla sin la cual el estudio del delito continuado quedaría incompleto: el apartado tercero del artículo 74 prohíbe aplicar esta figura a los delitos que protejan bienes jurídicos

[1218] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 983.

personales, salvo que se trate de infracciones contra el honor o contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, en cuyo caso, atendiendo a la naturaleza del hecho y del precepto vulnerado, se podrá apreciar o no la continuidad delictiva, quedando dicha decisión a criterio del juez.

Por tanto, la primera cuestión que debe resolverse es si el delito de sustracción de menores protege un bien jurídico eminentemente personal. Si la respuesta es afirmativa[1219], no habría cabida para la continuidad delictiva, toda vez que las únicas excepciones que el legislador ha recogido con respecto a la apreciación de un delito continuado en casos de bienes jurídicos personales son el honor y la libertad e indemnidad sexuales, bienes jurídicos que no son los protegidos por el delito que venimos estudiando. La respuesta a esta pregunta no es fácil porque la expresión es ambigua, sin que se conozca qué quiere decir el legislador con ella[1220], se ha propuesto doctrinalmente la integridad[1221], y porque se desconoce el sentido en el que ese carácter personalísimo del bien tutelado debe delimitar la admisión del delito continuado[1222].

Se ha reiterado en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo que el delito de sustracción de menores se configura como un delito pluriofensivo porque afecta a distintos bienes jurídicos, al menos en la modalidad de retención, en el que se incluye el buen funcionamiento de la Administración[1223]. Los bienes eminentemente personales son aquellos que recaen, como su propio nombre indican, contra la persona del sujeto pasivo, algo que claramente se aprecia en delitos puramente físicos como el homicidio o las lesiones, los delitos contra la libertad o indemnidad sexual, etc. Por el contrario, otros bienes no son eminentemente personales, como ocurre con los delitos contra bienes materiales o ideales (delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, delitos contra la Administración Pública, etc.). Los derechos de patria potestad o de responsabilidad parental o de custodia no constituyen un bien eminentemente personal, a diferencia de otros delitos como el homicidio, las lesiones, el honor, los delitos contra la libertad sexual, los delitos contra la integridad moral, etc.

Así las cosas, si el sustractor aprovecha varias veces la misma ocasión de compañía de los menores para llevar a cabo la conducta, no existiría obstáculo para aplicar un delito continuado de sustracción de menores[1224]. Ciertamente, esto parece que será más frecuente en el supuesto de retención, en la que el progenitor se niega en distintas ocasiones a entregar al menor o menores cuando así lo indique una resolución judicial. Sin embargo, nada obsta a que también quepa apreciar continuidad delictiva en supuestos de traslado si alguno de los progenitores o ambos trasladan cada vez que tienen la oportunidad al menor sin el consentimiento de quien ostente la custodia.

Por otra parte, el precepto relativo a la continuidad delictiva permite que el sujeto pasivo sea el mismo o diferente, lo cual posibilita la apreciación de un delito continuado pese a que el menor sustraído sea distinto en uno y otro caso e incluso aunque se trate de menores procedentes de distintas relaciones (hermanos de vínculo sencillo), en cuyo caso

[1219] A favor de esta idea, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Granada núm. 257/2018, de 18 de julio.
[1220] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 984.
[1221] CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de*…, Ob. cit., p. 235.
[1222] MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal…,* Ob. cit., p. 985.
[1223] Así también, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., pp. 77-78.
[1224] En contra, rechazando la continuidad delictiva para este delito, MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción…"*, Ob. cit., pp. 143-145.

no solo los menores sino también los progenitores afectados serán diferentes (lo cual se hace extensible igualmente a instituciones públicas de guarda y custodia para supuestos en los que los menores están a su cargo y no a cargo de los padres).

Por lo que respecta a la Jurisprudencia, se han encontrado supuestos de continuidad delictiva de sustracción de menores. Por ejemplo, se aplicó en un caso en que el padre aprovechaba en distintas ocasiones el régimen de visitas para no devolver al hijo menor y trasladarlo de Madrid (lugar de residencia del menor) a Sevilla (lugar de residencia del padre), llegando a tardar incluso meses en reintegrarlo. Tras considerar inadmisibles las excusas del sustractor (que alegaba en casi todas las ocasiones que el niño se había puesto enfermo o que la madre no le abría personalmente la puerta cuando intentaba reintegrarlo), la Audiencia Provincial de Madrid confirma la Sentencia de instancia de condena por un delito continuado de sustracción de menores[1225].

## 2. Concursos de delitos

La comisión de un delito de sustracción de menores puede ir acompañada de otros delitos, de tal forma que debe solventarse en qué situaciones nos encontraremos, efectivamente, ante un concurso de delitos, y en qué otras nos hallamos frente a un concurso aparente de normas que habrá de dilucidarse de acuerdo con los criterios ofrecidos por el artículo 8 CP. En lo que sigue, se expondrá una serie de ejemplos con los supuestos más frecuentes y/o conflictivos:

a) Delito de detención ilegal

Cuando un menor se ve sustraído por uno de sus progenitores, la conducta sería susceptible de integrar un delito de detención ilegal o secuestro o un delito de sustracción de menores, creándose un conflicto de normas que se solucionaría en atención al criterio de especialidad. De esta manera, el artículo 8 CP establece cómo se ha de proceder en caso de encontrarse en presencia de un concurso de normas (que no de delitos), proponiendo cuatro criterios que deben seguirse de manera escalonada y subsidiaria. El primero de ellos es el criterio de especialidad, indicando el artículo 8 del Código que *"el precepto especial se aplicará con preferencia al general"*.

En este caso, una conducta de sustracción parental presenta las especificidades propias de la conducta de sustracción de menores, por lo que debería subsumirse en el tipo correspondiente a la misma (artículo 225 bis del Código). Además, el bien jurídico protegido también varía de una conducta a otra. Así, los tipos penales de detención ilegal y secuestro protegen la libertad ambulatoria, en tanto el tipo de sustracción de menores protege el derecho de responsabilidad parental o de tutela que posee la persona que se ve privada del menor a causa de la sustracción.

[1225] Según la SAP Madrid núm. 100/2005, de 11 de febrero: *El delito de sustracción de menores fue apreciado correctamente por el juzgador de instancia de forma continuada por las razones que explicita y que este Tribunal hace propias, pues sin perjuicio del carácter permanente de tal delito, aflora la continuidad delictiva cuando se producen periodos temporales claramente delimitados en que tras cesar el primero, se deja pasar un tiempo, se comete la segunda sustracción y, finalizada ésta y vuelto a pasar el tiempo, se reitera idéntica sustracción. Resultando de toda evidencia que la sustracción de un menor no puede amparar y dejar impune sucesivas y posteriores sustracciones, que lo que revelan es el plus de antijuridicidad que justifica la mayor punición.*

Cuando el menor es sustraído por alguien ajeno a la familia, por una tercera persona, se aplicaría lógicamente el correspondiente tipo de detención ilegal o de secuestro, en función de si se exige o no algún tipo de condición para la restitución del menor[1226]. En el caso en que la conducta sea realizada por el progenitor o algún familiar de los incluidos en el último párrafo del artículo 225 bis la conducta englobará una figura de sustracción de menores. Esta opinión es compartida por la doctrina, que establece que "pretender un concurso de delitos con detenciones ilegales o secuestros es afirmar que si secuestra un tercero hay solo detenciones ilegales y si secuestra el padre además el delito del artículo 225 bis. No me parece sostenible"[1227].

Efectivamente, no tendría ningún sentido castigar al progenitor más duramente que al extraño por llevar a cabo la misma conducta, a pesar de que el bien jurídico que se pretende proteger sea diferente en uno u otro caso. Por tanto, para apreciar el correspondiente concurso será necesario la previa sustracción del menor y el posterior encierro o detención. Piénsese, por último, que si se aplicase de manera automática el concurso de ambas figuras cuando el progenitor sustrae al menor de edad, no podría diferenciarse, a efectos de responsabilidad penal, el hecho de que el progenitor lleve a cabo posteriormente un encierro o detención, castigándose lo mismo al progenitor que sustrae y encierra que al progenitor que sustrae pero cuida al menor diligentemente y respeta sus derechos, lo cual es a todas luces disparatado.

Para que se produzca un delito de detención ilegal o de secuestro en concurso con el delito de sustracción de menores, se necesitaría una específica afección de la libertad ambulatoria del menor, dado que, como se ha mencionado anteriormente, los tipos de detención ilegal y secuestro protegen bienes jurídicos distintos a los protegidos por el delito de sustracción de menores, por lo que no existe una relación directa entre ellos. No es correcto afirmar que una sustracción de menores entraña siempre una detención ilegal, dado que no siempre la libertad ambulatoria del menor se ve afectada[1228].

En el caso en que el sujeto activo no solo sustraiga al menor, sino que además le detenga o le encierre, privándole, esta vez sí, de su libertad ambulatoria, entonces aparecería un concurso real de delitos entre la figura de sustracción de menores y un delito de detención ilegal o de secuestro, dependiendo de la existencia o inexistencia de una condición para la puesta en libertad del sujeto pasivo.

Por otra parte, cuando el menor tiene capacidad y madurez suficiente para tomar sus propias decisiones y uno de los progenitores lo sustrae contra su voluntad, encerrándolo o deteniéndolo para conseguirlo, entrañaría un concurso de normas entre el delito de sustracción de menores y el delito de detención ilegal, debiendo aplicarse este último, puesto que el progenitor está obligando a su hijo a estar en un lugar en el que no quiere estar, privándole de su libertad ambulatoria, siendo que el menor es suficientemente mayor para decidir el lugar en el que desea permanecer.

b) Delitos contra las relaciones familiares

Puede plantearse un posible concurso de normas con el artículo 224 CP, que sanciona la inducción a un menor de edad de abandonar el domicilio familiar. Para que se pueda

[1226] En el mismo sentido, ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción …,* Ob. cit., p. 36.
[1227] GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito…", Ob. cit., p. 89.
[1228] Así, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 72.

plantear el concurso de normas, será necesario que el menor tenga juicio suficiente como para poder tomar sus propias decisiones. En caso contrario, la conducta deberá integrar por fuerza un delito de sustracción de menores.

Ahora bien, si el menor posee un grado de madurez suficiente como para poder decidir acerca de su persona y toma la decisión de abandonar el hogar familiar para estar en compañía del progenitor con el que no convive, existirá un delito de inducción del artículo 224 CP si esta decisión ha sido tomada debido a que el progenitor con el que no convive le ha inducido a ello. Por contra, si el menor ha tomado esa decisión libremente y por propia voluntad, la conducta no presenta características delictivas, no pudiendo englobarse en el artículo 224 al no existir inducción ni en el artículo 225 bis por no tratarse tampoco de una sustracción[1229].

c) Delito de desobediencia

Para resolver los problemas concursales con el delito de desobediencia, es necesario separar las dos conductas que integran el delito de sustracción de menores, en tanto la modalidad de traslado no exige expresamente el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, al contrario de lo especificado para el caso de que la sustracción se produzca mediante retención.

En el supuesto de que el progenitor lleve a cabo la conducta trasladando al menor del lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor custodio o la persona o institución encargada de custodiarlo incumpliendo una resolución judicial, nada impediría la aparición de un concurso ideal de delitos, puesto que con una única acción (el traslado del menor de su lugar de residencia sin el consentimiento oportuno) se estaría cometiendo tanto un delito de sustracción de menores como un delito de desobediencia tipificado en el artículo 556 CP.

En cambio, si la sustracción se produjera a través de una retención, dado que el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa es un elemento del tipo, no podría establecerse un concurso de delitos, pues se produciría una vulneración del principio *ne bis in idem.* Entre el delito de sustracción y el delito de desobediencia existiría un concurso de normas, que se resolvería atendiendo al principio de especialidad, que determinaría la aplicación del primero al ser más específico[1230].

Un supuesto debatido en la doctrina es si existe la posibilidad de aplicar un delito de desobediencia en el caso de que el sujeto activo quedase exento de pena del delito de sustracción de menores al ser de aplicación la excusa absolutoria prevista en el mismo. Parece que en el caso de la sustracción llevada a cabo a través de la retención, no podría aplicarse el delito de desobediencia puesto que el tipo ya está eximiendo de pena de esa desobediencia específica, al ser esta un elemento del tipo. Por tanto, si el sujeto activo queda exento de pena en virtud de la excusa absolutoria prevista en el apartado cuarto del artículo 225 bis, no podrá ser castigado por un delito de desobediencia, dado que el tipo consiste precisamente en cometer tal desobediencia, aunque en el específico ámbito familiar[1231].

[1229] Esta misma idea ha sido desarrollada por LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 72.
[1230] De la misma opinión, CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. "Contribución de Derecho", Ob. cit., p. 55.
[1231] De la misma opinión, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 21.

Ahora bien, en el caso de que el sustractor haya cometido la conducta a través del traslado del menor de su lugar de residencia sin consentimiento, al no contemplar el precepto ningún tipo de desobediencia, si esta se produce, no habría impedimento para aplicar el delito de desobediencia a pesar de que concurra la excusa absolutoria del artículo 225 bis del Código Penal. Esta es también la opinión de la doctrina, que estima posible la aplicación del tipo de desobediencia en estos supuestos, bajo el siguiente argumento: "Si el fundamento de la exención de la responsabilidad radica en que la separación no ha sido tan prolongada como para afectar al bien jurídico […], ello no debe extenderse a otras figuras delictivas, como es el caso de la desobediencia, que tiende a la tutela de otros bienes jurídicos que sí se han visto lesionados. No ocurre lo mismo en el caso de la retención"[1232].

d) Delito de amenazas

En el momento en que se amenaza al sujeto pasivo con no entregar el menor salvo que se produzca el cumplimiento de una condición, no cabría aplicar el tipo de amenazas condicionales, sino el tipo agravado. Sin embargo, hay quien afirma que, en el momento en que la amenaza o coacción recae sobre un tercero, sí se podría aplicar el correspondiente concurso de delitos[1233].

### 3. Concurso aparente de normas penales

A pesar de que el Libro III del Código Penal fue eliminado con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 y, con ello, desaparecieron todas las faltas del Ordenamiento jurídico-penal español (salvo las que fueron transformadas en delitos leves), resulta oportuno hacer una referencia al panorama que existía con anterioridad a esta reforma, pues dos de ellas afectaban específicamente a los delitos contra las relaciones familiares. De hecho, una de ellas fue creada, como se ha visto *supra*, por dicha Ley Orgánica.

Pues bien, antes de que las faltas fueran suprimidas con carácter definitivo del Código Penal, los artículos 618 y 622 recogían conductas que, debido a su escasa entidad, no llegaban a ser constitutivas de delito, pero sí conllevaban responsabilidad penal. El segundo apartado del artículo 618[1234] (el primero es relativo a una conducta que no guarda relación con el delito de sustracción de menores, sino al abandono de familia) y el artículo 622 CP[1235], artículos que ya han sido derogados[1236], muestran relación con la figura que

[1232] LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 73.
[1233] Así, también, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., pp. 21-22.
[1234] Artículo 618.2 CP (derogado): *El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.*
[1235] Artículo 622 CP (derogado): *Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*
[1236] Justifica la LO 1/2015 tal derogación indicando que: *también se derogan el apartado 2 del artículo 618 y el artículo 622 del Código Penal sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

se viene estudiando. Para entender ambos preceptos sería conveniente revisar sus orígenes, refiriendo las Leyes de las cuales traen causa, y los motivos de su instauración.

En lo tocante al artículo 618 CP, el primer párrafo consistente en encontrar a un menor abandonado y no presentarlo ante su familia o las autoridades pertinentes existía desde el momento en que se creó el Código Penal de 1995. Por lo que respecta al segundo párrafo, que es el que interesa a los efectos del presente estudio, vino de la mano de una de las reformas más importantes operadas sobre dicho Código desde su entrada en vigor, la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

En medio de una Exposición de Motivos vastísima con motivo de la gran reforma que contenía, puede encontrarse un párrafo que hace referencia al porqué de la inclusión de este segundo párrafo en el artículo 618[1237], reflejando que se trata de dar una respuesta penal a conductas que carecen de la entidad suficiente como para ser constitutivas de delito, al tiempo que presentan cierta envergadura como para gozar de total impunidad. Con anterioridad a la entrada en el Código Penal del artículo 618.2, las conductas de incumplimiento del convenio regulador eran atajadas por medio de la falta de desobediencia establecida en el artículo 634[1238] (que también fue derogada cuando se produjo la supresión de las faltas)[1239].

En el ámbito jurisprudencial, se ha condenado por el derogado artículo 618.2, entre otros, a una madre que incumple de manera sistemática el régimen de visitas impuesto al padre al haberse trasladado a Estados Unidos con los tres hijos menores, considerando que la conducta no puede ser incardinada en el artículo 225 bis al tener atribuida la madre la custodia de los niños, de manera que el sujeto activo solo puede ser el progenitor no custodio[1240]. Por consiguiente, era un cauce alternativo para no dejar impunes los supuestos en que es el custodio el que comete la sustracción, impunidad que comenzó a

[1237] En concreto, expresa que *los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico.*

[1238] Según el artículo 634 CP, *los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.*

[1239] Así, la SAP Valencia núm. 669/2005, de 24 de noviembre, condenó al padre por una falta del artículo 622 CP y a la abuela materna por una falta del artículo 634 CP. Se trataba de una pareja separada con una hija menor, cuya guarda y custodia se atribuyó a la madre. Mientras esta cumplía condena en prisión, fueron el padre y los abuelos quienes cuidaron de la niña. El 21 de abril de 2004, familiares de la niña la recogieron del centro escolar y ya no la volvieron a llevar. Desde ese momento, la menor fue alternando y pasaba los días con su abuela materna, su padre y sus abuelos paternos. Cuando la madre salió de prisión y fue a recoger a su hija a la escuela, le informaron de que ya no estaba allí, lo que le llevó a interponer una denuncia. La Policía contactó con la abuela materna y le requirieron la entrega de la niña, pero la abuela se negó. Días más tarde, la niña fue localizada en el domicilio de los abuelos paternos y entregada a la madre. Al año siguiente el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia otorgando la guarda y custodia al padre. El Juzgado de lo Penal condenó al padre por la antigua falta del artículo 622 CP a una pena de un mes de multa y a la abuela materna por la extinta falta del artículo 634 CP, con la pena de 10 días de multa. Esta Sentencia fue apelada porque se pedía responsabilidad por delito de sustracción de menores, que el Juzgado decidió no aplicar al no tenerse la intención de separar definitivamente a la menor de la madre ni haberse atacado gravemente la relación paterno-filial, por lo que la aplicación del delito supondría un ataque al principio de proporcionalidad.

[1240] AAP Gerona núm. 440/2007, de 21 noviembre.

crecer en el momento de la derogación de la falta, pues la Jurisprudencia sigue siendo reacia a aplicar el tipo a este tipo de situaciones.

Por su parte, el artículo 622 CP fue reformado con motivo de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, no hace referencia expresa al porqué de la modificación del artículo 622, cuestión que sí ha sido tratada por la Jurisprudencia[1241].

Aunque a primera vista pueda parecer que ambos preceptos castigan las mismas conductas, una lectura más exhaustiva de ambos tipos penales demostrará que realmente se centran en conductas diferentes, al determinar conceptos distintos. De esta manera, el artículo 618.2 CP se refería a la infracción de deberes familiares establecidos en convenio, mientras que el artículo 622 CP aludía a la infracción del régimen de custodia. A pesar de esto, la diferenciación entre ambos preceptos resultaba harto complicada al resultar verdaderamente confusos los límites entre la infracción de una obligación familiar recogida en un convenio y la infracción del deber de custodia. Con el fin de otorgar un criterio razonable acerca de cuándo aplicar uno y otro, resulta interesante acudir a los criterios jurisprudenciales.

La Jurisprudencia hace hincapié en que el artículo 618.2 CP era aplicable en el caso de que lo que se incumpliera fuese el régimen de visitas, algo que podía provenir por el comportamiento del custodio o del no custodio[1242]. Por el contrario, si lo que se incumplía era el régimen de custodia, la conducta debía ser dirimida a través de la falta del artículo 622, por lo que sujeto activo en este caso solo podía ser el progenitor no custodio[1243]. Es decir, infringir el régimen de visitas e infringir el régimen de custodia son dos cosas bien distintas[1244].

---

[1241] La SAP Sevilla núm. 11/2004, de 12 de enero, indica que *la nueva redacción del artículo 622 no innova su contenido, sino que se limita a cuestiones de estilo, simplificando la descripción de las conductas típicas […] y poniendo en congruencia la subsidiariedad expresa de la falta al delito con el nuevo tipo de sustracción de menores por su progenitor, introducido por la misma L.O. 9/2002 en el artículo 225 bis del Código Penal. Pero se conserva la referencia nuclear al régimen de custodia de los hijos menores y el silencio respecto al régimen de visitas del progenitor privado de ella.*

[1242] De hecho, la SAP Sevilla núm. 11/2004, de 12 de enero, expone muy bien por qué una conducta consistente en no entregar al hijo en cumplimiento de un régimen de visitas no podía insertarse en el derogado artículo 622 CP: *porque dicha falta castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar; pero no está pensada para sancionar el simple incumplimiento concreto y delimitado del régimen de visitas que en esa resolución se haya podido establecer. [...] En otras palabras: el progenitor que se empeña en ejercer su derecho de visita un día que no le corresponde, como el que impide al otro ejercerlo el día establecido, o el que prolonga más allá de lo convenido su estancia con el hijo común no cometen la infracción que nos ocupa, pues no quebrantan la guarda y custodia del menor, aunque todos ellos incurran en un incumplimiento o contravención del régimen de visitas establecido o aprobado judicialmente.*

[1243] Así, la SAP Valencia núm. 101/2000, de 15 de febrero, condena por la antigua falta del artículo 622 CP en el caso de una pareja separada que por convenio acuerda otorgar la guarda y custodia del menor a la madre, adjudicándose al padre un régimen de visitas en fines de semanas alternos. El padre decidió recoger al menor del centro escolar en un día que no le correspondía y sin aviso ni consentimiento de la madre, de forma que cuando el tío del menor (autorizado por la madre) se presentó en el colegio para recoger al niño, se le informó de que este ya había sido recogido por el padre, que procedió a reintegrar al hijo al día siguiente a dicho centro. Fue condenado en juicio de faltas a la pena de un mes de multa, Sentencia confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia.

[1244] La Audiencia Provincial de Sevilla distingue muy bien ambos términos y así lo expresa en la Sentencia número 11/2004, de 12 de enero: *El derecho de visita es la contrapartida que, en interés del menor,*

La doctrina ha sugerido que la falta del artículo 622 CP antes de su modificación por la LO 9/2002[1245] era aplicable a supuestos de no restitución del menor cuando había finalizado el régimen de visitas o de extracción del menor de la persona que lo tiene bajo su guarda o custodia sin tener derecho a hacerlo; mientras que los casos en los que era precisamente el titular de esa guarda y custodia el que no lo entregaba a quien tenía derecho de visita, no se incluía en el tipo penal mencionado, aunque podría dar lugar a un delito (o falta por aquel entonces) de desobediencia[1246]. De cualquier manera, siempre resultaba necesario un mínimo de relevancia penal[1247].

Una vez que dicha falta se reforma, sí permitía incluir tanto los supuestos de no devolución de los hijos al término del régimen de visitas como los casos de no entrega de aquellos por parte del progenitor teniendo la obligación de hacerlo para que pueda producirse el efectivo cumplimiento del régimen de visitas y ello porque el tipo se limitaba a sancionar la infracción del régimen de custodia[1248].

Si ya el panorama resultaba complicado, con la falta de desobediencia del artículo 634 CP, el maremágnum normativo dotaba de gran confusión todas estas contravenciones a las relaciones familiares, cuyo ámbito de aplicación se producía en casos de no devolución del menor tras el disfrute del régimen de visitas[1249] o de no entrega del menor

*corresponde al cónyuge privado de la guarda y custodia de sus hijos para conservar el contacto con estos. El régimen de visitas no es una de las facultades inherentes a la guarda y custodia, sino la consecuencia de la necesaria exclusión de éstas de uno de los progenitores protagonistas de la ruptura. El cónyuge que tiene atribuida la custodia de los hijos puede infringir el régimen de visitas, pero no el de custodia, cuya infracción solo es posible, salvo supuesto anómalos, por el progenitor apartado de la convivencia con los hijos.*

[1245] Antes de la reforma, el artículo rezaba: *Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin llegar a incurrir, en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la Entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndolo cuando estuvieren obligados, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*

[1246] SERRANO TÁRRAGA, Mª. D. "Sustracción de menores", *Serta: in memoriam Alexandri Baratta* (ed. PÉREZ ÁLVAREZ, F.), Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 956-957.

[1247] La SAP Barcelona núm. 501/2011, de 5 de julio, establece que *debe tenerse en cuenta que la falta del art.622 del Código Penal no se comete, simplemente, con una desatención del mandato contenido en la sentencia. Se exige un plus de antijuridicidad en la conducta, para lo que es necesario que la prueba practicada permita afirmar que el acusado antepone sus intereses a las necesidades de compañía y presencia del padre que tienen sus hijos* […] *Los parámetros que delimitan la conducta típica serían, por tanto, por un lado el incumplimiento de una obligación impuesta en proceso matrimonial o de filiación y, por otro, que el hecho reúna la gravedad precisa y necesaria como para prever la sustracción (a modo de secuestro) del menor.*

[1248]SERRANO TÁRRAGA, Mª. D. "Sustracción de…", Ob. cit., p. 964.

[1249] Por ejemplo, una una madre fue condenada por la falta del artículo 634 CP al no entregar el niño al padre cuando era él quien poseía la guarda y custodia y ello por no haber quedado acreditado que realmente el niño se encontrase mal con su padre. La condena fue dictada por el Juzgado de Instrucción número 16 de Madrid en Sentencia de 12 de abril del año 2000 y confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia número 326/2000, de 20 de octubre.

para que este se cumpliera[1250], siempre exigiéndose los requisitos formales de la desobediencia[1251].

Por otro lado, también era necesario distinguir los supuestos en que se incurría en la falta del artículo 622 de aquellos en los que resultaba de aplicación el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis, defendiendo la Jurisprudencia que este último quedaba reservado para los casos en que el sujeto activo quisiera alterar el régimen de custodia con carácter definitivo[1252].

Con la regulación anterior, es decir, cuando existían las faltas, los casos que a juicio de los Tribunales no presentaban entidad suficiente como para constituir delito eran reconducidos a alguno de estos tres preceptos, pero actualmente esto no es posible, por lo que se pasa de una situación de gravedad suficiente para integrar una pena importante tanto de prisión como de inhabilitación para el ejercicio del derecho a la patria potestad a la total impunidad, quedando la duda de dónde encajar supuestos intermedios.

En definitiva, debe distinguirse un incumplimiento del régimen de visitas o del régimen de custodia (siempre y cuando no sea grave, en cuyo caso entraría directamente en la modalidad de retención prevista en el artículo 225 bis CP) de una verdadera sustracción, que implica, a criterio de la Jurisprudencia, intención de apoderamiento definitivo, de ruptura de relaciones entre el menor y el otro progenitor[1253].

---

[1250] La SAP Madrid núm. 230/1999, de 21 de julio, desestima el recurso de apelación interpuesto contra una resolución del Juzgado de Instrucción número 1 de Coslada de 16 de marzo de 1999 en la que se condenaba a la madre de una menor por la falta del artículo 634 CP al no haber permitido el derecho de visitas al padre. La Audiencia confirma la Sentencia con base en que, si la madre considera que esas visitas no han de tener lugar y ello debido a la negativa de la propia menor, debe instar una modificación de medidas ante el juzgado oportuno, pero no puede decidir por criterio propio si se cumple o no la resolución judicial vigente en el momento de los hechos.

[1251] Así, la SAP Vizcaya núm. 4/2000, de 11 de julio, estima el recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia condenatoria del Juzgado de Instrucción número 6 de Bilbao por la antigua falta del artículo 634 CP a un padre por no entregar a la hija cuando debía hacerlo tras la estancia durante un periodo de visitas. La Audiencia estima el recurso y absuelve al condenado por inexistencia de la orden de entrega, al entender que es necesaria al tratarse de una falta de desobediencia, de manera que, aunque existiese esa orden, comoquiera que faltaba el requerimiento personal al condenado, por lo que la conducta no puede entrar en el tipo.

[1252] La SAP Barcelona núm. 501/2011, de 5 de julio, se decanta por la aplicación de la falta y no el delito porque *el padre en ningún momento tuvo la intención de alterar el régimen judicial impuesto de guardia y custodia de su hijo menor. Advirtió a la madre de que el menor estaba en su compañía. Acudió a diversos organismos e instituciones públicas denunciando lo que el creía maltrato hacia su hijo. Y finalmente devolvió su presencia a la madre de éste. De la conducta, no se puede desprender como pretende la recurrente una gravedad dirigida a alterar de modo estable y definitivo el régimen de guarda y custodia del menor. Casi hasta podría hablarse de un estado de necesidad putativo al actuar el padre del menor en la creencia errónea de que su hijo sufría un peligro de agresión (no solo física sino también sexual) en caso de que el mismo continuara con la madre. Mas en todo caso, no pretendió sustraer al menor (abarcarlo solo para sí y por siempre) sino que de lo que se preocupó el padre del menor fue de conseguir que el mismo fuera debidamente examinado a fin de asegurarse la inexistencia de lesiones y de maltrato hacia su hijo. Dicha conducta, lejos de pretender la sustracción del menor, fue orientada a su protección, si bien es cierto que lo hizo apartándose de las formas legales y por ende violando el precepto por el que ha sido condenado (la falta del artículo 622 del Código Penal).*

[1253] De esta opinión, la SAP Barcelona núm. 220/2007, de 15 de marzo, en la que un padre vulnera el régimen de visitas que tenía atribuido extendiéndolo más tiempo del debido, pero el Tribunal considera que la falta del elemento subjetivo del autor de apoderarse definitivamente del menor hacía inexistente el delito, motivo por el cual anula la Sentencia de instancia que condenaba por el artículo 225 bis CP y condena por la falta del artículo 622 CP. En este caso, el padre recoge a la menor del colegio un 22 de junio (cuando le correspondía tenerla en agosto) y la devuelve a primeros de agosto. A pesar del prolongado plazo de tiempo

Actualmente, comoquiera que las faltas han desaparecido y que la falta tipificada en el artículo 622 CP no ha sido transformada en delito leve (al contrario que muchas otras), este tipo de supuestos quedarían impunes o excesivamente castigados. La antigua falta se podía aplicar cuando no se devolvía al menor en el momento oportuno o cuando se desarrollaba una visita en un momento que no correspondía o no se permitía aquella. Actualmente, ha desaparecido la falta y no existe delito leve equiparable. Esto ha de valorarse muy negativamente, dado que ahora todo se redirige al delito de sustracción y las penas son muy graves, dando entrada a un amplio margen de conductas.

Cuando se creó el delito, al mismo tiempo se elaboró una falta que diera cobertura a otras conductas menos graves que quedaran al margen del delito por falta de gravedad. Con la despenalización de las faltas, nos hemos quedado sin mecanismos de graduación, por lo que todo lo que pueda entrar en el tipo lo hará, pese a las graves penas previstas. Por eso, habría sido del todo acertado que el legislador hubiese introducido un tipo nuevo para cubrir conductas de escasa entidad que ahora pasan a estar excesivamente castigadas.

Este parece ser también el sentir doctrinal, criticando esa desaparición con base en la existencia de conductas no lo suficientemente graves como para integrarse en el delito del art. 225 bis CP ni tampoco lo suficientemente leves como para no ser merecedoras de una respuesta penal, por lo que se ha dejado al juzgador sin alternativa, pudiendo solamente aplicar el delito de sustracción (con la gravedad de su pena) o dejar la conducta impune[1254]. En cualquier caso, en vista de la gravedad de las penas, debe reservarse la aplicación del tipo para comportamientos de cierta entidad.

## II. CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD

### 1. Cómputo de plazos

La duración de la sustracción no comienza a contar desde el momento en que el menor es trasladado o retenido, sino desde que se interpone la denuncia, configurándose esta como requisito de perseguibilidad[1255]. De esta forma, se configura como un delito semiprivado en el que es necesaria la presencia de la denuncia, no para la existencia del delito, que sigue existiendo a pesar de que aquella no se presente, sino para poder proceder contra él[1256].

---

que tarda el padre en devolver a la menor, no se llega a concebir la existencia de delito puesto que dicho plazo se corresponde con el periodo vacacional. Así, la Audiencia, tras aludir a que de la gravedad de las penas previstas para el delito de sustracción de menores debe inferirse que el precepto se aplicará solo en los casos más graves, absuelve al progenitor del delito y lo condena por una simple falta bajo la siguiente fundamentación: *De estos hechos se deriva una intención de alterar el régimen de visitas, de prescindir de lo establecido en el convenio y de cumplir el derecho de visitas en las vacaciones del verano de la manera que mejor le convenía al acusado, con absoluto desprecio al mandato judicial, sin duda, y también a los intereses de las demás partes implicadas, la menor y su madre, pero, ello no supone la sustracción que describe el verbo nuclear del tipo* [...] *En este caso, la menor, ciertamente, es trasladada desde su domicilio y entorno habitual, pero lo es durante el periodo de vacaciones, por lo que no se le ha ocasionado perjuicio en el ámbito escolar y permanece en casa de sus tíos, lugar donde la niña está bien y el ambiente le es familiar* [...] *Por ello, estimamos que la conducta realizada por el acusado debe subsumirse en el artículo 622.*

[1254] DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de…", Ob. cit., p. 7.

[1255] En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 67.

[1256] En contra y defendiendo que se trata de un delito perseguible de oficio, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 18 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. 308.

Esta coletilla final del apartado cuarto del artículo 225 bis CP, relativa al cómputo de plazos, ha planteado un debate doctrinal, no solo acerca de si debe ser considerada como un requisito de procedibilidad, sino también acerca de cómo ha de ser interpretada. Parte de la doctrina muestra su oposición al criterio del cómputo de plazos a partir de la interposición de la denuncia, al afirmar que no se entiende "por qué ha de partirse de una fecha, la de la denuncia, que el autor del delito puede desconocer"[1257].

Puede parecer que este criterio perjudica al sujeto activo al desconocerse desde cuándo comienzan a contar las veinticuatro horas para restituir al menor quedando exento de pena. Empero, la exigencia de la interposición de una denuncia para comenzar a computar el plazo juega en contra del bien jurídico protegido y del menor, cuyos intereses pueden verse mermados cuanto más tiempo se dilate la conducta en el tiempo. En todo caso, el sujeto activo no se vería perjudicado por el cómputo, antes al contrario, resulta beneficiado, pues en la práctica contará con más tiempo para entregar al menor, pudiendo disfrutar de la exención de pena, toda vez que el plazo no comienza a computarse hasta la interposición de la denuncia, si bien esta no se plantea inmediatamente después de producida la sustracción, sino que, por regla general, el sujeto pasivo esperará un tiempo prudencial hasta que quede verificado que no se trata de un simple retraso, sino de una verdadera sustracción, momento en el cual decidirá si y cuándo interponer la denuncia, con la consiguiente ventaja temporal para el sujeto activo.

El establecimiento de este requisito de procedibilidad resulta completamente acertado. Si el delito de sustracción de menores fuese un delito público, cada vez que se produjera este tipo de situaciones, los mecanismos judiciales deberían ponerse en marcha forzosamente. Esto implicaría que, una vez producida la sustracción, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial oportuna deberían iniciar el proceso penal inmediatamente después de haber obtenido la *notitia criminis*.

Sin embargo, se debe ser consecuente con la naturaleza del tipo de sustracción de menores y tener en cuenta que es una conducta que se produce por parte de un familiar en el seno de una relación familiar, por lo que puede ocurrir perfectamente que este tipo de conductas sean atajadas y, no cabe la menor duda de que incluso de forma mucho más contundente, por el propio núcleo familiar. También es posible que el progenitor afectado no desee acudir a la vía penal y se conforme con la vía civil o decida intentar algún otro tipo de solución previa al inicio de un proceso penal (por ejemplo, la mediación familiar) y está en todo en su derecho, dado el desgaste personal, psicológico y económico que provocan este tipo de procesos. Siendo así las cosas, es acertado que el legislador haya encontrado una vía (la imposición de un requisito de perseguibilidad) que supone otorgar al progenitor afectado la llave para abrir, si lo desea, la puerta a la vía penal o, en caso contrario, mantenerla cerrada (con los inevitables perjuicios que esto puede ocasionar en lo relativo a denuncias falsas y a la instrumentalización de la justicia penal), teniendo siempre en consideración que el progenitor afectado que en un primer momento no deseó interponer una denuncia con la intención de evitar el proceso penal, puede en cualquier momento proceder a tal interposición si cambia de idea o, simplemente, si sus intentos para evitar el proceso devienen nulos.

En este sentido se pronuncia también la doctrina cuando expresa la siguiente idea: "Puede darse el caso, que no será infrecuente, de que el menor se encuentre con uno de

[1257] MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal…,* Ob. cit., p. 815.

los progenitores sin consentimiento del otro, pero conociendo que el menor está en su compañía, y se decida intentar una solución del conflicto en un ámbito distinto del penal"[1258].

El tipo deja claro que es suficiente con que se haya interpuesto la denuncia, sin que sea necesario esperar a su admisión a trámite[1259]. A pesar de que esto entraña el riesgo de proliferación de denuncias falsas de sustracción de menores, con el subsiguiente posible colapso de los Juzgados y Tribunales, en caso de que se presente una denuncia falsa, no solo el hecho no será objeto de responsabilidad penal, sino que, asimismo, el sujeto denunciado tiene, a su vez, derecho a interponer una denuncia por un delito de acusación y denuncia falsa tipificado en el artículo 456 CP contra la persona que lo denunció sabiendo que los hechos eran falsos, por lo que esto no debe verse como un obstáculo[1260].

Exigir que la denuncia se admita a trámite para que comience el cómputo del plazo es excesivo. Se sabe que los mecanismos judiciales se pondrán en marcha una vez que se haya interpuesto la denuncia, lo que implica que, mientras que aquella no se interponga, el delito puede prolongarse en el tiempo, pudiendo el sujeto ampararse en la causa de exclusión de la pena al no haberse iniciado el plazo de veinticuatro horas[1261]. Si, además, se añade el requisito de que esa denuncia sea admitida a trámite[1262], puede dilatarse demasiado el proceso, sobre todo teniendo en cuenta que el tiempo en estos casos es un fuerte enemigo, especialmente cuando el sustractor planea sacar al menor fuera del país, pues dichos supuestos presentan una mayor complejidad al tiempo que disminuyen las posibilidades de retorno.

Por otra parte, exigir que la denuncia sea admitida a trámite para descartar supuestos falsos no sería necesario porque, si efectivamente se tratase de una acusación falsa, el proceso contra ese delito se paralizaría y cabría la posibilidad de interponer contra el denunciante inicial una denuncia por acusación y denuncia falsa, como ocurre con cualquier otro supuesto en el que se denuncia un delito falso.

Finalmente, cabe destacar que el tipo no distingue quién puede presentar la denuncia, entendiéndose que no existe restricción de sujetos al respecto, a diferencia de lo que sucede en Italia, donde la sustracción de menores solo será perseguida si los padres o el tutor se querellan.

### 2. Ausencia de denuncia

Queda también por analizar lo que ocurre de no interponerse denuncia. Tampoco es pacífico el criterio doctrinal en este sentido y a continuación se verá que existen distintas interpretaciones. Con todo, la no interposición de la denuncia en nada afecta a la existencia del delito. Lo que sucede es que el tipo será de imposible aplicación porque se exige para la perseguibilidad del mismo un elemento que se encuentra ausente. El delito continúa existiendo pero no puede ser perseguido. No comienza a computarse el plazo

[1258] En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 67.
[1259] ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción…,* Ob. cit., p. 75.
[1260] En el mismo sentido, LLORIA GARCÍA, P. "La regulación penal…", Ob. cit., p. 68.
[1261] También defiende la idea de que el sustractor puede ampararse indefinidamente en la causa de exclusión de la pena mientras no se interponga denuncia DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El nuevo delito de…", Ob. cit., p. p. 309.
[1262] Como, por ejemplo, estima DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Ibídem*, p. 308.

que marcará el encuadre de la conducta en el tipo básico, agravado, atenuado o en la causa de exclusión de la pena. Sin embargo, no se sostienen aquellas posturas que afirman que si no existe denuncia tampoco existe el delito, independientemente del momento de la devolución[1263] y ello porque el hecho de que aquella no se interponga no borra lo acontecido antes, no elimina la tipicidad de la conducta. Lo único que ocurre es que aquella no puede ser perseguida hasta tanto no se cumpla con el requisito procesal recogido en el tipo.

Según esta teoría, el hecho de que el tipo establezca que los plazos han de computarse desde el momento de la interposición de la denuncia, informa de que es necesario que esta exista para la propia existencia del delito. De manera que puede decirse que sin denuncia no hay delito, si bien, aun cuando exista la denuncia, puede no existir el delito (si la conducta es atípica, está justificada, etc.). En definitiva, si no se interpone denuncia, la sustracción no da comienzo penalmente hablando, lo que impediría la apreciación de la figura delictiva.

En contra de esta idea se pronuncia otro sector doctrinal, que estima que la falta de denuncia elimina la aplicación de la atenuante, no así del delito: "Si no se interpone denuncia, en principio no podría aplicarse la atenuante, pues no existe día de comienzo del cómputo de la detención"[1264]. En consonancia con esta hipótesis, OLMEDO CARDENETE considera que la interposición de la denuncia sirve para computar los plazos de cara a la aplicación de la excusa absolutoria o del tipo atenuado previstos en el cuarto apartado del artículo 225 bis CP, teniendo en cuenta que el delito se consumaría en el mismo momento en que se produce la sustracción y con independencia de si se interpone denuncia o no[1265].

Esta es la mejor interpretación del precepto. El hecho de que no se interponga denuncia no borra la existencia del delito, lo único que ocurriría es que no se perseguiría porque el legislador ha considerado más oportuno dejar en manos de la persona afectada (que será quien normalmente la interponga) la decisión de proceder o no penalmente contra el acto de sustracción. El delito queda consumado en el momento en que el menor llega a ser trasladado o cuando se retiene en incumplimiento grave de una resolución. La denuncia no afecta a la consumación, son dos líneas paralelas. Ahora bien, como criterio objetivo, se ha fijado la fecha de la interposición de la denuncia para el cómputo de plazos y así será mucho más sencillo calcular el tiempo de la sustracción al objeto de comprobar si la conducta se integra en la excusa absolutoria, el tipo privilegiado o el tipo básico.

## III. ASPECTOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

En el ámbito civil, existen distintos mecanismos que tratan de evitar la comisión del delito de sustracción de menores. Así, el artículo 103 CC constituye un intento directo de evitar la perpetración de esta figura delictiva, permitiendo la adopción de medidas tales como la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial previa; la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo; y el sometimiento a autorización judicial cualquier cambio de domicilio del menor.

---

[1263] SERRANO GÓMEZ, A. - SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte especial,* 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 338.
[1264] SERRANO TÁRRAGA, Mª D. *Curso de Derecho….* Ob. cit., p. 274.
[1265] OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal…,* Ob. cit., pp. 420-421.

Este artículo, cuyo contenido es reproducido de nuevo en el artículo 158 CP, pone de manifiesto la intención del Ordenamiento jurídico de considerar el Derecho Penal como *ultima ratio*, en tanto tratan de establecerse instrumentos previos que impidan la realización de la conducta delictiva y, por consiguiente, eviten la apertura del proceso penal, si bien puede apreciarse que son mecanismos orientados más bien a evitar la salida del menor de las fronteras españolas, siendo que una sustracción parental puede producirse también en el propio territorio nacional. Sin embargo, con estos mecanismos se dificulta la labor del progenitor que trata de huir del país en compañía de su hijo menor de manera ilícita, pues una vez el menor sale del país, el proceso de retorno presenta una dificultad mucho mayor que si permanece dentro del mismo.

Por otra parte, el mencionado precepto, deja la puerta abierta a la adopción de una guarda administrativa por disposición judicial para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en el entorno familiar o frente a terceros. Esta cláusula genérica hace mención a un peligro sin determinar, lo que hace que pueda encajar el peligro de sustracción[1266].

El artículo 158 CC establece una serie de medidas cautelares *numerus apertus,* por lo que hay sectores doctrinales que han propuesto algunas otras que se encuentran orientadas asimismo a proteger al menor del riesgo de ser sustraído, como la investigación al progenitor que se sospecha que planea una sustracción acerca de si ha adquirido pasajes de avión para un país extranjero en fechas coincidentes con el derecho de comunicación[1267].

Con respecto a la adopción de las medidas cautelares previstas tanto en el artículo 103 como en el artículo 158 CC (el primero con ocasión de la regulación de los procesos matrimoniales y el segundo con independencia de estos), la Circular de la Fiscalía General del Estado número 6/2015, sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores indica las condiciones que han de cumplirse para que puedan ser adoptadas. Así pues, el progenitor que las solicita debe acreditar que posee capacidad para decidir acerca del lugar de residencia del menor (facultad que, como se ha visto anteriormente, no solo se posee cuando se tiene atribuida la guarda y custodia, sino que basta con disfrutar del ejercicio de la patria potestad) y que existe un riesgo de sustracción para el menor. Por otra parte, el Ministerio Público se refiere a que realmente las medidas que se prevén para evitar ese riesgo no conculcan el principio de proporcionalidad, dado que no suponen vulneración alguna para los derechos del progenitor ni implican sacrificio alguno, simplemente se encuentran orientadas a dificultar la posibilidad de comisión de la sustracción[1268].

En cuanto a la relación existente entre el papel que juega la Administración a la hora de proteger a los menores de edad y las medidas que el Código Civil concibe en aras de evitar un caso de sustracción parental, se ha puesto de manifiesto la escasa cooperación existente entre ambas ramas y la imposibilidad de que ambas luchen conjuntamente para

[1266] Así ha sido interpretado por MARZAL RAGA, R. "La Administración ante…", Ob. cit., p. 167.
[1267] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Tratado de Derecho de la Familia*…, Ob. cit., p. 93.
[1268] Según la Circular, *quien impetra estas medidas debe acreditar que concurre el fumus boni iuris (derecho a decidir en cuanto al domicilio del hijo) y el periculum in mora (indicios de que se puede producir una sustracción). No obstante, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad debe tenerse presente que algunas de las medidas previstas en el art 158 CC para conjurar el riesgo de sustracción no suponen ningún sacrificio para el destinatario, y simplemente implican poner trabas a la eventual realización de un acto antijurídico.*

proteger el interés superior del menor por medio de la siguiente idea: "En primer lugar, las medidas dispuestas en el artículo 103 CC solo podrán adoptarse en el seno de un procedimiento matrimonial, circunstancia que sin duda limita la operatividad del precepto. Y aunque mayores posibilidades ofrece el artículo 158 CC, pues las medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso, la Administración carece de legitimación para instarlas si no es a través del Ministerio Fiscal (o del propio menor o un pariente). La urgencia e imprevisión que caracteriza los supuestos de sustracción parental, podría limitar la efectividad de las medidas al obligar a la Administración que ha evaluado correctamente el riesgo, a acudir al Ministerio Fiscal para que sea este quien inste, en su caso, tales medidas. Por otra parte, queda huérfana de relación la situación que se produce cuando se hubiere atribuido la tutela o guarda administrativa a la Entidad pública, en cuyo caso tampoco se encuentra legitimada la Administración para interesar la adopción judicial de las medidas apuntadas, debiendo acudir igualmente al Ministerio Fiscal"[1269].

Efectivamente, el artículo 158 CC (que reproduce las medidas previstas en el artículo 103), si bien presenta mayor flexibilidad en tanto se pueden aplicar a cualquier menor y con independencia del tipo de proceso en cuestión (el precepto se refiere a cualquier proceso civil o penal o a un expediente de jurisdicción voluntaria), constituye una muy buena arma para el orden civil pero no así para la Administración, en vista de que carece de legitimación propia para la adopción de tales medidas. Para el caso de que la Administración considere necesaria la imposición de alguna o varias de las medidas en dicho precepto, debe acudir al Ministerio Fiscal para que sea este quien las inste. Dada la necesidad de actuar con gran celeridad ante un posible riesgo de sustracción de menores, el hecho de que la Administración deba acudir al Ministerio Fiscal para que este promueva las actuaciones pertinentes conlleva forzosamente el transcurso de un plazo de tiempo con el que es muy posible que no se cuente. El precepto sería más eficaz si la Administración pudiera saltarse el paso de la solicitud al Ministerio Fiscal y proceder a la adopción de las medidas por sí misma (aunque posteriormente deban ser ratificadas por una autoridad judicial competente), proporcionando de esta manera una protección efectiva y automática al menor.

## IV. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

El artículo 130 CP señala cuáles son las causas de extinción de la responsabilidad penal: muerte del reo; cumplimiento de la condena; remisión definitiva de la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 87.1 y 2 del mismo Código (supuestos de suspensión de la pena); indulto; perdón del ofendido; prescripción del delito y prescripción de la pena.

La doctrina apunta que las causas de extinción de la responsabilidad criminal no extinguen ni niegan el delito, sino que se proyectan sobre la pena, dejando intacta la punibilidad, consistiendo en supuestos en que el Estado renuncia al ejercicio de la potestad punitiva al haberse cumplido ya la pena o porque esta ya no puede cumplirse, porque la víctima ha perdonado al autor en aquellos casos en que se otorga valor al perdón del ofendido o por razones de justicia material en los casos de indulto o prescripción del delito o de la pena[1270].

[1269] MARZAL RAGA, R. "La Administración ante…", Ob. cit., pp. 169-170.
[1270] FARALDO CABANA, P. *Las causas de…,* Ob. cit., pp. 93-94.

Si el sustractor de menores pierde la vida antes del cumplimiento de la condena, no podrá pagar su deuda con el Estado, será imposible. Recuérdese que el sujeto activo no solo era el padre o la madre del menor, sino también los ascendientes de este y los parientes de aquellos de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si por cualquier causa, el autor fallece, se extingue automáticamente la responsabilidad criminal en que hubiese podido incurrir.

Por el contrario, si el sujeto es condenado a la pena de prisión o de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad, según si se aplica la pena del tipo básico, del tipo agravado o del tipo atenuado, una vez que esa sanción se cumple, el sustractor ha pagado la deuda que tenía con el Estado, con la sociedad, y ello determinaría la extinción de la responsabilidad criminal.

En supuestos de suspensión[1271], el término del plazo de suspensión determina la remisión definitiva de la condena, permitiendo el Código Penal la suspensión de las penas de prisión si se cumplen una serie de requisitos (artículo 80), principalmente se pueden suspender las penas no superiores a dos años de prisión en delincuentes primarios o personas sin antecedentes (o ya cancelados) que hayan satisfecho la responsabilidad civil y el decomiso[1272]. Resulta importante destacar que, cuando el delito cuya pena va a suspenderse es semiprivado o privado, quiere decirse, se persigue previa denuncia o querella, es necesario oír al ofendido con carácter previo a la suspensión[1273]. Así, debe oírse a la persona a la que corresponda el cuidado de aquel en el momento de la sustracción antes de proceder a la suspensión, la persona cuyos derechos de responsabilidad parental o tutela se hayan visto afectados por la conducta.

En el caso del delito de sustracción de menores, deben realizarse algunas puntualizaciones. En primer lugar, es posible suspender la pena siempre y cuando el sujeto sea condenado por el tipo básico a la pena mínima (es decir, dos años), pues ese es el plazo máximo de condena cuya ejecución puede ser suspendida, si bien con ciertos requisitos es posible incluso suspender una pena que supere el plazo de duración indicado, siempre atendiendo a ciertos requisitos, fundamentalmente el esfuerzo por reparar el daño[1274].

Si, por el contrario, el sujeto resulta castigado por el tipo privilegiado, la pena sería de entre seis meses y dos años de prisión, lo cual permitiría la suspensión de la condena si se cumplen los requisitos para ello. Todo esto sería para el supuesto de que el autor no vea modificada la condena por circunstancias modificativas de la responsabilidad que obliguen a rebajar o agravar la condena, en cuyo caso habrá que atenerse al caso concreto para revisar si se cumplen o no las condiciones de la suspensión.

---

[1271] Para un estudio más detallado sobre la suspensión de la ejecución de la pena, véase FERNÁNDEZ PANTOJA, P. "Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, MORILLAS CUEVA, L. (dir)., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 193 y ss.

[1272] Esto es lo que cabe extraer de los dos primeros apartados del artículo 80 CP.

[1273] Artículo 80.6 CP.

[1274] Excepcionalmente cabe suspender la ejecución de las penas aun cuando no se cumplan la condición de delincuencia por primera vez o del plazo de dos años, para reos no habituales, con penas de menos de cinco años de duración si ello es aconsejable, fundamentalmente debido al esfuerzo del sujeto por reparar el daño causado (artículo 80.5 CP). Además, es posible suspender cualquier pena si se realiza con motivo de que el sujeto se encuentra aquejado de una enfermedad muy grave o padecimientos incurables, salvo que ya se hubiese suspendido otra pena por ese mismo motivo (artículo 80.4 CP).

En lo que al perdón del ofendido se refiere, esta causa de extinción de la responsabilidad criminal no presenta relevancia alguna en el delito de sustracción de menores porque el perdón del ofendido no se encuentra previsto para este hecho típico. De ahí que un sustractor de menores nunca vaya a ver extinguida su responsabilidad penal a causa del perdón del menor o del progenitor o la persona a quien correspondiese el cuidado de aquel.

La prescripción, tanto del delito como de la pena, tampoco afectan ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad ni a la punibilidad de la conducta. El delito ha prescrito o, en su caso, la pena impuesta por el delito es la que ha prescrito. En ambos casos, el delito sigue existiendo, la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad se encuentran presentes. En el caso de la prescripción del delito, la antijuridicidad está clara (salvo posible causa de justificación), aunque la culpabilidad solo puede presumirse porque, si el delito prescribe, puede que no se haya determinado en el proceso judicial correspondiente si el sujeto que lo cometió era culpable o no. En condiciones normales, se presume que sí existe esa culpabilidad y, por supuesto, la punibilidad se mantiene. Sin embargo, razones de justicia material, el hecho de que un Derecho penal moderno no puede convertirse en una espada de Damocles dispuesta a caer sobre el ciudadano en cualquier momento de su existencia desde la comisión del delito, ha conllevado que se determinen ciertos plazos de tiempo transcurridos los cuales, dicho delito ya no podrá suscitar responsabilidad penal[1275].

El delito de sustracción de menores prevé una pena de prisión de hasta cuatro años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad por tiempo de hasta diez años en su tipo básico, mientras que el tipo privilegiado reduce la pena a prisión de hasta dos años. Esto nos conduce al artículo 131 CP, que señala un tiempo de prescripción de diez años. Esta franja temporal se aplica cuando el delito está sancionado con una pena privativa de libertad o de inhabilitación de entre cinco y diez años. Tanto el tipo básico como el privilegiado cumplen ambas condiciones, de suerte que este delito, sea cual sea la modalidad que se realice, prescribirá a los diez años.

Para saber en qué momento debe empezar a computar ese plazo de diez años, debe acudirse al artículo 132 CP. En general, el cómputo del plazo se inicia cuando se comete la infracción punible. Sin embargo, el delito de sustracción de menores es un delito permanente, se sigue consumando en el tiempo hasta tanto se pone fin a la situación ilícita. Pues bien, será en este momento, cuando cesa esa situación, cuando comenzará a contar el plazo de diez años que se requiere para la prescripción[1276].

Como muy razonablemente concluye la doctrina, penar antes de tiempo una conducta que aún no ha sido tipificada lesiona el principio de irretroactividad de las normas penales no favorables pero, penar tardíamente una conducta aun cuando fuese típica en el momento de su comisión, si ya está prescrita, constituiría una modalidad de ultra actividad de las normas penales que no es compatible con el principio de legalidad y otras garantías incorporadas en el artículo 25 CE[1277].

[1275] En línea similar, HUERTA TOCILDO, S. "A vueltas con la prescripción penal", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 518-519.
[1276] Así también, STERN BRIONES, E. "La sustracción parental…", Ob. cit., p. 22.
[1277] HUERTA TOCILDO, S. "A vueltas con…", Ob. cit., p. 528.

Por su parte, la prescripción de la pena sí que claramente engloba supuestos de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. En este caso y, a diferencia de lo que acontecía con la prescripción del delito, el sujeto ha pasado por el proceso penal correspondiente y en el mismo ha quedado establecida la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta. Además, ello ha motivado que el sujeto haya sido penado con una sanción concreta, lo que determina que tampoco la punibilidad se haya visto afectada. No obstante, por el motivo que sea, la pena nunca llegó a ejecutarse y el paso del tiempo juega en contra del cumplimiento, de forma que si se alcanza el periodo de prescripción, por mucho que el individuo ya haya sido condenado y que, por consiguiente, se haya demostrado que actuó de manera antijurídica, que era culpable y que, por tanto, la conducta debería quedar sujeta a una pena concreta, la misma no va a cumplirse.

Por cuanto respecta al delito de sustracción de menores, salvo que concurra alguna causa que invite a subir o baja la pena en grado, el juzgador se moverá en un ámbito de entre seis meses y cuatro años de prisión, dependiendo del tipo penal aplicable. El artículo 33 CP establece que son penas menos graves las que oscilan entre los tres meses y los cinco años. Como puede comprobarse, tanto el tipo básico como el tipo agravado se integran en ese plazo. Sin embargo, en relación con la inhabilitación especial, el plazo de la pena puede ir de cuatro a diez años de prisión, lo cual implica el salto a una pena grave, debiendo el delito considerarse grave por mandato del artículo 13.4 CP. Los plazos de prescripción de las distintas penas se encuentran recogidos en el artículo 133 CP, periodo que comienza a contar desde el momento en que recae sentencia firme o se quebranta condena, en el caso de que esta hubiese llegado a cumplirse, de acuerdo con el artículo 134 CP.

# CAPÍTULO SEXTO. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN OTROS PAÍSES

## I. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN ITALIA

### 1. Los delitos contra la familia. El origen del delito de sustracción de menores

Italia, como cualquier otro país, sufre el problema de la sustracción parental de menores, que en este país posee unas características muy concretas: las sustracciones suelen ocurrir en casi el 50% antes de que se dicte una resolución judicial acerca de la custodia del menor; en su mayoría, el sustractor oscila entre los 30 y los 39 años de edad; el sustractor suele pertenecer a un nivel socioeconómico bajo y no suele haber cometido ningún otro delito anteriormente; la sustracción suele obedecer al amor hacia el menor o a un deseo de venganza contra la ex pareja; los niños sustraídos suelen tener entre cero y cinco años de edad; la sustracción suele producirse durante el fin de semana o las vacaciones, alargando el derecho de visitas; cuando la sustracción es internacional, se suele trasladar al niño al país de origen del sustractor; en el 94% de los casos, el menor retorna[1278].

Al igual que en el sistema penal español, el delito de sustracción de menores italiano se ubica dentro del Título XI del Libro II, dedicado a los delitos contra la familia. En concreto, se encuentra tipificado en el Capítulo IV, denominado "De los delitos contra la asistencia familiar" en los artículos 573, 574 y 574 bis del Texto punitivo italiano, si bien la regulación que contiene es muy distinta a la española. La primera diferencia que puede encontrarse es que el Código italiano sí se refiere directamente a los delitos contra la familia, siendo que el Código español recoge delitos no contra la familia, sino contra las relaciones familiares.

Sin embargo, como expresa la doctrina, la tutela penal no protege a la familia como grupo, entendida en el sentido Constitucional y en el nuevo Derecho de familia, como formación social que favorece la libre y plena explicación de la persona humana y menos aún en el sentido tradicional patriarcal-autoritario; los intereses del grupo se protegen solo indirectamente, siendo que el delito de sustracción de menores protege ese derecho a la no interferencia que tienen los padres, externo a la familia, de su función parental, ejercida en beneficio del menor[1279].

Como se ha dicho, el delito de sustracción de menores se inserta dentro del Título dedicado a los delitos contra la familia. También la doctrina italiana advierte la complejidad de aportar un concepto de familia desde un punto de vista jurídico, en tanto algunos ponen el acento en la existencia de un vínculo de consanguinidad, otros en la convivencia y otros estiman que la familia es el núcleo social donde se entremezclan los elementos anteriormente expresados[1280].

---

[1278] REDOGLIA, E. "La sottrazione di minori nei casi di separazione e divorzio", *Psicologia e Giustizia,* año 3, núm. 1, 2002, pp. 15-19.
[1279] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del reato di sottrazione consensuale di minorenni", *Cassazione Penale*, año 17, 1977, p. 620.
[1280] TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato...,* Ob. cit., p. 925.

De hecho, los penalistas se han esforzado durante mucho tiempo para encontrar una definición satisfactoria de familia, una definición que pudiera adaptarse a las distintas variantes delictivas recogidas en el Título y para aclarar la fisonomía del bien jurídico relevante en la materia, sin éxito, por lo que este problema continúa existiendo, si bien puede afirmarse que el Código Rocco tenía en mente una clara imagen de la familia como familia legítima, conyugal y parental, basada en el matrimonio[1281].

El Código Civil ofrece un cuadro completo de las relaciones jurídicas entre personas ligadas por un vínculo de parentesco, de matrimonio o de afinidad, al igual que de otras relaciones que, como la adopción, la tutela, la curatela y la filiación, radican o inciden en particulares situaciones familiares, pero no incluye un concepto propiamente dicho de familia[1282]. Lo cierto es que, incluso aunque el Código Civil aportase un concepto de familia, en Derecho penal debería estar sujeta a posibles interpretaciones acordes con esta rama jurídica[1283].

A pesar de la existencia del Título XI, existen muchos otros preceptos dispersos por el Código que se refieren a la familia, por lo que se trata de una consideración transversal a lo largo de toda esa normativa, aunque según las exigencias, el legislador puede dispensar particular importancia a ciertas relaciones familiares sobre otras, lo que confirma la posibilidad de poder hablar de tutela penal de la familia[1284].

Algún sector doctrinal, negando que la familia sea el objeto específico de tutela del Derecho penal, asume que el interés protegido por el conjunto de delitos del Título reside en las relaciones familiares, quiere decirse, en el conjunto de obligaciones y deberes que nacen en ellas y que obligan a los titulares de las mismas[1285]. En este sentido, esta opinión se acerca bastante al Título español dedicado a los delitos contra las relaciones familiares, donde lo que se protege no es la familia, sino esos derechos y deberes que surgen con ocasión de esta.

En este sentido, las normas jurídico-penales no parecen hacer consideración a las relaciones entre cónyuges, a las relaciones de filiación, de patria potestad, de afinidad o de adopción, sino que, en contextos particulares, aparecen relevantes la convivencia y la custodia por razones de educación, vigilancia, etc.; de modo que las relaciones parentales no es que sean relevantes por sí mismas, sino que son la fuente de origen a cuestiones de vida en común, relaciones psicológicas entre los sujetos activos y pasivos, de forma que, según los casos, el delito pueda quedar agravado, atenuado o, incluso, excluido[1286].

Esto realmente forma parte de un proceso evolutivo, pues el Código Zanardelli[1287], en consonancia con la concepción liberal imperante en su época, se preocupaba de tutelar

---

[1281] CADOPPI, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S. MANNA, A. PAPA, M.), vol. VI, UTET, Milanofiori, 2009, p. 270.
[1282] PATERNITI, C. *La famiglia nel diritto penale,* Giuffrè Editore, Milán, 1970, p. 6.
[1283] *Ibídem*, p. 5.
[1284] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P. *Elementi di Diritto penale. Parte Especiale*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2016, p. 317.
[1285] PISAPIA, D. *Delitti contro la famiglia,* Unione Tipográdico-Editrice Torinese, Torino, 1953, p. 221.
[1286] MARINI, G., LA MONICA, M. y MAZZA, L. *Commentario al Codice Penale,* tomo III, UTET, 2002, p. 2640.
[1287] A propósito de este Código, indica PISAPIA, D., que el principal problema que se encontraron los compiladores del mismo era, de un lado, el hecho de reprimir severamente los hechos de los cuales se pudiera derivar para la familia un daño evidente y apreciable y, de otro, el intento de no invadir el campo

los intereses individuales de los distintos miembros que componían la familia; el Código Rocco, por el contrario, adopta una concepción patriarcal de la familia y la valora como sujeto colectivo con intereses jurídicos distintos de los individuales[1288].

En el Ordenamiento jurídico-penal italiano, no existe ninguna norma general que defina de manera unitaria, a efectos penales, las relaciones familiares, sino que el Código Penal se refiere a las relaciones familiares a través de concepciones recabadas del Derecho civil o mediante conceptos puramente autónomos[1289].

Así, el artículo 29 de la Constitución italiana afirma que la familia es la sociedad natural fundada sobre el matrimonio, entendiéndose que la sociedad natural en ningún momento puede referirse a una persona jurídica y, por ende, se excluye el pensamiento de que la familia pueda llegar a recibir un tratamiento de persona jurídica[1290].

Puede considerarse que la familia es un grupo social caracterizado eventualmente por la convivencia y/o vínculos patrimoniales que normalmente tiende a la reproducción y/o a la cooperación económica y/o al mantenimiento y satisfacción de intereses afectivos y/o espirituales[1291]. Se trata de un grupo de personas unidas por un vínculo jurídico de parentesco o de afinidad[1292]. En cuanto organización, no se caracteriza por ser una simple serie de relaciones, sino que conforma un verdadero Ordenamiento jurídico, tanto que el Derecho de familia puede considerarse un Ordenamiento autónomo[1293]. La familia constituye para el Ordenamiento jurídico uno de los ámbitos fundamentales de la vida relacional porque, como sociedad intermedia entre el individuo y el Estado, es el lugar en el que se desarrolla la persona[1294]. Se presenta desde antiguo como un núcleo social con funciones más bien sociales que familiares, destinado a proveer las necesidades de sus miembros[1295].

La doctrina percibe tres tipos distintos de familia en el Código Penal italiano: el modelo público-autoritario, constitucionalmente superado, en el cual, sin integrar la familia en el Derecho Público, que gira en torno a la sujeción de intereses de natualeza pública, presenta un modelo de estructura jerárquica; otro reconducible al modelo personal-individualista, caracterizado por un componente voluntario, en el cual para la tutela de la familia o, mejor dicho, la tutela de los intereses de los miembros de la familia, basta la actualidad de una situación estable y duradera de afecto, de vínculos solidarios, morales y económicos, hasta acabar contentándose a veces con la mera cohabitación, constituyéndose como un modelo de familia estructurado de forma paritaria, en el que la exaltación del subjetivismo y el individualismo lleva a una progresiva legalización de la

---

de la moral. En *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 104. Efectivamente, muchas de las conductas que se castigaban antaño con responsabilidad penal eran más bien inmorales (según la concepción de la época) que ilegales y es necesario que el Derecho penal quede apartado de la moral para poder dar un adecuado cumplimiento al principio de intervención mínima.

[1288] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di Diritto Penale. Parte Speciale,* 4ª ed., DIKE, Roma, 2013, p. 307.

[1289] ANCESCHI, A. *Illeciti penali nei rapporti di famiglia e responsabilità civili*, Maggioli Editore, 2012, p. 15.

[1290] MARINI, G., *et al. Commentario al…,* Ob. cit., p. 2640.

[1291] RIONDATO, S. *Trattato di Diritto di Famiglia,* 2ª ed., Vol. 4, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 15.

[1292] CICU, A. *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914, p. 7.

[1293] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 116.

[1294] LANZA, E. *Diritto penale. Parte speciale – I* (dir. ALEO, S. – PICA, G.), CEDAM, Milán, 2012, pp. 571-572.

[1295] CICU, A. *Il diritto di…*, Ob. cit., p. 8.

convivencia *more uxorio*; el modelo personal-público, que señala la complejidad y contradicción de la familia moderna, en la cual el tejido familiar se abre al control público, que interviene para tutelar, de manera bien distinta al primero de los modelos mencionados, el interés superior de la familia, aunque protege un interés individual[1296].

Precisamente la existencia de varios tipos de familia ha determinado que no se entienda la dicción "Delitos contra la familia" del Título XI, calificándose de vaga, por lo que se niega que realmente este Título se refiera a la familia debido a que no todas las normas que contiene se refieren a una misma noción, unitaria, de familia, sino a distintas acepciones de una misma idea de relaciones familiares; y con motivo de que, mientras algunas normas se refieren a una misma acepción, otras no, de forma que puede decirse que son delitos típicamente, aunque no necesariamente, familiares[1297]. Por tanto, no se protege la familia como tal, sino a la persona en sus derechos familiares, la personalidad del individuo en una de las formaciones sociales más significativas entre las que esta se desarrolla[1298].

Se afirma que, siendo indudablemente cierto que la familia como bien jurídico protegido, tiene carácter, de algún modo, escurridizo, y siendo aparentemente difícil configurar una noción unitaria de familia, válida para todos los delitos, también es cierto que la familia representa siempre un ámbito de vida que el legislador tiene en consideración especial y dentro del cual los delitos se colorean de manera especial; en definitiva, normalmente los delitos contra la familia son delitos pluriofensivos que, dependiendo del caso, sitúan a la familia más o menos en el foco de tutela[1299].

A propósito de estos delitos, se ha afirmado que todos ellos están fundamentados en el deber, que tiene carácter primordial sobre el derecho, y que, aunque sean aparentemente comunes, realmente son delitos especiales propios, por cuanto el agente necesitará una determinada cualidad para ser sujeto activo, pues lleva a cabo una inobservancia de sus deberes[1300]. Además, los delitos familiares no pueden entenderse cometidos contra individuos singulares o contra bienes que pertenecen individualmente, sino que se trata de sujetos particularmente cualificados por su posición familiar, por lo que el sujeto pasivo no será el hombre, sino el marido; ni la mujer, sino la esposa; ni el niño, sino el hijo; y así sucesivamente[1301].

El Código Penal español recogió la conducta de sustracción de menores en el año 2002. Los orígenes del delito de sustracción de menores italiano son mucho más antiguos. Así, tampoco es que el Código Penal italiano haya previsto esta conducta desde siempre, pero su codificación se produjo bastante antes que en el caso español. De esta manera, fue el Código Penal de 1853 el que dio un paso decisivo en esta temática a través de una moderna concepción del rapto entre parientes, introduciendo por primera vez, de modo explícito, el delito de sustracción de menores, insertándolo en el Título correspondiente a los delitos contra el pudor y el orden de la familia, regulando dos formas distintas de cometer el delito, si bien siempre la conducta recaía sobre una mujer joven, siendo la pena

[1296] BERTOLINO, M. "La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año LI, 2008, pp. 574-575.
[1297] SPENA, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. GROSSO, C. F., PADOVANI, T., y PAGLIARO, A.), vol. XIII, Giuffrè Editore, Milán, 2012, pp. 6-8.
[1298] *Ibídem*, p. 23.
[1299] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P. *Elementi di…,* Ob. cit., p. 321.
[1300] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 228.
[1301] *Ibídem*, p. 232.

distinta en función de su edad y la finalidad de la sustracción o retención, configurándose una especie de rapto impropio[1302]. Más tarde, en el Código Zanardelli de 1889, se crea el delito de sustracción de menores en el seno de los delitos contra la libertad (enlazado al concepto de rapto), quedando el rapto con consentimiento (rapto impropio) en el seno de los delitos contra las buenas costumbres y el orden familiar[1303], no siendo hasta la codificación de 1930 cuando finalmente la sustracción de menores pasa a configurarse como delito autónomo, separado del rapto.[1304]

Sostiene DELOGU que la norma fue concebida por el legislador con una mentalidad tradicional, consonante con el modelo familia-Ordenamiento jurídico de tipo autoritario, gobernado por el marido/padre, en posición preeminente sobre la mujer como único ejerciente de la patria potestad[1305].

Las tres figuras de sustracción de menores se insertan entre los delitos contra la asistencia familiar porque han sido construidas, por el legislador de 1930, como ofensivas de los intereses de la persona que ejerce la patria potestad, por lo que tratan de excluir cualquier tipo de interferencia de partes de terceros que puedan atacar tal potestad[1306].

Como consecuencia de los cambios ofrecidos por el Derecho de familia, también se modifica el objeto de tutela penal y su comprensión, por lo que la patria potestad no se percibe ya como una expresión de autoridad, sino como un complejo entramado de derechos y deberes que se ejercita con el objetivo de alcanzar un equilibrado y armónico desarrollo de la personalidad[1307]. Ya se analizó que esta nueva concepción también forma parte del Ordenamiento jurídico-civil español, y el Derecho de familia ha ido cambiando esa manera de entender la patria potestad hasta el punto de preferirse la expresión "responsabilidad parental". Actualmente, esta doctrina parece ser la seguida por los países del entorno, a medida que los menores de edad van gozando de mayores derechos y se tiende a su mayor protección.

## 2. Elementos comunes a las tres figuras

Lo primero que llama la atención de la figura de sustracción de menores italiana, en el seno de un estudio comparado con la correspondiente figura española, es que el delito italiano *se configura como un delito común* que puede ser cometido por cualquier persona, incluidos los progenitores, a diferencia del delito español, que ha sido creado únicamente para estos últimos y un reducido número de sujetos que presentan una relación de parentesco con el menor o el progenitor, teniendo naturaleza de delito especial.

Por tanto, el primero de los elementos comunes de las tres figuras delictivas es la naturaleza de delito común, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona, incluidos los progenitores, incluso el progenitor que ejerza la patria potestad, siempre y cuando el otro

---

[1302] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. VI, (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M.), UTET, Milanofiori, 2009, p. 686.
[1303] *Ibídem*, p. 687.
[1304] ANCESCHI, A. *Illeciti penali…,* Ob. cit., p. 221.
[1305] DELOGU, T. *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia* (dir. CIAN, G. *et al.*), Vol. 7, CEDAM, 1995, p. 702.
[1306] MENEGHELLO, M. *Diritto penale della famiglia* (dir. RIONDATO, S.), VOL. 4, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 662.
[1307] LARIZZA, S. "Sottrazione di minore o di incapace", *Digesto delle Discipline Penalistiche,* vol. XIII, 1997, p. 523.

también la ejerza, toda vez que en ese caso se están perjudicando los derechos de este último[1308].

Posiciones más antiguas defendían la inaplicabilidad de estos preceptos en esos casos, pues estimaban que el trasladarse con el hijo formaba parte de las facultades del padre o de la madre como ejercientes de la patria potestad, por lo que el tipo de sustracción no podía ser de aplicación a este tipo de supuestos, salvo que fuese el progenitor el que sustrajere al hijo al otro que ejerce la patria potestad, siendo el primero no ejerciente[1309].

Ahora bien, aquí había que distinguir dos supuestos: el primero es que el ejercicio exclusivo se hubiera acordado mediante pacto entre las partes, en cuyo caso se aplicaría solo el delito de sustracción en el caso en que fuese el no custodio el que lo sustrajera[1310]; para el supuesto contrario, quiere decise, para cuando esta decisión hubiera sido recogida por resolución judicial, el tipo aplicable era el delito de desobediencia a una resolución judicial del artículo 388 del Código Penal[1311].

Algún sector doctrinal mantiene, en línea con lo que ocurría en el Ordenamiento jurídico español (al menos, antes de la reforma de 2021), que el sujeto activo podrá ser únicamente el progenitor al que no se le haya concedido la custodia del menor[1312]. En sentido contrario y a favor de lo que se ha defendido en el presente trabajo, otros autores contemplan la posibilidad de que el progenitor custodio se configure como sujeto activo porque la custodia supone la posibilidad de tomar decisiones concernientes a la vida cotidiana del menor, pero las decisiones más importantes han de ser tomadas por ambos padres, salvo resolución judicial en contrario, por lo que el progenitor no custodio mantiene el derecho-deber de vigilar la educación del niño y la posibilidad de acudir al juzgado si observa que el otro progenitor ha tomado decisiones que juegan en contra del interés de aquel[1313].

Por tanto, el sujeto activo puede ser también, pues nada de lo contrario se establece en el artículo, el progenitor que excede del ejercicio de la patria potestad, cuando el otro progenitor es también coejerciente, al igual que el progenitor no custodio que no entrega al menor cuando correspondía después del periodo de tiempo fijado para la visita[1314]. Según el artículo 316 CC, los padres de común acuerdo decidirán el lugar de residencia del menor, lo cual es indicativo de que ninguno de ellos puede trasladar al menor a otra parte sin el consentimiento del otro, algo que ha sido también recalcado por la Jurisprudencia italiana[1315].

Sí que es necesario destacar que, hasta bien entrado el siglo XX, la madre carecía de responsabilidad parental. En cualquier caso, una vez superada la vieja creencia, con la reforma de 1975, acerca de que la madre no disponía de responsabilidad parental, la

[1308] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 408.
[1309] FIERRO CENDERELLI, F. *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè Editore, Milán, 1984, pp. 166-168.
[1310] Antes se identificaba el ejercicio con la custodia, siendo que las concepciones más modernas entienden que el ejercicio es conjunto aunque el hijo esté sometido a la guarda y custodia de uno, salvo que el juez establezca otra cosa.
[1311] FIERRO CENDERELLI, F. F. *Profili penali del nuovo regime…,* Ob. cit., p. 168.
[1312] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 334.
[1313] GALGANO, F. *Istituzioni di Diritto Privato,* 9ª ed., Wolters Kluwer – CEDAM, Milán, 2019, p. 414.
[1314] PADOVANI, T. *Codice penale,* tomo II, 6ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2014, p. 3113.
[1315] Corte de Apelación de Catania, Sección de Familia, en Sentencia núm. 320 de 28 de mayo de 2015.

sustracción puede producirse también por parte del padre hacia la madre y no solo al revés[1316].

También la doctrina italiana se ha preguntado qué ocurre cuando el menor es adoptado (en cualquiera de las tres modalidades de sustracción de menores) y es sustraído por su padre adoptivo, en relación con lo que ocurriría si el sustractor fuese el padre biológico. En línea con lo que se ha defendido en el presente trabajo, la doctrina italiana mantiene que la ruptura de vínculos que conlleva la adopción impide que la conducta del padre biológico que traslada al menor o lo retiene pueda configurarse como un delito de sustracción de menores, pues esto quedaría reservado para los padres adoptivos[1317].

Tendría sentido pensar que, en estos casos, el tipo más adecuado sería el de secuestro, pero habría que analizar bien las circunstancias de cada caso concreto, toda vez que el delito italiano es de naturaleza común, luego tanto los padres adoptivos como los padres biológicos podrían, en principio, ejecutarlo. Habrá que analizar qué bien jurídico se ve afectado en cada caso para saber qué tipo aplicar o, en su caso, establecer el concurso de delitos correspondiente.

El conflicto tan relevante que presentaba el círculo de sujetos en el delito español, en Italia se reduce considerablemente al ser configurado como un delito común, pues todos los problemas derivados del apartado quinto del artículo 225 bis del Código Penal español desaparecen si el delito posee naturaleza común, en vista de que cualquier persona puede cometer el delito. Está claro que ambos pueden cometer el delito al ser este un delito común pero sí que puede encontrarse cierta controversia acerca de si el delito puede ser realizado siempre por ambos padres, tenga quien tenga la custodia del menor, o si solo puede ser castigado el que no posee tal custodia. Parece que, en consonancia con las ideas modernas relativas a la responsabilidad parental y, como se ha dicho más arriba, sería posible que cualquiera de ellos realizase la conducta típica, siempre y cuando ambos dispongan del ejercicio de dicha responsabilidad parental, en caso contrario, solo podrá verse afectado por el delito el ejerciente por la conducta del no ejerciente, dado que, en caso de ejercicio exclusivo, aquel tiene derecho a decidir el lugar de residencia del menor. Por tanto, la solución es parecida, sino idéntica, a lo que se defendía *supra* con motivo del estudio de la figura española de sustracción de menores, quiere decirse, tanto el padre custodio como el no custodio, pueden ser sujetos activos del delito, salvo en el supuesto de que no se disponga del ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso será el no ejerciente el único capaz de realizar la conducta.

Por otro lado, todas las cuestiones planteadas en relación con el artículo 225 bis acerca de la no aplicación del tipo al tutor, que también podía perfectamente sustraer al menor, sin poder quedar incluido en el tipo; esa dicotomía entre los padres biológicos y los padres adoptivos y, lo que es más problemático, los padres de acogida; y las nuevas parejas sentimentales de ambos padres también se solucionan, pues el delito es común, luego cualquiera puede cometerlo.

[1316] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale Commentato,* 4ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2015, p. 2779.
[1317] ROMANO, B. "La sottrazione del minore da parte di un genitore: profili penalistici ed implicazioni internazionalistiche", *L' índice penale,* núm. 7, 2004, p. 706.

En conclusión, el *sujeto activo puede ser cualquier persona que lleva a cabo esa sustracción (incluido cualquiera de los progenitores)*[1318]. Esto expresa que el autor del delito puede ser una persona completamente ajena a la familia y desvinculada del menor; una persona vinculada con este, quiere decirse, un miembro de la familia; los padres, cuando han perdido su derecho a ejercer la responsabilidad parental por medio de una resolución judicial; los padres que se encuentren suspendidos para ejercer la patria potestad, por ejemplo, por el hecho de haberse entregado la custodia del menor a una nueva familia; el tutor; e incluso el padre que ejerce la patria potestad y se lleva al niño, alejándolo del otro, también ejerciente de aquella; o por el padre o la madre en caso de separación o divorcio[1319], cuando no se les ha asignado la custodia del menor[1320].

La Jurisprudencia dominante admite el supuesto de castigar a uno de los padres que sustraiga al hijo menor aun sin existir resolución judicial sobre la base de que, en principio, ambos progenitores deben poder ejercitar de manera normal la responsabilidad parental[1321]. De hecho, la legislación civil italiana establece la regla general de cooperación en la responsabilidad parental, de forma que los progenitores la ejercen conjuntamente y colaboran en la misma proporción a la satisfacción de las necesidades del menor[1322].

Resta por añadir que la legislación italiana soluciona, al menos de manera parcial, otro de los problemas que se presentaba en la legislación española. Con independencia de que el delito de sustracción de menores, en cualquiera de sus tres vertientes, puede ser cometido por cualquiera, configurándose como un delito común, a diferencia del delito español, que tiene naturaleza de delito especial y solo puede ser cometido por un círculo pequeño de personas, lo cierto es que uno de los interrogantes que presentaba el delito era lo que ocurría con la pareja del padre o de la madre, quiere decirse, cuando aún no existe matrimonio. Si el padre o la madre contraen nuevas nupcias, a partir de ese momento se crea una relación de primer grado por afinidad que permite incluir a estas personas como sujetos activos del tipo. Sin embargo, en caso contrario, si la pareja no había llegado a contraer matrimonio con aquel, subsistía la duda acerca de si ese tipo de relación integra el parentesco exigido por el tipo, habiéndose concluido dudosamente que pudiera ser que sí porque ello es lo que se infiere de las leyes autonómicas relativas a esta materia, que suelen tender a una unificación de regulación entre las parejas de hecho y las parejas casadas.

Pues bien, el Código Penal italiano soluciona parcialmente todos estos interrogantes en el artículo 573 ter, que determina la plena igualdad de la ley penal para las uniones civiles entre parejas del mismo sexo, probablemente debido a que este país no permite el

---

[1318] PEZZANO, R. "*Codice Penale…",* Ob. cit., p. 1401; BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale di minorenni. La sottrazione d'incapaci", *Reati contro la famiglia e i minori* (dir. FORTUNA, F. S.), Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 179-180.

[1319] Explica GALGANO, F. que, cuando concurre una separación o un divorcio, la regla prioritaria es la custodia compartida, una regla que se incorporó en el año 2006. Sin embargo, para el caso de que por resolución judicial se establezca la custodia exclusiva para uno de los padres, el custodio tendrá el ejercicio exclusivo para los actos de ordinaria administración, siendo que las decisiones de mayor envergadura serán adoptadas por ambos progenitores, salvo que la propia resolución dictaminte otra cosa, dentro de las cuales se incluye esa obligación de decidir de mutuo acuerdo el lugar de residencia habitual del menor. En *Diritto privato…*, Ob. cit., pp. 901-903.

[1320] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 719.

[1321] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 668.

[1322] ALCARO, F. *Diritto privato,* 4ª ed., Wolters Kluwer-CEDAM, Milán, 2019, p. 711.

matrimonio entre personas homosexuales. Sin embargo, parece que se debería haber optado por dar cabida a todas las uniones civiles, en una unificación de la aplicación de la normativa jurídico-penal, restando ahora la duda acerca de qué ocurre cuando la unión civil es de personas de distinto sexo, que no parecen incluidas en el tipo.

Las diferencias sustanciales entre familia fundada en el matrimonio y la familia fundada en la convivencia *more uxorio* han ido disminuyendo con el paso del tiempo a raíz de ciertas modificaciones legislativas, como la derogación del adulterio y concubinato y la entrada en vigor del divorcio[1323], que permite disolver el matrimonio y comenzar nuevas relaciones sentimentales, sin contar con que la Jurisprudencia ha tratado de cooperar a esta paridad, aplicando en casos dudosos, la misma norma[1324].

Por cuanto respecta al *bien jurídico*, como regla general, si bien posteriormente se verá que existen algunas diferencias entre unas modalidades y otras, los delitos de sustracción de menores tienden a proteger la unidad familiar, sus intereses sociales, morales y afectivos, tutelando los intereses de los padres de mantener el control en el aspecto físico-espacial del hijo[1325].

Como indica la doctrina italiana, *la sustracción integra dos modalidades*: la sustracción y la retención, consistiendo la primera en portar al menor fuera de la esfera de control del ejerciente de la patria potestad, que no puede consentir o disentir en la misma; e implicando la segunda un consentimiento inicial por parte del ejerciente de la patria potestad; en cualquier caso, el consentimiento del menor no excluye la aparición del delito si el que ejerce la responsabilidad parental no ha podido consentir o se ha negado a ello[1326].

Por un lado, se viene exigiendo que el menor sea conducido a un sitio diferente de aquel en el que vive normalmente o en el que debe permanecer bajo la potestad del padre o tutor, lo que se denomina *abductio de loco in locum*[1327]. Ello expresa que el hecho de que el menor se encuentre lejos del hogar familiar no disminuye el deber-poder de vigilancia y defensa de los padres[1328].

En sentido contrario, se ha defendido que esta *abductio de loco in locum* no es precisa[1329], sino que lo que debe acontecer en todo caso es la infracción de las relaciones personales, formativas y psicológicas entre el menor y sus padres, haciendo imposible la vigilancia debida de la conducta del menor[1330].

---

[1323] Introducido en Italia con la Ley 898/1970, de 1 de diciembre.
[1324] INGRASCÌ, M. *Le responsabilità penali nel diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Turín, 2004, p. 10.
[1325] DALIA, A. A. "Sottrazione di minori o di incapaci", *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990, p. 190.
[1326] MARINI, G., *et al. Commentario al…,* Ob. cit., p. 2663.
[1327] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 759; MENEGHELLO, M. *Diritto penale…*, Ob. cit., p. 667; SEMERARO, P. *Famiglia e diritto penale*, Aracne, Ariccia, 2016, p. 85; LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro le donne e i minori,* Giuffrè Editore, Milán, 2012, p. 61; ANCESCHI, A. *La tutela penale dei minori*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, pp. 258-259.
[1328] IANELLI, V. "L'estremo della sottrazione nei reati di ratto e di sottrazione consensuale di minorenni", *Studi in Onore di Ernesto Eula*, vol. II, Giuffrè Editore, Milán, 1957, p. 147.
[1329] ROMANO, B. "Pretura pen…", Ob. cit., p. 223.
[1330] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1401; BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 180.

Por su parte, la retención se desvincula del traslado en la medida en que supone una situación anterior legítima, es decir, el menor se encuentra en el poder del autor del delito de forma lícita, el cual debía haber procedido a liberarlo o permitirle la vuelta a casa[1331].

Ciertamente, es posible que se haya concedido al menor una cierta libertad de movimiento pero dicha libertad ha de quedar condicionada a los límites para los cuales haya sido concedida, sin que quepa suponer que este hecho implica el consentimiento del padre para el *abductio de loco in locum*. Así, se ha considerado típica la conducta de una chica de dieciséis años que abandona el hogar familiar durante unos días, en una "fuga de amor", en compañía del prometido, contra la voluntad de los padres de aquella[1332].

Elemento característico del delito de sustracción es la *ausencia de consentimiento de los padres o del tutor,* que son los sujetos pasivos de la conducta. Ello quiere decir que, en el caso de que estas personas comulguen con la sustracción, esta devendrá atípica. Son solo ellos quienes pueden autorizar el traslado o la retención y, asimismo, los únicos facultados para querellarse por la actuación. Este dato se convertirá posteriormente, en las modalidades concretas, en la llave capaz de resolver ciertas dudas que se plantearán.

Por otro lado, el consentimiento de los padres sí es relevante, pero cabe preguntarse lo que ocurre en el caso de que uno consienta y el otro no, en cuyo caso debe optarse por la ausencia de consentimiento, en tanto no exista autorización judicial, dando lugar a un error de tipo por parte del sujeto activo que conoce el consentimiento de uno de los padres pero desconoce que el otro se opone a la sustracción[1333].

En realidad, si uno autoriza y el otro no, la mejor opción es decantarse por acudir a la vía judicial para que sea el juez el que decida, dado que la opinión de cada uno de los padres cuenta por igual. Ahora bien, en el caso de que uno de los dos se niegue al traslado o la retención, ciertamente los elementos típicos se cumplen, por cuanto se estarían vulnerando los derechos del ejerciente de la patria potestad o de la tutela, alejando al menor de su esfera de vigilancia, siendo que esta situación otorga especial relevancia al ámbito del error, pues es posible que el sujeto activo solo conozca el consentimiento pero no la oposición del otro, en cuyo caso concurrirá un error de tipo.

En línea parecida, hay quien distingue la forma de prestación del consentimiento en estos supuestos: si el sujeto que no presta el consentimiento no ha manifestado su oposición de forma expresa ni tampoco cabe extraerlo de manera presunta, es suficiente con el consentimiento del otro para excluir la responsabilidad penal por el delito de sustracción, en cualquiera de sus modalidades; en el momento en que esa oposición se realiza, se conoce por el sujeto activo, esta oposición prevalece sobre el consentimiento del otro, en tanto se están cumpliendo los elementos típicos, toda vez que el sujeto activo sabe que está sustrayendo al menor contra la voluntad de los padres o del tutor[1334].

Obviamente, la forma de prestación del consentimiento o de la oposición es de vital importancia, en tanto no cabría exigir responsabilidad penal con base en una oposición interna que nunca fue manifestada al exterior. Tanto el consentimiento como la oposición

---

[1331] LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro…,* Ob. cit., p. 62.
[1332] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle…,* Ob. cit., p. 1987, con cita de la Sentencia número 475 del Tribunal de Taranto de 4 de julio de 2012.
[1333] ANCESCHI, A. *La tutela penale…,* Ob. cit., p. 258.
[1334] FIERRO CENDERELLI, F. *Profili penali del nuovo regime…,* Ob. cit., pp. 170-171.

han de expresarse de alguna manera al exterior para que puedan ser conocidos por terceros, ya sea de forma expresa o tácita. En cualquier caso, cuando se conoce el consentimiento de uno pero la oposición del otro, prevalece la falta de consentimiento y concurren los elementos típicos.

En lo concerniente a la culpabilidad, *se trata de una conducta dolosa,* los tres delitos de sustracción de menores lo son, sin que se haya previsto, con toda la razón, un tipo imprudente. Por tanto, lo que se exige no es otra cosa que el dolo genérico que acabe abarcando los distintos elementos del tipo, que serán diferentes para cada una de las modalidades.

En cuanto al *error,* ya sea el sujeto activo uno de los padres o un tercero, cobra especial relevancia cuando recae sobre el consentimiento de aquellos que pueden autorizar la sustracción. De esta forma, si se yerra sobre este extremo, en el sentido de pensar, de manera fundada, que existía el consentimiento parental, se produciría un error de tipo que determinaría la exclusión de la responsabilidad penal. Empero, esto parece un error más plausible en el caso de que la sustracción sea cometida por un tercero que por uno de los progenitores, que es precisamente el problema que nos ocupa. Y ello porque cuando es uno de los dos el que quiere trasladar o retener al menor, tendrá que ponerse en contacto con el otro para tratar el tema, una situación completamente distinta a cuando la sustracción es cometida por un tercero.

El delito *se consuma en el momento en que se rompe el vínculo con la persona encargada de la responsabilidad parental,* lo cual permite la entrada a formas imperfectas de ejecución si el sustractor no consigue romper dicho vínculo[1335]. Así, se configura la tentativa cuando la actividad del sujeto activo frene antes de la ruptura del vínculo de sujeción entre el menor y el padre o tutor[1336].

Del mismo modo que el delito de sustracción de menores español, la modalidad italiana, en sus tres apartados, *se conforma un delito permanente,* manteniéndose la situación antijurídica en estado consumativo mientras la sustracción o retención no llegue a su fin[1337]. La doctrina italiana concibe los delitos permanentes en una línea muy similar a la española.

Los delitos permanentes constituyen, según un sector doctrinal, violaciones de bienes inmateriales, bienes que solo pueden comprimirse o lesionarse, pero no destruirse[1338]. Así, si el interés protegido por la norma en cuanto es atacado por la conducta del agente, se destruye, es innegable que no puede haber un estado de violación de la norma como equivalente jurídico de una agresión duradera del bien, por lo que dicho bien ha de ser

---

[1335] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p.1401 y DELPINO, L. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 458. Sin embargo, DELOGU, T., se pregunta acerca de la posible existencia de las formas imperfectas de ejecución, en vista de que se trata de un bien inmaterial, decantándose por su admisión en el caso de que se incluya en el bien jurídico protegido los intereses del menor, no así en caso contrario, en tanto si no llega a lesionarse la responsabilidad parental y es este el bien jurídico protegido en exclusiva por el delito, no debería estimarse que el delito queda en grado de tentativa, sino que directamente, debería excluirse la existencia del mismo. En *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., pp. 742 y ss.

[1336] DELPINO, L. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 459.

[1337] En la misma línea, LATTANZI, G., *Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza*, 13ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2017, p. 1617.

[1338] LEONE, G. *Del reato abituale, continuato e permanente,* Nicola Jovene & C., Nápoles, 1933, pp. 392-393.

susceptible de sufrir una agresión que perdure en el tiempo, creando un estado de violación de la norma, un estado de antijuridicidad[1339]. Se trata de delitos consumados que continúan consumándose[1340].

Por el contrario, existe otro sector doctrinal que también defiende que deben recaer sobre bienes lesionables, pero no destructibles, si bien no tienen por qué quedar limitados a bienes inmateriales, sino que igualmente pueden afectar a bienes materiales, como la ocupación de una finca o un edificio[1341]. Al igual que el delito puede definirse como la violación de la ley penal, el término "permanente", que en la lengua común significa la permanencia indefinida en el tiempo del ente al que se refiere, quiere expresar una duración ilimitada del propio hecho delictivo[1342].

Sobre la base de la separación entre estructura y contenido del delito, se ha afirmado que no cabe confundir la lesión con la estructura del delito, ni identificar la propia lesión con otro perjuicio causado al interés tutelado ni, tampoco, el delito con sus efectos, dado que el delito implica la lesión de aquel, el contenido de este, y la lesión es distinta de los efectos, siendo que un estado lesivo puede ser uno de dichos efectos, formando la permanencia parte de la estructura del tipo[1343].

A propósito de la permanencia, un sector minoritario defiende que el dato de que el hecho típico se mantenga durante un cierto tiempo jurídicamente apreciable no es sinónimo de permanencia, sino que esto constituye solo un carácter de la conducta esencial para integrar el tipo, por lo que la permanencia debe identificarse solamente con la ulterior continuación en el tiempo del delito después de la perfección del mismo[1344].

Por otra parte, se ha indicado que esta clase de delitos pueden entenderse constituidos de manera bifásica: la primera fase, activa u omisiva, supone la vulneración de la norma; y la segunda fase, de naturaleza omisiva, consiste en la no finalización del estado antijurídico por parte del autor, que no lleva a cabo la conducta adecuada para poner fin a dicha situación[1345]. De esta forma, es como si el delito permanente pudiera fragmentarse en dos normas distintas: la primera, ordena o prohíbe la realización de una determinada actividad; la segunda, ordena la revocación del estado antijurídico creado con la desobediencia a la primera, siendo que esta segunda norma está íntimamente ligada a la primera, en tanto, si no se vulnera aquella, no surge la obligación que expresa esta última[1346].

Esa primera fase no se distingue de un delito no permanente, pudiendo ser, como se acaba de mencionar, activa u omisiva, e implica la creación del estado de compresión del

---

[1339] RAGNO, G. *I reati permanenti*, vol. I, Giuffrè Editore, Milán, 1960, p. 68.
[1340] GIULIANO, U. *La struttura del reato permanente*, CEDAM, Padua, 1967, p. 4.
[1341] MANTOVANI, F. *Diritto penale. Parte generale,* 7ª ed., CEDAM, 2011, p. 433.
[1342] COPPI, F. "Reato permanente", *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol, XI, 1996, p. 318.
[1343] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato…", Ob. cit., pp. 405-406.
[1344] BARTOLI, R. "Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 44, 2001, p. 140. El autor en cita distingue entre perfección y permanencia: si desde un punto de vista cronológico perfección y permanencia son distintos, desde el punto de vista del contenido, es decir, del desvalor del hecho, no se diferencian: mientras el momento de la perfección indica el instante en que aparece el hecho conforme al juicio de desvalor de desobediencia a la norma, la permanencia indica la fase en la que el hecho, conforme a ese mismo juicio, se extiende, consiste en la continuación del desvalor del hecho. *Ibídem*, p.142.
[1345] RAMPIONI, R. *Contributo alla teoría del reato permanente,* CEDAM, Padua, 1988, p. 13.
[1346] LEONE, G. *Del reato abituale…,* Ob. cit., p. 427.

bien jurídico, reservándose el concepto de permanencia para la segunda fase, que comienza con la consumación inicial del delito [1347].

La segunda fase no integra sino una conducta omisiva, consistente en la no remoción de esa situación, en el no hacer una acción determinada por la ley, o lo que es lo mismo, en el hacer cualquier otra cosa contraria a la que se debería hacer[1348]. Además, esta segunda fase se compone de un elemento objetivo (la posibilidad del agente, del sujeto activo, de acabar con esa situación antijurídica) y de un elemento subjetivo (la voluntad de aquel de mantener esa situación)[1349].

También cabe rechazar esta opinión y entender que un delito permanente se compone de una única conducta y, en consecuencia, una única lesión al objeto de tutela, de forma que aquel se mantiene en el tiempo hasta que cesa el comportamiento antijurídico por voluntad del sujeto activo o por cualquier otra causa[1350]. Uno de los argumentos de esta teoría pasa por negar el carácter bifásico entendiendo que se vulnera un único precepto, existiendo una única obligación de no desobedecerlo y siendo una la conducta con la cual aquel se acaba infringiendo[1351]. Quiere decirse, la prolongación en el tiempo de la conducta tras el momento en que se cumplen todos los elementos típicos del delito en cuestión no determina una ofensa al bien jurídico renovada y autónoma, ni mucho menos tantas ofensas y, consiguientemente, tantos delitos como momentos de permanencia existan, sino que existe una única conducta, una única ofensa y un único delito[1352].

La ejecución de un delito permanente no se diferencia de un delito instantáneo, por lo que será necesario para ejecutarlo, realizar la actividad para que el delito se cumpla, por ello el proceso ejecutivo no aporta nada nuevo a los delitos permanentes[1353].

En cuanto al estado consumativo de un delito permanente, la teoría dominante en Italia coincide con la española, dado que opina que el periodo consumativo permanece el mismo tiempo que se mantiene la conducta criminal[1354], si bien no es unánime, dado que otras opiniones defienden la inexistencia de un estado consumativo, pues la consumación dura un momento y, una vez consumada la conducta, no puede seguir consumándose, por lo que no es la consumación la que se alarga, sino la conducta, que va reproduciendo el delito continuamente[1355].

---

[1347] LEONE, G. *Del reato abituale…,* Ob. cit.*,* pp. 395 y ss.
[1348] I*bídem,* pp. 430-431.
[1349] Ibídem, p. 447.
[1350] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato…", Ob. cit., p. 416. RAMPIONI, R. encuentra poco fundamento en esa concepción bifásica. En *Contributo alla teoría…,* Ob. cit., p. 20.
[1351] Así lo explica COPPI, F. "Reato permanente…", Ob. cit., p. 322.
[1352] *Ibídem*, p. 320.
[1353] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato…", Ob. cit., p. 416.
[1354] LEONE, G. *Del reato abituale…,* Ob. cit., p. 457.
[1355] PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, CEDAM, Padua, 1955, p. 20; BARTOLI, R. duda acerca de la existencia del estado consumativo y de la posibilidad del sujeto activo de poner fin a la situación antijurídica de la conducta, dado que la doctrina niega que el hurto sea un delito permanente pero ciertamente ese daño al patrimonio se alarga en el tiempo más allá de la propia consumación, además de que el sujeto activo puede devolver el objeto y acabar así con dicha situación antijurídica. En "Sulla struttura del…", Ob. cit., p.145.

Ahora bien, en cuanto al momento exacto de la consumación, existen varias teorías[1356], siendo la dominante aquella que sitúa el inicio en el momento en que aparece el evento en que se verifica la lesión al bien jurídico, el estado de compresión de aquel, aunque continúa ininterrumpidamente durante un determinado periodo de tiempo[1357].

La doctrina señala que son necesarios dos requisitos para poder afirmar que un delito es de naturaleza permanente: que la ofensa al interés tutelado tenga carácter continuado, es decir, no pueda resultar en un solo instante, sino que perdure un cierto tiempo; y que la continuación de esa ofensa se deba a una conducta voluntaria del sujeto, que cuenta siempre con la posibilidad de poner fin a esa situación ofensiva[1358]. Por su parte, la Jurisprudencia italiana concreta dichos elementos en el delito de sustracción de menores, lo que supone que se caracteriza por: una acción inicial constituida por la sustracción del menor; la prolongación de la situación antijurídica mediante la retención del menor, manteniendo el sujeto activo el control sobre aquel; y la posibilidad, por parte del primero, de poner fin a dicha situación antijurídica[1359].

Los delitos permanentes admiten formas imperfectas de ejecución, de forma que quedarán en grado de tentativa cuando la ofensa todavía no se haya producido o no haya llegado al mínimo necesario para la perfección del delito[1360]. Ahora bien, una vez que queda consumado, aunque la conducta se continúe consumando, ya no se admiten las formas imperfectas de ejecución, en tanto el delito ha salido ya de la esfera de la tentativa[1361].

La prescripción del delito está íntimamente ligada a su naturaleza de delito permanente, siendo aquella comenzará en el momento en que cese el estado antijurídico, en el momento en que se interrumpe ese estado consumativo[1362].

En otro orden de cosas, *la competencia para conocer del asunto residiría en los tribunales italianos,* toda vez que la competencia en delitos permanentes corresponde a los tribunales del lugar donde haya dado comienzo la consumación del delito[1363].

En cuanto a la *autoría y participación,* el delito italiano no presenta en absoluto los inconvenientes del tipo español, en vista de que, al ser un tipo común, se aplican las reglas generales. Cualquier persona puede ser autora y cualquier persona puede intervenir en la realización del delito. Por el contrario, el tipo español se configura como delito especial

---

[1356] Explica LEONE, G., la existencia de tres teorías distintas: la primera, que ya ha sido completamente superada, situaba el momento consumativo en la denominada aparición del evento, en el inicio del estado de compresión del bien jurídico, cuando están presentes todos los elementos típicos, concepción manifiestamente errónea porque olvida el detalle de que el evento y la conducta se encuentran en ese momento en desarrollo, de forma que los delitos permanentes se reducirían a los delitos instantáneos; la segunda teoría sitúa el momento consumativo en la cesación de la permanencia, concepción que tampoco puede ser acertada, toda vez que existe un momento, al límite de la primera fase de la conducta, donde ya ha dado comienzo la compresión del interés tutelado y aparece el resultado lesivo; finalmente, la tercera teoría, la dominante, hace referencia a la subsistencia del estado consumativo hasta la eliminación de la conducta antijurídica. En *Del reato abituale…,* Ob. cit., p. 453 y ss.
[1357] *Ibídem*, p. 460.
[1358] MANTOVANI, F. *Diritto penale…,* Ob. cit., pp. 432-433.
[1359] Corte de Casación Penal, Sentencia número 17799, de 6 de febrero de 2014.
[1360] MANTOVANI, F. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 454.
[1361] PROSDOCIMI, S. *Profili penali del postfatto*, Giuffrè Editore, Milán, 1982, p. 178.
[1362] Artículo 158 del Código Penal.
[1363] Artículo 8.3 del Código Procesal Penal.

y, en consecuencia, debían aplicarse las reglas específicas, especialmente la contenida en el apartado tercero del artículo 65 del Código Penal español.

Con respecto a las *cuestiones concursales,* el delito de sustracción de menores es compatible con el delito de desobediencia de resoluciones judiciales relativas a la custodia del menor del artículo 388 del Código Penal, pues el primero se centra en la relación familiar y el segundo trata de tutelar la autoridad de las resoluciones judiciales y la posibilidad de desarrollar un derecho de visitas[1364]. Sin embargo, este criterio jurisprudencial no se ha mantenido desde siempre y la Jurisprudencia también ha recogido en distintas resoluciones que entre ambos preceptos no existe un concurso de delitos porque el delito de sustracción de menores se ve absorbido por el de incumplimiento de una resolución judicial[1365]. En este sentido, también parte de la doctrina estima que la aplicación del artículo 388 excluye la del tipo de sustracción de menores, por el principio de especialidad[1366] o, al contrario, que la aplicación preferente es la del delito de sustracción de menores, quedando el de desobediencia absorbido por aquel[1367].

Estas cuestiones concursales son muy similares a las que se producen en el tipo español, en el que también se analizaba si el mismo era compatible con el delito de desobediencia recogido en el artículo 556 del Código Penal español. Ya quedó asentado que el delito era compatible con el de sustracción en la modalidad de traslado, no así con la de retención, pues uno de sus elementos típicos era precisamente el incumplimiento de una resolución, lo que implicaba que ese incumplimiento ya había sido recogido en el desvalor de la conducta, por lo que la aplicación de ambos tipos vulneraba el principio de *non bis in ídem*[1368].

Se entiende que esta misma solución es la que debe aportarse en el caso italiano. Si el sujeto, además de llevar a cabo la sustracción, está incumpliendo una resolución judicial, no existiría obstáculo para aplicar ambos delitos, toda vez que protegen bienes jurídicos distintos, en tanto uno está protegiendo la responsabilidad parental o los intereses del menor y el otro el principio de autoridad hacia las resoluciones dictadas por una autoridad. Si el sujeto sustrae al menor, en principio, le resultaría aplicable la modalidad de sustracción que mejor se adapte a las circunstancias concretas del caso. Pero si es que además, dicho sujeto debía respetar una resolución judicial y no lo hace, en ese caso, ya entramos en otro tipo de delito, el de desobediencia a las resoluciones judiciales del artículo 388 del Código Penal, cuyo interés tutelado difiere del que se protege con la sustracción. Por ello, es más adecuada la solución de la teoría de concurso de delitos que la de concurso de normas, pudiendo aplicarse ambos tipos porque la desobediencia no forma parte de los elementos típicos de la sustracción, diferenciándose en este extremo de la figura española.

Además y en paralelo a lo que ocurre en la legislación española, es posible que se produzca un concurso de delitos con el delito de secuestro de persona, si el menor no solo

[1364] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle…,* Ob. cit., p. 1898.
[1365] ALIBRANDI, L. *Codice Penale commentato con la Giurisprudenza,* La Tribuna, Piacenza, 2017, p. 1553.
[1366] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 773.
[1367] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., pp. 436-437.
[1368] Así también, LLORIA GARCÍA. "Regulación de…", Ob. cit., p. 73.

es sustraído, sino que también es encerrado o detenido, es decir, si se vulnera también su libertad personal[1369].

En el caso del secuestro de persona, también es apreciable la preferencia del concurso de delitos porque se ven lesionados bienes jurídicos distintos. Es decir, el delito de secuestro lesiona la libertad personal, en línea con lo que protegen los delitos de detención ilegal y secuestro en el Ordenamiento jurídico español[1370]. El mismo argumento anterior se reproduce ahora, si se trata de dos delitos distintos, que probablemente se produzcan en momentos diferentes, la opción más correcta es aplicar ambos tipos en concurso.

### 3. La sustracción consentida de menores[1371]

El artículo 573 del Código Penal italiano indica lo siguiente: *El que sustrajere a un menor, que haya cumplido catorce años, con el consentimiento del mismo, del progenitor que ejerce la responsabilidad parental o al tutor, o lo retiene contra la voluntad de dicho progenitor o tutor será castigado, previa querella de estos, con la pena privativa de libertad de hasta dos años. La pena será atenuada si el hecho es cometido con fines matrimoniales y será agravada si es cometida con fines libidinosos. Serán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 525 y 544.*

En primer lugar y aunque se empiece por el final, debe señalarse que esta última disposición, relativa a la aplicación de los artículos 525 y 544 debe obviarse, dado que ambos artículos fueron derogados hace ya varias décadas, algo lógico en vista de la idea tan antigua que expresaban, incompatible con la sociedad moderna de hoy en día[1372].

---

[1369] PADOVANI, T. *Codice Penale,* tomo II, 5ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 3905.

[1370] Vid. por todos, REBOLLO VARGAS, R. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 170-171.

[1371] Cada figura se estudiará en relación con los elementos no mencionados con ocasión del apartado de los elementos comunes, por lo que, para el resto, se realiza remisión a lo apuntado en dicho apartado.

[1372] Por mandato expreso de los artículos 573 y 574, debían ser estudiados también los artículos 525 y 544, pues sin ellos el análisis sobre el delito de sustracción de menores adolecía de ciertas carencias. En primer lugar, se hará referencia al artículo 525, insertado en el Capítulo I (De los delitos contra la libertad sexual) del Titulo IX del Libro II del Código Penal italiano, Título dedicado a los "delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres". Resulta de vital importancia destacar que este Capítulo fue derogado por la Ley número 66 de 15 de febrero de 1996. El artículo 525 estaba creado para tres tipos delictivos que recogían tres tipos de sustracción de menores perpetradas en una serie de circunstancias muy concretas. Los distintos tipos de sustracciones de menores que existían en el Código Penal italiano hasta 1996 (enlazados al rapto) mantienen cierta similitud con la regulación española original del mismo tipo penal, pues recuérdese que, a lo largo de la historia del sistema penal español, la figura de sustracción de menores estaba pensada para cuando se sustraía a un menor del hogar por parte de un extraño y no es hasta 2002 cuando la misma figura cambia y se configura al progenitor (y a otros parientes cercanos) como único posible sujeto activo, si bien es cierto que la figura de sustracción desapareció del Código Penal español desde 1995 hasta 2002. El primero de ellos aparecía en el artículo 522 del Código Penal italiano (rapto para contraer matrimonio). En este caso, se está en presencia de una sustracción muy concreta, en tanto debía estar dirigida forzosamente a un intento de contraer matrimonio con la persona sustraída. El tipo básico establecía como sujeto pasivo a una mujer soltera, agravándose la pena en caso de que la víctima se tratase de un menor de edad de entre catorce y dieciocho años (ya fuera varón o mujer), constituyendo uno de los elementos del delito la existencia de violencia, intimidación o engaño. El segundo tipo de sustracción de menores de posible comisión en el Código Penal italiano hasta 1996 era el recogido en el artículo 523 (rapto con fines libidinosos). Este tipo recogía la conducta de sustraer a un menor o a una mujer mayor de edad con ánimo libidinoso, conteniéndose la previsión de que la pena será mayor en el primer caso que en el segundo, al igual que ocurriría si la mujer estuviese casada, aunque no se especificaba expresamente en qué debía consistir tal agravación. De nuevo, la violencia, la intimidación o el engaño se configuraban como elementos del tipo. Finalmente, la tercera tipología de sustracción aparecía tipificada en el artículo 524 del

Lo primero que llama la atención del artículo 573 es justamente la denominación que presenta, pues se denomina "sustracción consentida de menores", es decir, el tipo delictivo desde el principio está expresando la idea de que, para que la conducta encaje en el mismo, será necesario que el menor quiera ser sustraído, pues debe existir un acuerdo entre este y el sujeto activo, si bien esta idea será analizada con mayor detenimiento un poco más abajo.

3.1 *El bien jurídico protegido*

Por lo pronto, debe empezarse hablando del interés jurídico tutelado. El bien jurídico protegido es la responsabilidad parental[1373], como correctamente indica el tipo, ya venga ejercida por un progenitor o por un tutor, idea defendida también por la doctrina italiana, que señala que ese bien jurídico consistente en la responsabilidad parental se justifica en la exigencia social de supeditar el consentimiento del menor a la decisión de los padres, a fin de evitar que una escasa madurez del niño debido a su edad pueda exponerlo a situaciones peligrosas, tal y como indica igualmente la Jurisprudencia italiana[1374]. Otros

---

Código Penal italiano, denominado "rapto de un menor de catorce años o enfermo con ánimo libidinoso o con el fin de contraer matrimonio". En este caso la conducta describía una situación en la que no aparecen presentes los elementos de violencia, engaño o intimidación, pero el sujeto pasivo era un menor de catorce años, una persona con discapacidad o una persona especialmente vulnerable. En estos supuestos, es indiferente que exista o no violencia o engaño porque el hecho de ser menor o encontrarse enfermo o no poder prestar resistencia aporta la misma facilidad para la realización de la conducta que cuando se utilizan los medios típicos anteriores sobre personas más mayores o con mayor capacidad de reacción y defensa ante la sustracción. Así las cosas, el artículo 525 contenía una circunstancia atenuante muy concreta para el caso de que el culpable llevase a cabo un comportamiento muy concreto: *si el culpable, antes de la condena y sin haber cometido acto libidinoso alguno contra la persona raptada, la deja en libertad, reintegrándola a la casa de donde la raptó o a su familia, o depositándola en algún otro lugar seguro, a disposición de dicha familia.* Pues bien, esta disposición, por imperativo de los artículos 573 y 574 del Código Penal italiano debía aplicarse también a los casos de sustracción consentida de menores y de sustracción sin consentimiento respectivamente. Por su parte, el artículo 544 (al que también se refieren los artículos 573 y 574 del Código Penal italiano) fue igualmente derogado por Ley número 442 de 5 de agosto de 1981. Se denominaba "causa especial de prescripción del delito" y, en el seno de los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, proclamaba la extinción del delito si el autor del mismo contraía matrimonio con la persona ofendida por el mismo, extendiéndose incluso a otros delitos que pudieran estar en concurso con el mismo; además, para el caso de que la persona ya hubiera sido penada, cesarían los efectos penales y se paralizaría la ejecución. Realmente se pueden percibir las ideas tan antiguas que se recogen en estos preceptos, hasta el punto de quedar obsoleto incluso el propio nombre del Capítulo en el que se insertaban (delitos contra la moral pública y las buenas costumbres), pues hoy en día sería impensable establecer distinciones penológicas en función del estado civil de la mujer, contemplando una mayor gravedad para el caso de que la mujer esté casada. Se trata de una regulación que comulga con los ideales sociales del siglo pasado y, por tanto, han sido derogados. Más impensable sería aún que los delitos de naturaleza sexual pudieran prescribir simplemente porque el autor del mismo contraiga matrimonio con la víctima. En otra época quizá esta conducta permitía recuperar el honor perdido de la familia de la víctima, pero, hoy en día, afortunadamente todas estas ideas han sido superadas, lo que también se ha traducido en una mejora de los sistemas penales actuales a ese respecto.

[1373] Explica GALGANO, F., que uno de los eventos más importantes que caracterizaron la reforma del Derecho de familia en el año 2012 fue, sin duda, el cambio del concepto de responsabilidad parental, en sustitución de la predecesora patria potestad. Mientras que el concepto de potestad refleja en su propia denominación la esencia de un poder atribuido a un sujeto en el interés de otra persona (el hijo), quien mantuvo hasta 1975 una obligación de sujeción al padre, el lenguaje del nuevo término pretende reflejar esa nueva concepción en la que los derechos del menor son puestos en primer plano, correspondiendo a los padres un conjunto de deberes preordenados a la asunción de esa responsabilidad parental. En *Diritto privato*, 18ª ed., Wolters Kluwer, Milán, 2019, pp. 897-898.

[1374] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., pp. 1615-1616; BELTRANI, S. *Corso di Diritto Penale. Parte generale e parte speciale,* 4ª ed., CEDAM, Padua, 2009, p. 769; LANZA, E. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 610; ANCESCHI, A. *La tutela penale…,* Ob. cit., p. 258.

sectores doctrinales incluyen no solo esa responsabilidad parental, sino también el interés superior del menor, concretado en el derecho que tiene el niño a mantenerse en un ambiente determinado en el que desarrollar su propia personalidad, configurándolo como un delito pluriofensivo[1375], el derecho del niño a vivir según las indicaciones y determinaciones de los padres[1376] o, en línea parecida, el derecho del menor a recibir la instrucción, la educación y la guía necesaria para formar la propia personalidad, según sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones[1377].

También se sostiene la evolución del interés protegido por el delito (en general, todas las modalidades) con motivo del cambio de mentalidad acerca de la patria potestad, de modo que, si bien inicialmente se protegía el ejercicio de la responsabilidad parental, actualmente esta se entiende no de modo autoritario, sino en beneficio del menor, lo que determina que el bien jurídico protegido sea el conjunto de intereses y la educación del menor[1378]. En otras palabras, este delito se ha transformado de un delito de mera desobediencia hacia los padres a un delito centrado en los intereses del menor mayor de catorce años[1379].

En ese sentido, otros académicos afirman que, aunque parece una norma claramente destinada a proteger la responsabilidad parental, la realidad es que el principal bien jurídico protegido no es sino el interés del menor a recibir asistencia moral y material, con especial referencia a la educación que los padres o tutores desean inculcarle[1380].

Esto se explica si se tiene en cuenta que los intereses del menor pueden venir lesionados no solo por la conducta de aquellas personas obligadas a satisfacerlos (delitos contra las obligaciones de asistencia familiar), sino también por terceras personas que pueden frustrar la labor de los responsables[1381]. De hecho, se aboga por la aplicación del tipo incluso aun cuando la potestad parental no se haya visto afectada y ello porque, a pesar de contarse con el consentimiento del menor, esto no obsta a que sus intereses se vean lesionados, dada su falta de madurez[1382].

Se sostenga una postura u otra, lo cierto es que se debe ser cauteloso a la hora de establecer cuál es el interés tutelado en la norma para no caer en contradicciones. Así, se ha criticado la contradicción de alguna resolución judicial que, por un lado, cifra el bien jurídico en la labor de vigilancia del padre o del tutor para después llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo es el padre o el tutor pero en relación a sus propios intereses y no en interés del menor, cuando está claro que los padres no deben portar intereses propios en la función parental, sino que se realiza en interés del menor[1383].

---

[1375] CARINGELLA, F., FARINI, S., DE PALMA, M. e TRINCI, A, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale.,* 2ª ed., DIKE, Roma, 2011, p. 777; también parecen sumarse a esta nueva concepción, TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 334.

[1376] GIORDANO, E. A. – DE MASELLIS, M. *Violenza in Famiglia. Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffré Editore, Milán, 2011, p. 146 y SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 383.

[1377] ROMANO, B. "Pretura pen. Di Rovereto 19 maggio 1999 – Est. DIES – imp. F. B. e I. M.", *Il diritto di famiglia e di personne*, vol. XXIX, 2000, pp. 221-222.

[1378] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2778; DIPAOLA, L. *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina* (coord. GAMBARDELLA, M.), Vol. XI, primer tomo, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 861-862.

[1379] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 20.

[1380] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 704.

[1381] *Ibídem,* p. 705.

[1382] ROMANO, B. "Pretura pen…", Ob. cit., p. 222.

[1383] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del…", Ob. cit., p. 620.

En esta línea, se afirma que el objeto principal de protección deben ser los intereses del menor porque, aunque es cierto que se vulneran los intereses morales y materiales de quien ejerce la patria potestad o del tutor, en la escala de valores familiares, los intereses del menor tienen primacía, por lo que son dichos intereses los que deben ser estimados como el objeto principal de protección[1384].

De manera parecida, hay opiniones que apuntan a la libertad de autodeterminación del menor como bien jurídico primario, siendo la responsabilidad parental un bien instrumental, de forma que para que la conducta tenga relevancia penal es necesario que incida negativamente sobre dicha capacidad autodeterminativa, con exclusión de todos aquellos casos en que el sujeto activo se haya limitado a allanarse a una voluntad libremente formada[1385].

Se ha señalado que, comoquiera que la Jurisprudencia parece haber cambiado de opinión de manera que, pese a que en los inicios, el tipo se pensó para salvaguardar la patria potestad, actualmente se orienta más hacia la protección de los intereses del menor, ello obliga al juez a realizar una labor de equilibrio entre dos elementos: por un lado, la libre expresión del consentimiento por parte del menor, teniendo en cuenta múltiples factores ligados al crecimiento y a la madurez de la personalidad de este último; y, por otro lado, la falta de autorización del titular de la responsabilidad parental, justificable solo en función del interés objetivo del menor[1386]. Concretamente, no podrá ser siempre sacrificado el interés del menor a decidir autónomamente, aunque ello choque de frente con un adecuado ejercicio de la patria potestad[1387].

Realmente y como toma de postura, el bien jurídico protegido parece más bien orientado hacia la primera de las posiciones orientadas. Quiere decirse, la norma protege la responsabilidad parental o, en su defecto, la tutela; el derecho de los padres o del tutor a ejercer sus labores sin la interferencia de un tercero. Es indudablemente cierto que esta institución ha ido cambiando con el paso del tiempo, algo que ya se tuvo la oportunidad de estudiar más arriba, de forma que ya ni siquiera es del todo correcto el uso del término "patria potestad", siendo preferible la opción de "responsabilidad parental" y ello porque la naturaleza de aquella ha ido mutando lentamente y ha pasado de ser una auténtica potestad de los padres (inicialmente solo del padre) a un derecho de los hijos, lo que implica que siempre esa responsabilidad debe ejercerse en beneficio de aquellos.

Con todo, la redacción del tipo no parece estar protegiendo los derechos del menor, pues es una figura delictiva claramente centrada en la figura del padre o del tutor, algo novedoso con respecto a la legislación española que, como se sabe, obvia completamente la figura del tutor, tanto para configurarlo como sujeto activo como para configurarlo como sujeto pasivo. El hecho de que luego los padres o el tutor tengan que actuar en pro del hijo o tutelado no obsta para que se considere que el bien jurídico protegido se extiende al sustraído.

Además, precisamente el hecho de que el consentimiento del menor sea tenido en cuenta como uno de los elementos típicos, parece que desvincula el objeto de protección hacia ese lado, pues el legislador tiene en cuenta que el menor desea ser sustraído para

[1384] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 705.
[1385] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 710.
[1386] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 178.
[1387] *Ibídem*, p. 178.

establecer una pena menos grave que para el caso de la siguiente modalidad, en la que ese consentimiento no existe. Es decir, el único consentimiento válido para eliminar la responsabilidad penal es el del padre o tutor. Por consiguiente, la mejor de las opciones, siendo todas ellas respetables, pasa por estimar que lo que se protege es el derecho del padre o tutor al ejercicio de la responsabilidad parental sin la interferencia que supone la sustracción. En cualquier caso, lo que está claro es que se rechaza la idea de que se tutele la integridad moral de la familia o la integridad sexual de la persona sustraída[1388]. Efectivamente, carece de sentido decantarse por esta opción, dado que la sustracción no tiene por qué perjudicar la integridad moral de la familia y mucho menos la integridad sexual del menor sustraído, lo cual no obsta al posible concurso de delitos si ello sucede.

### 3.2 *Juicio de antijuridicidad*

#### 3.2.1 Los sujetos

Por cuanto respecta a los sujetos, al ser configurado como un delito común, cualquier persona puede cometerlo, algo que ya se ha visto como un elemento que presentan en común las tres figuras delictivas. Sin embargo, en esta concreta modalidad debe realizarse una apreciación y es el valor que debe otorgarse al consentimiento otorgado por el menor, es decir, si el hecho de que el menor consienta en la sustracción permitiría configurarlo como sujeto activo del delito, en coautoría con el sustractor.

Pues bien, la configuración del menor que consiente como un coautor, como sujeto activo del delito, es una opinión minoritaria[1389], siendo más frecuente pensar que el menor no es más que un instrumento en manos del autor, como demuestra el hecho de que el legislador no haya mencionado ningún tipo de pena para él, y esto convierte al delito en un delito bilateral impropio, toda vez que solo uno de los autores necesarios para llevar a cabo la comisión del tipo va a ser sancionado[1390].

Efectivamente, el tipo no parece estar configurando al menor como coautor. No se encuentra sancionado, ni siquiera levemente, por la conducta, ni en ningún caso el legislador se refiere a él como la persona que realiza la acción. Solo lo configura como objeto material sobre el que recae el comportamiento típico. Sería bastante contradictorio tipificar la sustracción de menores y que fuese el propio menor el autor del delito, por mucho que el interés protegido sea la responsabilidad parental o, subsidiariamente, la tutela. Se castiga el llevar a cabo la sustracción, luego el sustraído no puede ser penado por el delito, sino únicamente el sustractor.

Además, con acierto señala la doctrina que considerar al menor como partícipe o coautor del delito sin que exista ninguna norma que le permita quedar exento de pena sería peligroso porque comprometería seriamente el incentivo para presentar querella, en tanto los progenitores preferirán no querellarse por los hechos antes que exponer al hijo o al tutelado a la reacción del sistema judicial, lo cual chocaría de plano con el interés de la norma, que no es otro que proteger el ejercicio de la responsabilidad parental, siempre orientada al interés del menor a obtener un desarrollo personal sano, siendo este la

[1388] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle…,* Ob. cit., p. 1897.
[1389] Así, MANZINI, V., que estima que el menor es sujeto activo del delito porque consiente y coopera a la realización del hecho. En *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5ª ed., vol. VII, UTET, Turín, 1984, p. 948.
[1390] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…,* Ob. cit., p. 720.

persona afectada por el delito[1391]. Sin embargo, el menor será el objeto material del delito[1392].

El sujeto pasivo es distinto entre unas conductas y otras, por lo que se analizará cada una separadamente. En este caso, será el progenitor que ejerce la responsabilidad parental (se entiende que ambos progenitores actualmente) o el tutor[1393]. Sin embargo, existe un sector doctrinal que defiende que, aunque estos delitos de sustracción de menores sancionan lo relativo a la patria potestad, tutela y curatela establecido en el Código Civil, realmente no se podría afirmar que el sujeto pasivo sea el progenitor, el tutor o el curador, sino que el verdadero sujeto pasivo será el menor[1394].

Para otros sectores doctrinales, el menor no es considerado sujeto pasivo, sino el objeto material sobre el que recae el delito[1395]. Se sostiene que el menor no puede ser sujeto pasivo porque, a pesar de que es el destinatario de la vigilancia parental, lo cierto es que la ofensa gira en torno al titular de esa potestad, que es la persona que está sufriendo interferencias que le impiden llevar a cabo un correcto ejercicio de dicha responsabilidad[1396]. Empero, no faltan autores que señalan que el menor debe ser considerado, si no el único sujeto pasivo, al menos la persona principalmente afectada por la conducta[1397].

El sujeto pasivo está completamente subordinado al concepto de bien jurídico defendido. Así, la postura que en su momento defendía que este recaía en los derechos del padre o tutor de responsabilidad parental o tutela, ahora deberá irremediablemente eliminar al menor del círculo de sujetos pasivos y estimar que solo los primeros (padres y tutores) serán los sujetos pasivos, en cuanto titulares del bien jurídico lesionado con la conducta típica. Ahora bien, si se defiende que el bien jurídico protegido, exclusivamente o entre otros, se concreta en los intereses del menor, obviamente habrá de incluirse a este entre el círculo de sujetos pasivos. De lo contrario, se caería en una contradicción evidente, dada esa relación tan estrecha y vinculante entre el bien jurídico y el sujeto pasivo.

Desde el momento en que el menor está consintiendo en la sustracción y teniendo en cuenta que el legislador le ha otorgado relevancia al mismo debido a que aquel cuenta con catorce años de edad, no parece coherente sostener que el sustraído es el sujeto pasivo del delito, ni siquiera aunque también se conciba al progenitor o al tutor como sujeto pasivo. La configuración del tipo parece decantarse por otorgar la categoría de sujeto pasivo solo y exclusivamente a la persona que se ve afectada en el ejercicio de la responsabilidad parental con motivo de la sustracción.

---

[1391] LANZA, E. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 612.
[1392] DELPINO, L. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 458.
[1393] En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *et al*. *Manual de Derecho Penal…,* (Tomo II), Ob. Cit., p. 317; FIORELLA, A. "Aspetti problematici del…", Ob. cit., p. 620; PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 738; DALIA, A. A. "Sottrazione di…", Ob. cit., p. 193; LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro…,* Ob. cit., p. 65; D'AGOSTINO, A. "Il delitto di sottrazione consensuale di minorenni nella teoría del reato plurisoggetivo", *La Giustizia Penale,* 1962, p. 625.
[1394] PATERNITI, C. *La famiglia…,* Ob. cit., p. 48.
[1395] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 667 y BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 178.
[1396] PADOVANI, T. *Codice Penale…*, (2014), Ob. cit., p. 3113.
[1397] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 706.

### 3.2.2 La conducta típica

La conducta consiste en sustraer al menor o retenerlo en contra de la voluntad del padre o del tutor, siempre y cuando se cuente con el consentimiento del propio menor, que cuenta ya con catorce años de edad, de lo contrario nos encontraríamos en la figura recogida en el siguiente precepto.

En este sentido, se trata de sustraer al menor aprovechando que se dispone del consentimiento de este, haciendo imposible el normal desarrollo del derecho-deber en que consiste la patria potestad[1398].

El concepto de sustracción no implica necesariamente el traslado del menor del lugar en el que se ejercía la responsabilidad parental, pues el menor puede gozar de una cierta libertad de movimiento por razones de estudio, trabajo, por la propia elección educativa de los padres, por lo que el hecho de que el menor y los padres no se encuentren en el mismo lugar no constituye obstáculo para la realización del delito[1399].

Obviamente, se necesita la oposición de los padres o del tutor para que la conducta sea típica. Ahora bien, la negación del padre no puede presumirse, sino que ha de quedar concretada, de forma que existan elementos objetivos que permitan extraer con certeza que la conducta es contraria a la voluntad de aquel[1400]. Si la libertad de movimientos del menor refleja una absoluta indiferencia del ejerciente de la responsabilidad parental hacia lo que el menor hace o deja de hacer, no puede entenderse realizada la parte objetiva del título en el caso de que alguien se aproveche de esa indiferencia[1401]. En el caso de la retención contra la voluntad de la persona que está ejerciendo la patria potestad o la tutela, es completamente incompatible con dicho ejercicio, no solo interfiere meramente en él[1402]. Sin embargo, como advierte la doctrina, normalmente este tipo de actuaciones no se producen aun con la oposición de los padres, sino que estos no suelen tener conocimiento de la situación hasta que ya se ha producido la sustracción, por lo que es necesario admitir pruebas indirectas acerca de esta falta de voluntad, pues normalmente no existirá una orden paterna o materna en contra del traslado[1403].

El elemento típico más importante, dado que ahí reside la diferencia con respecto a las otras dos modalidades de sustracción, es el consentimiento del menor. Como el sujeto debe tener más de catorce años pero no haber alcanzado aún la mayoría de edad, huelga decir que el consentimiento exigido no puede coincidir con el consentimiento requerido para llevar a cabo actos de disposición, si bien debe tratarse de un elemento positivo, un consentimiento emitido libremente por una persona con capacidad suficiente para entender y querer lo que está consintiendo, sin que haya sido obtenido con engaño o violencia[1404]. Tampoco es necesario que se trate de un consentimiento expreso, basta con que sea tácito[1405]. La creencia errónea acerca de que se dispone de ese consentimiento del menor, debería dar lugar a un error de tipo[1406].

---

[1398] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1615.
[1399] DALIA, A. A. "Sottrazione di…", Ob. cit., p. 192.
[1400] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1615.
[1401] DALIA, A. A. "Sottrazione di…", Ob. cit., p. 192.
[1402] BELTRANI, S. *Corso di Diritto…,* Ob. cit., p. 769.
[1403] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 715.
[1404] *Ibídem*, p. 714.
[1405] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 411.
[1406] En contra, MANZINI, V. *Trattato di diritto…*, Ob. cit., p. 951.

Se ha defendido la idea de que, para valorar el consentimiento, es necesario examinar la eficacia que este pudiera tener, sobre todo cuando el menor esté próximo a la mayoría de edad, por cuanto, este extremo podría conllevar la exclusión del tipo[1407]. Esto no implica que el consentimiento tenga una eficacia de atipicidad, sino simplemente que la conducta siempre debe ser relacionada con la capacidad de discernimiento y de las inclinaciones del menor[1408].

Esta opinión está íntimamente relacionada con el interés jurídico que se estime tutelado por el tipo. De esta forma, si se piensa que el mismo se centra en el interés o en la libertad del menor, aun en contra del tipo, por el principio de ofensividad al bien jurídico, podría sostenerse la atipicidad de la conducta. Sin embargo, si se estima que el bien jurídico protegido es la responsabilidad parental, por mucho que el menor haya consentido ya cercano a la mayoría de edad, no podrá sostenerse la atipicidad de la conducta, toda vez que el legislador ya ha tenido en cuenta esa circunstancia, la del consentimiento, para establecer esa pena, luego no cabría hacer una lectura distinta del precepto. El consentimiento sirve para recibir una pena rebajada con respecto a aquellos casos en los que aquel no existe o es inválido, pero en ningún caso se ha reflejado la atipicidad de la conducta, luego una interpretación en ese sentido no parece correcta.

En línea parecida y con base en el artículo 147 del Código Civil[1409], se aboga por la no aplicación del precepto cuando la sustracción consentida sea expresión de las lícitas aspiraciones e inclinaciones del menor[1410]. Este debate también se analizó con motivo del estudio de la figura española, pero en una óptica muy distinta. A diferencia del legislador italiano, el legislador español no ha tenido en cuenta el consentimiento del menor, por lo que el problema estaba en dilucidar si podía integrar el concepto de causa justificada al que alude el artículo 225 bis del Código Penal español. A este respecto, se pudo comprobar que la doctrina y la Jurisprudencia se mostraban favorables a este respecto, pudiendo afirmarse que la opinión o el consentimiento del menor con capacidad suficiente para decidir y con un grado de madurez adecuado, podría dar lugar a la atipicidad del delito, por lo que se solicitaba de *lege ferenda* una referencia expresa al valor que debe otorgarse al consentimiento del menor en estos supuestos en aras de obtener una mayor seguridad jurídica y una unificación de criterios.

Ahora, en la figura italiana, puede observarse que el legislador ha introducido una modalidad específica que contempla el consentimiento del menor, incluyendo un criterio objetivo, cual es el haber alcanzado la edad de catorce años (presumiéndose que, a partir de esa edad, se cuenta con la capacidad de juicio necesaria para decidir algunas cosas), que sirve para obtener una pena atenuada con respecto a la sustracción en la que el consentimiento no existe o, aun existiendo, es inválido por falta de capacidad o madurez suficiente.

Si el legislador italiano ha introducido expresamente esta modalidad, otorgándole una pena concreta, defender que debería quedar atípica una conducta de sustracción, precisamente atendiendo a ese consentimiento expresado por el menor, parece

---

[1407] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 724 y SEMERARO, P. *Tutela penale della famigulia e sistema sanzionatorio*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, p. 67-68.
[1408] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 724.
[1409] Según este artículo, el matrimonio obliga a ambos cónyuges a educar, instruir, asistir al hijo con respeto a su capacidad, a sus inclinaciones naturales y a sus aspiraciones.
[1410] PECORELLA, G. *Il nuevo diritto di famiglia*, Giuffrè Editore, Milán, 1976.

desacertado. Si no se hubiese incluido referencia alguna al consentimiento, como es el caso español, podrían producirse distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, de hecho es lo que ocurre en España. Pero el legislador italiano ya está teniendo en cuenta el menor desvalor de la conducta de sustracción cuando el menor presta su consentimiento y tiene capacidad suficiente para hacerlo y lo ha hecho justamente para tipificarlo como conducta menos castigada, no como comportamiento exento de pena. Asimismo, el tipo señala que basta con que el consentimiento exista y el menor ya haya cumplido los catorce años, para dar lugar a la aplicación del artículo 573, no se establece diferencia alguna en función de que el menor esté más o menos cercano a la mayoría de edad, por lo que defender la absoluta exención de pena en estos casos es forzado, pues se aprecia claramente la voluntad del legislador de atenuar pero no de eximir.

Por otra parte, el hecho de que el delito sea común y lo pueda cometer cualquier persona dificulta mucho, en este sentido (ya se ha visto que en otros muchos, el hecho de que sea delito común facilita las cosas) el valor del consentimiento. Esto expresa que, en el caso español, la conducta se circunscribe a los padres y familiares muy cercanos, si bien se ha podido comprobar que la práctica de la realidad dictamina que casi la totalidad de sustracciones de menores provienen por parte del padre o de la madre, quedando los parientes como partícipes. Es decir, están incluidos en el tipo pero no suele acontecer este supuesto, sino que a lo sumo pueden llevar a cabo conductas de participación. Ello conduce al hecho de que el consentimiento del menor sobre la sustracción será para decidir si prefiere estar con su padre o con su madre. En cualquier caso, se presume que estará igualmente protegido con uno u otro, pues ambos poseen las mismas obligaciones y los mismos derechos, debiendo compartir las cargas familiares en la misma proporción. Para el caso de que se demuestre que uno de los padres supone un riesgo o influye negativamente sobre el menor, siempre queda la opción, por la vía civil, de solicitar una privación total o parcial de la patria potestad.

No obstante, el delito italiano es de naturaleza común, por lo que el sustractor puede ser cualquier persona. De esta forma, el menor puede consentir ser sustraído por cualquier persona, pudiendo el consentimiento reportarle perjuicios negativos, pues puede que ese sustractor se aproveche de aquel. Por ello se ha indicado que es indiferente si la iniciativa proviene del sustractor o del propio menor que consiente, siendo suficiente con que se lleve a cabo la conducta descrita en el tipo, independientemente de quién haya dado el paso a propiciarla[1411] y ello porque se presume que el sustractor presenta una superioridad mental sobre el sustraído, lo que le permite valorar adecuadamente la ilicitud de la acción que está llevando a cabo[1412]. Ahora bien, aunque esto constituye la regla general, pueden encontrarse supuestos limítrofes en los que no queda claro quién es el autor y quién es la víctima, como puede ocurrir en el caso de que un menor con edad suficiente para ser sancionado penalmente se vea acusado de sustraer a otro menor con edad próxima a los dieciocho años, en cuyo caso se requiere que el juez lleve a cabo una exhaustiva investigación acerca de la capacidad de ambos sujetos para saber quién ha sido realmente el autor del delito y quien, por el contrario, la víctima[1413].

Cuando el menor puede consentir una sustracción por parte de cualquiera, otorgar al consentimiento una completa atipicidad puede ser espinoso y puede ocurrir que se consiga

[1411] DIPAOLA, L. *Codice Penale...,* (vol. XI)*,* Ob. cit., pp. 85-86.
[1412] DELOGU, T. *Commentario al Diritto*..., Ob. cit., p. 714.
[1413] *Ibídem*, pp. 714-715.

el efecto contrario al que se pretende proteger. Con esto quiere expresarse la idea de que, si se piensa que los intereses del menor constituyen, exclusivamente o junto con otros intereses, el bien jurídico protegido (algo que no se comparte en el presente trabajo), lo cierto es que permitir que el menor pueda decidir cualquier cosa, que pueda irse de la esfera de protección de los padres (en el caso de que los padres estuviesen causando daños al menor, siempre existiría la posibilidad de aplicar una causa de justificación) para seguir a alguien que quizá no le convenga, parece que va en contra del objetivo pretendido. Por ello se estima equivocada la idea de estimar la atipicidad si el menor está cercano al cumplimiento de la mayoría de edad, porque el tipo no lo permite y porque esta línea, defendida por quienes piensan que el bien jurídico queda cifrado en los intereses del menor, puede acabar otorgando resultados indeseados.

De hecho, la Jurisprudencia ha admitido incluso la existencia del delito en aquellos casos en que un mayor de edad ha ofrecido ayuda al menor para escaparse de la esfera de vigilancia del tutor, mediante la promesa de sostenimiento logístico, afectivo y económico, precisamente debido a que se tutela el ejercicio de la responsabilidad parental hasta que el menor alcance la mayoría de edad, lo que implica que las decisiones de este quedarán supeditadas a las del padre o tutor, pues la falta de madurez puede llevarle a tomar decisiones que le reporten perjuicios[1414]. Por el contrario, jurisprudencialmente se ha negado la realización del tipo en aquellos casos en que se ha intervenido solamente para prestar hospitalidad al menor, en un lugar conocido y accesible por el padre, sin impedir ni obstaculizar el ejercicio de la patria potestad[1415].

Realmente la existencia de esta modalidad de sustracción es muy positiva. Acierta el legislador italiano al introducir un tipo en el que se tenga en cuenta el consentimiento del menor, algo que no ocurre en el Ordenamiento español pero que debería incluirse de *lege ferenda*. Como se ha dicho, con ocasión del tipo penal español, se analizó si el consentimiento del menor gozaba de alguna clase de relevancia y se llegó a la conclusión de que no podía entrar en el círculo de personas con capacidad para emitirlo debido a que el legislador lo había dejado completamente fuera del tipo. Posteriormente se admitió la posibilidad de tenerlo en cuenta a modo de causa justificada siempre y cuando el menor presentara capacidad suficiente para poder tomar decisiones. El legislador italiano ha tenido en cuenta la opinión de un menor de edad mayor de catorce años, un criterio aceptable, en tanto implica una gran seguridad jurídica al constituir un elemento puramente objetivo. Se entiende que el menor a esa edad tiene capacidad para decidir en ciertos ámbitos de su vida y, por ello, la sustracción se pena con una pena más leve que la prevista en el resto de supuestos.

Ahora bien, como el consentimiento es un elemento típico, su ausencia determinará la imposibilidad de aplicar el tipo, de forma que la conducta podría integrar un delito de secuestro de persona, tipificado en el artículo 605 del Código Penal[1416]. Sin embargo, esta postura habría que analizarla con mucha cautela, toda vez que también ese mismo comportamiento podría ubicarse en el siguiente tipo, en el artículo 574, que regula dos modalidades de sustracción: la de menores de catorce años e incapaces y la de mayores

[1414] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1615, con cita de la Sentencia de Casación sección VI, de 4 de noviembre de 2014 – 10 de febrero de 2015, núm. 6058.
[1415]LATTANZI, G. *Ibídem,* p. 1615, con cita de la Sentencia de Casación, sección VI, de 2 de mayo de 2000 – 20 de junio de 2000, núm. 7292.
[1416] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1401.

de catorce años que no prestan el consentimiento. Por tanto, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar en qué delito ubicar el comportamiento.

En el supuesto en que el menor consienta y cuente con más de catorce años, siendo trasladado o retenido en el extranjero, el tipo penal aplicable no sería este, sino que se estaría en el ámbito del artículo 574 bis, al ser más específico[1417]. También es posible que consienta el progenitor o el tutor, aunque esto no será posible en caso de personas privadas o suspendidas del ejercicio de la responsabilidad parental, constituyendo un error de tipo el supuesto en el que el sustractor desconoce esta situación[1418].

Además, resulta indiferente si el menor sustraído es adoptado o es hijo natural, en vista de que una adopción, propiciada conforme a todas las normas relativas a la materia, produce la adquisición de todos los efectos de un hijo, por lo que serán los padres adoptivos los perjudicados por el delito[1419] y, en consecuencia, los facultados para autorizar el traslado o la retención. En cambio, paralelamente a lo que ocurre en la legislación española, una vez que el menor ha sido emancipado, el tipo no resulta de aplicación porque la emancipación implica que el sujeto deja de estar supeditado a la responsabilidad parental[1420].

Parte de la doctrina y la Jurisprudencia señalan que la duración de la sustracción o de la retención carece de relevancia a los fines del delito, si bien este se consuma en el momento en que se interrumpe el vínculo de sujeción entre el menor y el padre, con independencia de los fines perseguidos por el sustractor o por el menor y de la duración de aquella[1421]. Sin embargo, otros sectores doctrinales prefieren exigir un mínimo de tiempo apreciable, para cumplir con esa naturaleza de delito permanente[1422]. Tiene razón quien afirma que la exigencia de una duración determinada entraña el riesgo de no considerar típicas algunas conductas que, aunque sean reducidas en el tiempo, han acabado lesionando el bien jurídico; no obstante, considerar del todo irrelevante la duración temporal supone apreciar automáticamente la existencia del delito, siendo que ambos extremos son peligrosos[1423].

### 3.2.3 Las causas de justificación

Por cuanto respecta a las causas de justificación, rigen las reglas generales, a diferencia de cuanto sucede con el tipo español. Como se ha ido viendo, el tipo español recoge como un elemento del tipo la ausencia de una causa justificada que sirva de respaldo a la sustracción, motivo por el cual era difícil apreciar una causa de justificación, desde el momento en que ese hecho integraría más bien una causa de atipicidad, al ser expresamente previsto por el legislador en el tipo.

En el delito italiano la situación es diferente. No se contiene ninguna cláusula parecida a la española, por lo que, si la sustracción responde a alguna circunstancia justificante,

---

[1417] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2781.
[1418] ANCESCHI, A. *La tutela penale…,* Ob. cit., p. 258.
[1419] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 711.
[1420] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 179 y DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 713.
[1421] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., pp. 1615-1616.
[1422] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2780; IANELLI, V. "L'estremo della…", Ob. cit., p. 144; SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 398.
[1423] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 730.

deberán aplicarse las reglas generales de las causas de justificación, es decir, deberá atenderse a la concreta causa que haya motivado la ejecución de la acción y valorar si realmente posee eficacia justificante. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Aunque el delito no especifica la atipicidad en caso de que exista alguna causa que justifique la sustracción, sí es cierto que el Tribunal de Florencia[1424] negó la existencia de delito debido a que la conducta respondía al objetivo de poner fin a una situación conflictiva y dolorosa atribuible al otro progenitor, siempre que el menor sea consciente.

### 3.3 *El juicio de culpabilidad*

Pasando ya al juicio de culpabilidad, se ha visto que se trata de una conducta dolosa, no habiéndose reflejado, por cuestiones obvias, una modalidad imprudente. Se exige, pues, un dolo genérico, que debe abarcar la voluntad de sustraer o retener al menor y el conocimiento de la negativa de los padres al comportamiento, de forma que se excluiría el delito si el sujeto cree erróneamente que cuenta con el beneplácito de los padres, pues el error excluiría el dolo[1425]. También se defiende la exigencia de extender el dolo al conocimiento de que la sustracción perjudicará los intereses del menor debido a su inexperiencia e inmadurez física y psíquica si se entiende que aquellos quedan igualmente protegidos por el tipo[1426]. Asimismo, es cierto que la Jurisprudencia exige tener en cuenta las circunstancias ligadas a las costumbres familiares, es decir, la mayor o menor esfera de libertad de que disponga el sustraído, así como a la forma y límites con que se ejercita la responsabilidad parental[1427].

El error tiene cabida en este delito. Así, se presume *iuris tantum* que el sustractor conoce la minoría de edad de la persona sustraída, si bien es posible alegar error debido al desarrollo físico de esta última, sin embargo, no se admite un error causado por las falsas declaraciones del menor, porque la falta de certeza constituye solo una situación de duda que implica el conocimiento de la probabilidad de que el supuesto mayor de 18 años sea realmente menor de edad[1428].

### 3.4 *Problemas relativos al* iter criminis

Dado que anteriormente han quedado reflejadas las cuestiones comunes a estos delitos, solo se hará referencia en este punto a aquello específico de esta modalidad delictiva. Así, resulta necesario resaltar que el delito se consuma en el momento de la sustracción, sin que se requiera ningún otro elemento adicional para la realización del tipo, de manera que este queda completado en el momento en que el menor sale de la esfera de vigilancia en la que se encuentra, obstaculizándose el ejercicio de la responsabilidad parental[1429]. Quiere decirse, una vez que se rompe el vínculo que sujeta al progenitor y al hijo, con independencia del fin perseguido por el sujeto activo o por el menor, el delito queda consumado[1430]. Se admiten las formas imperfectas de ejecución, igual que en las otras dos modalidades y como ha quedado afirmado anteriormente.

---

[1424] Sentencia número 1106 de 23 de marzo de 2015.
[1425] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2781.
[1426] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 734.
[1427] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 668.
[1428] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1616.
[1429] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del…", Ob. cit., p. 621; TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato…,* Ob. cit., p. 955.
[1430] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1616.

3.5 *La pena y la condición de perseguibilidad*

En cuanto a la pena, se prevé una pena privativa de libertad de hasta dos años de duración. Ahora bien, existe la posibilidad de rebajarla para el caso de que el sustractor tenga la intención de contraer matrimonio con el sustraído y de agravarla en el caso de que aquel actúe con fines libidinosos.

En materia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, destaca la posible aplicación del artículo 62 del Código Penal. Así, la doctrina se ha referido a la tradicional interpretación jurisprudencial acerca de la imposibilidad de aplicación de la atenuante del apartado quinto del artículo 62 del Código Penal, que prevé una rebaja de pena para el caso de que se haya cometido un acto doloso por parte del sujeto pasivo del delito, entendiendo que este no es el menor, sino el padre o el tutor; sin embargo, se aboga por un cambio de criterio a la luz de la nueva interpretación que sitúa al primero en el centro de la norma, configurándose como nuevo sujeto pasivo de la conducta[1431].

Se comparte esta opinión porque el menor no es el sujeto pasivo del delito y es esto lo que impide aplicar esa circunstancia. Con todo, desde el punto de vista de la interpretación que aboga por reconocer los intereses del menor como parte del interés tutelado por el delito, la aplicación de la atenuante no presenta ningún obstáculo. No obstante, comoquiera que en este estudio se mantiene la postura contraria, cuestiones de coherencia hacen que la atenuación de la pena con base en el artículo 62 devenga imposible.

Por cuanto concierne a la condición de procedibilidad, el delito italiano se encuentra sometido a la exigencia de querella previa para la persecución del delito, con lo cual, ambos Ordenamientos jurídicos coinciden al establecer el requisito de perseguibilidad. Así, el tipo italiano prevé un requisito de procedibilidad similar al previsto para el delito español. En este sentido, se ha indicado que ese requisito de la querella a instancia de parte posee una función doble: por un lado, remarca la dimensión actual más individualística de los intereses en juego en las previsiones incriminatorias; por otro lado, responde a la exigencia de cautela en un sector en el que los hechos inciden en aspectos personalísimos de relaciones muy íntimas, lo que puede generar un ulterior efecto no deseado de distorsión del equilibrio familiar[1432].

Según el artículo 573, es necesario que sea la persona ejerciente de la responsabilidad parental o la tutela la que interponga la querella y precisamente por ese motivo el menor no se encuentra legitimado para interponerla, toda vez que no figura entre los sujetos considerados los ofendidos del delito[1433] (entiéndase, los sujetos pasivos). Por tanto, se establece en todo caso la obligatoriedad de interponer una querella para poder proceder a la investigación del delito. Precisamente esta parte del precepto desató un grave problema que puso en entredicho la igualdad entre los cónyuges que aparecía en la Constitución italiana.

La figura de sustracción de menores fue problemática debido a la redacción original del tipo, hasta el punto de que fue necesaria la intervención de la Corte Constitucional italiana. Y es que la doctrina explica que, antes de la reforma operada por la Ley número

[1431] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2781.
[1432] LANZA, E. *Diritto penale…,* Ob. cit., pp. 572-573.
[1433] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 710.

151 de 19 de mayo de 1975, dicha Corte[1434] había declarado la inconstitucionalidad del primer apartado del artículo 573 al limitar el derecho de interponer querella por estos hechos al padre que ejercía la patria potestad, obviando el derecho de igualdad de ambos cónyuges, aunque la madre no ostentara ese ejercicio. A raíz de esa resolución, se ha legitimado el derecho de interposición de querella tanto al padre como a la madre[1435]. Y es que en la década de los 70, el Código Civil establecía en el artículo 144 que el marido era el jefe de la familia, a pesar de que la Constitución reflejara el principio de igualdad de cónyuges[1436]. En otras palabras, antes de la reforma de 1975, el padre nunca podía ser condenado por este delito porque era el que ejercía la patria potestad. Sin embargo, la madre podía ser sancionada por el tipo porque ella no ejercía ese derecho sobre sus hijos, lo cual expresaba una esfera discriminatoria entre ambos padres, hasta que finalmente la legislación se modificó para otorgar igualdad de derechos y deberes al padre y a la madre[1437].

La desigualdad de sexos que ha existido prácticamente desde siempre y en todos los lugares, también ha presentado sus inconvenientes en el país italiano. Así, el delito de sustracción de menores contenía una disposición injusta. Concretamente, el problema venía porque la legislación anterior a 1975 concebía al padre como único ejerciente de la patria potestad, dado que la madre no poseía los mismos derechos, a pesar de que la Constitución estableciera ya por aquel entonces la igualdad de cónyuges. Con todo, esto no se estaba cumpliendo en todos los ámbitos, por lo que el Código Civil seguía instituyendo al padre como cabeza de familia y eso lo convertía en el único sujeto ejerciente de la patria potestad y, en consecuencia, en el único sujeto que podía querellarse por este delito. Ello no solo repercutía en el sentido de que la madre no pudiera interponer querella, sino que tampoco nunca podía ser víctima del delito, quiere decirse, desde el momento en que el padre tenía el ejercicio en exclusiva, podía sustraer a los hijos, sin que la madre pudiera hacer nada al respecto, al menos por la vía penal. Ante esta realidad, la Corte Constitucional dictó una resolución declarando inconstitucional el artículo 573, dado que solo permitía interponer la querella al padre y no a la madre, indicando que esto atentaba contra el principio constitucional de igualdad de cónyuges. Esta resolución marcó un antes y un después en la historia del delito, pues las madres empezaron a estar legitimadas para querellarse, pasando a tener los mismos derechos sobre el hijo que el padre.

Resta señalar que, el hecho de que se permita a los ejercientes de la patria potestad interponer la querella, no implica que se trate de una legitimación conjunta, sino que, en el caso de que sea un tercero el que sustraiga al menor y tanto el padre como la madre estén ejerciendo la responsabilidad parental, el derecho a interponer la querella corresponde a uno y al otro, singularmente[1438]. Esto expresa que no es necesario que ambos sean siempre y en todo caso los que deban querellarse, sino que puede interponerla cualquiera de ellos.

---

[1434] En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/1964, de 22 de febrero.
[1435] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1616.
[1436] PATERNITI, C. *La famiglia…,* Ob. cit., p. 90.
[1437] LARIZZA, S. "Sottrazione di minore…", Ob. cit., p. 525.
[1438] CONSO, G. "Il nuovo regime della potestà parentale nelle sue incidenze di natura penalistica", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XXVI, 1983, p. 33.

3.6 *El tipo agravado y el tipo atenuado*

La redacción típica indica, *in fine*, que la pena se verá agravada cuando el autor haya actuado con fines libidinosos, pero atenuada cuando aquel persiga fines matrimoniales. Este ánimo libidinoso debe entenderse como la intención del sustractor de satisfacer sus apetitos sexuales[1439]. A propósito del mismo, se ha reseñado que es necesario que el menor sea consciente de que la sustracción responde a tales intereses[1440].

Ciertamente cuesta entender esta agravante de los fines libidinosos, por considerarse ya desfasada para los tiempos actuales. Ello no solo porque a partir de los 14 años, el menor ya alcanza la edad para prestar el consentimiento sexual[1441], sino también porque realmente existen otros elementos mucho más graves y peligrosos para el menor, como las drogas o la prostitución que, sin embargo, no están concebidas como agravantes[1442].

Esta última disposición pone de manifiesto que el precepto se concibió hace mucho tiempo y castigaba ciertas conductas que en aquel momento se consideraban inmorales, más que ilegales. Actualmente, el menor en Italia tiene capacidad para consentir sexualmente a los 14 años y en España a los 16, en cualquier caso, antes de alcanzar la mayoría de edad. Por ello, el hecho de que se contemple como agravante el ánimo libidinoso del autor choca con los planteamientos actuales, dado que es perfectamente posible que el menor de 14 años ceda libremente a mantener relaciones sexuales con el sustractor y no parece que ello suponga una mayor antijuridicidad para justificar un aumento de la pena.

Esto sobre todo teniendo en cuenta que el matrimonio produce el efecto contrario, quiere decirse, rebaja la pena. Ello expresa que, si las relaciones sexuales se producen sin intención de contraer matrimonio, sirven para agravar. Sin embargo, si se producen con vistas a un futuro matrimonio, sirven para atenuar. Esto es fruto de una incorrecta unión entre Derecho y Moral, dado que no se percibe ninguna vulneración mayor del bien jurídico ni tampoco menor por el hecho de que se persigan fines libidinosos o matrimoniales, en tanto el núcleo de la conducta reside en la separación del menor y sus padres, quiere decirse, en la obstaculización del ejercicio de la patria potestad. Por ello no se comprende ni la agravación ni la atenuación.

Un requisito *sine qua non* para la aplicación de la circunstancia atenuante consiste en que el matrimonio constituya el motivo principal, si no el único, que haya inducido al menor a consentir la sustracción o retención y al autor a realizarla porque, si esa finalidad motivase únicamente al autor pero no al menor, el consentimiento de este último debería considerarse inválido en cuanto no se extiende al sucesivo matrimonio como fin último del autor del delito[1443].

Esto presenta toda la lógica, pues para poder aplicarse la atenuante será necesario que, efectivamente, el motivo de la sustracción gire en torno a esa expectativa de contraer matrimonio. Si la sustracción no obedece a tal fin, aunque quepa en la mente del autor o del menor llegar a contraerlo en algún momento, la circunstancia no puede ser aplicable.

---

[1439] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 668.
[1440] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 335.
[1441] Esto fue introducido por la Ley número 66/1996.
[1442] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 725.
[1443] *Ibídem*, p. 739.

El tipo deja claro que la misma está pensada para el supuesto de que la sustracción obedezca al motivo específico del matrimonio.

Ahora bien, puede ser discutible exigir que también el menor actúe guiado por esta finalidad porque este no es el sujeto activo del delito, por lo que no será penado con base en este precepto. La norma establece que la pena se verá rebajada si el hecho se comete con el fin de contraer matrimonio. El único que está a cargo del hecho, que comete el delito, es el sustractor, por tanto, será en él donde deba residir esa finalidad específica. Lo cierto es que lo más frecuente será que, en estos casos, la finalidad se presente en el sustractor y en el menor, o en ninguno, porque se entiende que si piensan contraer matrimonio es porque ambos así lo han decidido. Sin embargo, cabría considerar el supuesto en el que el menor desconozca este dato, aunque esté dispuesto a aceptar la propuesta matrimonial y no se termina de entender por qué en este caso debería aplicarse el tipo básico, cuando realmente el fin matrimonial es la motivación principal del sustractor.

Otro requisito importante para poder aplicar la atenuante es que el matrimonio pueda producirse, objetivamente hablando, quiere decirse, que no exista un obstáculo que impida la realización del mismo, pues sería difícil entender que se rebaja la pena por este motivo aun cuando el autor de la sustracción, por ejemplo, ya se encuentra ligado matrimonialmente a otra persona y debe obtener el divorcio antes de poder contraer nuevas nupcias con el menor[1444].

Este argumento se comparte, toda vez que no resulta creíble que la sustracción haya obedecido a contraer matrimonio si el autor ya está casado y aún no ha obtenido el divorcio, lo cual demuestra que, a pesar de que es innegable que el autor puede perseguir como fin último o eventual casarse con el menor, no es el motivo principal de la sustracción, puesto que en el momento de la misma no existía posibilidad de llevar a cabo el mencionado proyecto matrimonial. Será necesario que el autor casado, primero lleve a cabo los trámites del divorcio y luego proceda a realizar la sustracción, en cuyo caso sí parece más plausible la aplicación de la pena atenuada.

### 4. La sustracción no consentida de menores o personas discapacitadas

El artículo 574 del Código Penal italiano establece lo siguiente: *El que sustrajere a un menor de catorce años o a un enfermo mental del progenitor que ejerce la responsabilidad parental, el tutor, el curador o quien haya asumido la vigilancia o custodia, o lo retenga contra la voluntad de los mismos, será castigado previa querella del progenitor que ejerce la responsabilidad parental, el tutor o el curador, con pena de prisión de uno a tres años. Con la misma pena será castigado, previa querella de cualquiera de estas personas, el que sustraiga o retenga a un menor que haya cumplido catorce años, sin el consentimiento del mismo para fines que no sean libidinosos o matrimoniales. Se aplican las disposiciones previstas en los artículos 525 y 544*[1445].

[1444] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 739.

[1445] Recuérdese lo explicado anteriormente, con ocasión de la sustracción consentida de menores, en relación con los artículos 525 y 544 del Código Penal, pues ambos están derogados y, por lo tanto, ya no se aplican a ninguna de las dos modalidades de sustracción. De hecho, la tercera de las modalidades, al ser de más reciente creación, ya no los menciona.

Esta segunda modalidad es más parecida a la recogida en el Ordenamiento jurídico español, en tanto se trata de menores o incapaces que, por sus evidentes circunstancias no pueden prestar el consentimiento para la conducta o, en su defecto, un mayor de catorce años que no lo presta, aunque este se considere parcialmente válido[1446]. En cualquier caso, son sustracciones en las que el consentimiento del menor no se tiene en cuenta o brilla por su ausencia y cuya persecución está sujeta a la interposición de querella por parte de los sujetos pasivos, tal y como ocurría en la modalidad anterior.

Por consiguiente, entre las características de este delito se han destacado las siguientes: es un delito común, porque puede ser cometido por cualquiera; de lesión, porque requiere la efectiva lesión del bien jurídico protegido; de mera actividad, por cuanto se perfecciona con la simple ejecución de la conducta ilícita; cometido de forma libre, quiere decirse, por cualquier medio idóneo para lograr la sustracción; y pluriofensivo, dado que protege la responsabilidad parental pero también los intereses del menor[1447], aunque esta posición no es unánime.

Se configura una conducta alternativa, pues por un lado se castiga la sustracción de un menor de catorce años o de una persona discapacitada necesitada de especial protección y, por otro, se castiga la sustracción de un menor de catorce años que no ha prestado su consentimiento, con lo que los medios típicos podrán consistir en violencia, amenaza o engaño[1448]. Por tanto, si en el precepto anterior fallase el consentimiento del menor, la conducta debería ser reconducida a este segundo precepto.

Obviamente, son dos delitos autónomos, quiere decirse, no cabe sostener que este precepto se componga de un tipo básico y un subtipo, pues ambas conductas son castigadas con la misma pena[1449]. Esto expresa que la norma contiene dos delitos diferentes, aunque incardinados en el mismo precepto, dos realidades distintas sancionadas con la misma pena entre las que no existe ninguna relación de subordinación, pues son supuestos bien diversos, en tanto el sujeto de la acción es muy diferente: por un lado, cabe sustraer a un menor de catorce años o un discapacitado (dispuestos en el mismo grupo porque comparten la falta de madurez, en el primer caso por su corta edad y en el segundo por su especial situación psíquica o mental) y, por otro, cabe sustraer a un mayor de catorce años que no consiente en la sustracción, elemento este de la ausencia de consentimiento, que determina la diferencia más relevante con respecto al precepto anterior.

Por otro lado, la pena es, naturalmente, más grave que la del artículo anterior, toda vez que la conducta presenta una mayor gravedad al no contarse con el consentimiento del menor o de la persona discapacitada. Si el artículo 573 preveía una pena de hasta dos años de prisión, el artículo 574 sanciona ambas conductas con una pena privativa de libertad de entre uno y tres años. El hecho de que el menor no haya podido o querido, en el caso de ser mayor de catorce años, consentir en la sustracción ha llevado al legislador a castigar la conducta con una sanción más gravosa.

---

[1446] Se indica parcialmente válido porque, si fuera completamente válido, como en el caso de los mayores de edad, el artículo 573 no existiría.
[1447] TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato…,* Ob. cit., p. 957.
[1448] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1403.
[1449] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 755.

4.1 *El bien jurídico protegido*

He aquí el mismo problema con respecto al bien jurídico protegido y, correlativamente, a los sujetos pasivos que en el caso español. En el artículo anterior resultaba evidente que se protegían los derechos de los padres o de los tutores. Ahora, en esta segunda modalidad, el dato no parece tan claro, sobre todo en lo referente a la sustracción del mayor de catorce años que no consiente. De ahí que, por cuanto concierne a la hipótesis del menor que no consiente para fines diversos al matrimonio o libidinosos, lo cierto es que el elemento esencial es que no existe consenso doctrinal acerca de cuál sea el sujeto pasivo[1450].

En este segundo precepto, cabe entender que la conducta se vuelve pluriofensiva, dado que la doctrina incluye como sujeto pasivo al menor o persona discapacitada sustraída y no solo a los padres o tutores[1451], si bien otros sectores doctrinales apuntan solo al padre y al tutor, incluyendo al curador del discapacitado o a quien posea la vigilancia o la custodia del sujeto[1452]; o bien solo a los intereses del menor a beneficiarse de la asistencia familiar, al menos en la segunda modalidad[1453]. Incluso existe quien, en el conjunto de esos sujetos pasivos, incluye al Estado, en sentido amplio, como portador de todos los intereses generales que deben salvaguardarse para asegurar su satisfacción[1454].

La cuestión no es pacífica, existen tres corrientes bien distintas. Puede decirse que, en realidad, existen dos extremos y una teoría ecléctica que trata de congeniarlos. Así, como se ha visto, algunos académicos optan por situar el bien jurídico solo en los intereses de los padres, tutores o curadores; otros se decantan más bien por cifrar el interés tutelado en los intereses del menor; y, finalmente, otros consideran que la conducta es pluriofensiva y que todos estos intereses entran en la órbita de protección del tipo.

En línea con lo expresado anteriormente, no parece que el legislador haya querido proteger al menor, por dos motivos principales: primero porque el consentimiento de los padres o del tutor elimina la responsabilidad penal, en tanto el bien jurídico queda configurado en torno a los derechos de estas personas; segundo porque son ellos y nadie más los que pueden querellarse contra el sustractor, sin que se haya previsto la posibilidad de que el propio menor se querelle. Por tanto, si el padre y la madre están de acuerdo en el traslado o la retención del menor, ya sea por parte de alguno de ellos o por parte de un tercero, el sustractor no será penado a tenor de este precepto; tercero, porque la conducta gira en torno a la sustracción de la esfera de vigilancia del padre, tutor o curador.

Es innegable que el ejercicio de la responsabilidad se realiza siempre en beneficio del hijo[1455], lo cual hace que se protejan de manera indirecta los intereses de aquel, en tanto lo que se protege de forma directa es el ese ejercicio, que repercutirá luego positivamente

---

[1450] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 336.
[1451] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1617; BELTRANI, S. *Corso di Diritto…,* Ob. cit., p. 770; DELPINO, L. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 459; ANCESCHI, A. *La tutela penale…,* Ob. cit., p. 258; MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 753.
[1452] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 669. MANZINI, V. no comprende por qué no se ha incluido legalmente al menor o incapaz como sujeto pasivo del delito, dado que no prestan el consentimiento o, aun habiéndolo prestado, no es válido. En *Trattato di diritto…*, Ob. cit., p. 957.
[1453] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 139; DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 757.
[1454] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 757.
[1455] Así, por ejemplo, FIERRO CENDERELLI, F. F. *Profili penali del nuovo regime…,* Ob. cit., p. 31.

en el desarrollo del menor. De la misma forma, cuando se vulnera ese ejercicio de la tutela o de la patria potestad, interponiendo obstáculos que puedan impedir el correcto progreso del mismo, esto también repercutirá negativamente sobre el propio menor, que no podrá seguir en la esfera de vigilancia y control de sus padres, dejando así de recibir la adecuada guía que necesita para un correcto desarrollo y crecimiento personal. Sin embargo, todo esto no implica una protección directa por parte del tipo penal, sino que más bien son repercusiones negativas que provoca el delito, al igual que el homicidio de una persona se crea para proteger la vida pero luego dicha muerte puede acabar provocando innumerables consecuencias negativas, por ejemplo, si es la persona que sostenía la economía familiar. De ahí la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado de un delito.

Con todo esto, lo que pretende expresarse es que el bien jurídico protegido no es otro que el derecho de responsabilidad parental de los padres o, en su caso, de tutela del tutor, sin que el menor se constituya ni como objeto de protección ni, por ende, como sujeto pasivo del tipo.

### 4.2 *El juicio de antijuridicidad*

#### 4.2.1 Los sujetos

En lo relativo al sujeto activo, como se ha reiterado, la naturaleza de delito común hace que pueda ser cometido por cualquiera. La doctrina estima que esta conducta también puede ser ejecutada por uno de los padres. Desde la Ley 161/1975, de 19 de mayo, se atribuye la responsabilidad parental a ambos progenitores, con lo que la conducta puede ser perpetrada por parte de un progenitor frente al otro, en ausencia de una resolución judicial que determine que dicha responsabilidad parental se ejerza de manera exclusiva por el progenitor custodio, de forma que si ambos ejercen esa responsabilidad y uno de ellos sustrae al menor impidiendo el correcto ejercicio por parte del otro, alejando a aquel de su esfera personal durante un tiempo relevante, la conducta es típica, al igual que cuando un progenitor se traslada con el menor y cambia de domicilio (sin el consentimiento del otro progenitor), no así si esa sustracción ha durado escasas horas, tal y como determinan los criterios jurisprudenciales[1456]. Por consiguiente, la doctrina italiana, siguiendo a la Jurisprudencia y en contra de lo defendido mayoritariamente en el Ordenamiento jurídico español, incluye como posibles sujetos activos del delito a los progenitores custodios, mientras no ejerzan en exclusiva la responsabilidad parental, toda vez que ambos siguen ejerciendo conjuntamente dicha responsabilidad[1457]. Con la reforma del tipo español operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, se prevé un acercamiento a esta intepretación italiana.

En otras palabras, es posible que el padre o la madre se configure como sujeto activo de la conducta, en tanto no exista una resolución judicial que atribuya la custodia en exclusiva al otro, con independencia de si los padres están casados o no[1458]. Igualmente, también cabe que sea sujeto activo el propio progenitor custodio, ergo ambos siguen ejerciendo la responsabilidad parental, ya que entre ellos existe igualdad de derechos y obligaciones[1459].

---

[1456] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., pp. 1617-1618.
[1457] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1403.
[1458] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1617.
[1459] ANCESCHI, A. *La tutela penale…,* Ob. cit., p. 260.

Esta interpretación se encuentra fuertemente ligada a la que se defendía en el presente trabajo y responde, básicamente, al mismo argumento. Si ambos progenitores ejercen la patria potestad, exista o no resolución judicial que atribuya la guarda y custodia a alguno de los dos, ninguno tiene derecho a sustraer al otro porque la guarda y custodia no implica tener mayores derechos, sino simplemente poder decidir sobre cuestiones cotidianas de la vida del menor, entre las cuales no se encuentra, en absoluto, la de decidir el lugar de residencia de aquel[1460].

Con todo, es necesario que la conducta revista una seria gravedad para que el tipo pueda resultar de aplicación, por lo que no cabe estimar que existe sustracción en una conducta de escasas horas, es decir, de mero retraso en una entrega o devolución, toda vez que la sustracción implica algo más, debe llegarse a lesionar el bien jurídico protegido.

Por ello, la Corte de Casación Penal[1461] ha entendido que sí es posible que este delito sea cometido por parte de un progenitor, siempre y cuando se produzca durante un periodo de tiempo significativo, impidiendo el ejercicio de la responsabilidad parental por parte del otro progenitor, aplicándolo en el caso de una madre que se llevó a la hija durante quince días a otra localidad sin conocimiento del padre, que mantenía la custodia exclusiva, lo que supuso la interrupción del contacto entre ambos. Sin embargo, el mismo tribunal anuló la aplicación de este artículo en un caso en el que la sustracción se había mantenido solo durante tres días[1462].

Esta idea ha llevado a que pueda apreciarse un trato de favor hacia los padres del menor cuando se expone que la sustracción puede ser incluso momentánea, aunque de cierta duración al ser un delito permanente, mientras que se niega esta posibilidad cuando el sustractor es uno de los progenitores, exigiéndose que en estos casos se trate de una duración importante, dejando fuera de la aplicación del tipo aquellos supuestos en que el padre acaba reintegrando al menor tras unas horas de sustracción[1463].

Esta postura resulta coherente y apreciar un trato de favor no debe verse como algo negativo. Indudablemente, no es exactamente igual el tercero ajeno que sustrae al menor que el padre o la madre, sobre todo, en casos de separación o divorcio, cuando hay un cierto horario que cumplir. Si cualquier retraso en la entrega del menor diera lugar a la aplicación del tipo, se vulneraría el principio de intervención mínima. Además, el bien jurídico protegido, que consiste en los derechos relativos al ejercicio de la responsabilidad parental, no resulta lesionado en este tipo de supuestos. Por tanto, conceder un cierto margen al padre y a la madre, puesto que es un caso más específico, no es descabellado.

También es típica la conducta del padre que se traslada al extranjero con el consentimiento del otro pero permanece más tiempo del acordado, negándose a devolver al menor al lugar de residencia habitual; consecuentemente, no habrá de estimarse responsabilidad penal en aquellos casos en los que uno de los padres se traslada con el menor por un corto espacio de tiempo, devolviéndolo luego al hogar familiar[1464].

---

[1460] En el mismo sentido, FILIPPIS, B. *Manuale di Diritto di Famiglia. Parte Penale*. CEDAM, Padua, 2006, p. 137.
[1461] Sentencia Corte de Casación número 28561, de 28 de marzo de 2018.
[1462] Sentencia Corte de Casación número 4186, de 19 de octubre de 2016.
[1463] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1617-1618.
[1464] *Ibídem*, p. 1618.

Concluyendo, los padres pueden también ser sujetos activos del delito, sin distinción entre el progenitor custodio y el que no lo es, el acento se sitúa en el impedimento de uno a otro para el ejercicio de la responsabilidad parental. Así, la Corte de Casación Penal condenó por el artículo 574 a una madre que tenía la custodia de la niña y se la llevó lejos del padre, consintiendo contacto entre ellos solo vía telefónica[1465]. Efectivamente, también en esta sustracción no consentida, el sujeto pasivo no será el menor, sino la persona a la que corresponde la tutela o la responsabilidad parental, que es la persona que va a sufrir obstáculos para desarrollar ordinariamente su labor, al menos en la primera de las dos alternativas típicas. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de esta madre que permite al padre tener contacto con el menor solamente vía telefónica, de forma que aquella es considerada sujeto activo del delito de sustracción precisamente por ese impedimento para poder ejercer con normalidad la patria potestad.

Por otro lado, puede encontrarse una corriente que indica que el interés en el adecuado funcionamiento de la asistencia a aquellas personas que lo necesitan, como las personas menores de edad, aun cuando sean mayores de catorce años, o las personas discapacitadas, es un interés público, *interest reipublicae,* lo que convierte en sujeto pasivo al Estado-persona como portador de todos los intereses de naturaleza personal que deber ser penalmente tutelados para asegurar su satisfacción[1466].

### 4.2.2 La conducta típica

En cuanto a la conducta, son tres las hipótesis que pueden considerarse incluidas en el precepto: la sustracción de un menor de catorce años, la sustracción de una persona discapacitada, o la sustracción de un menor de edad pero mayor de catorce años que no consiente en ese traslado o retención, siendo que en los dos primeros supuestos no importa si el menor o el discapacitado consienten, en tanto el consentimiento es irrelevante[1467].

Por tanto, es preferible realizar algunas apreciaciones por separado de cada una de las modalidades. La primera integra la sustracción de menores de catorce años o de personas discapacitadas. Estos sujetos presentan una característica común: el eventual consentimiento que pudieran prestar es inválido porque no presentan la madurez suficiente para ello, ya sea porque aún son demasiado jóvenes o porque poseen sus facultades alteradas.

El precepto italiano es más completo que el español en el sentido de que se refiere tanto a los menores de catorce años como a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Ello permitiría incluir en el tipo aquellos supuestos en que el progenitor sustrae a un hijo en situación de patria potestad prorrogada, que suele obedecer a la falta de capacidad del hijo mayor de edad. Por el contrario, el precepto español solo se refiere a menores de edad, cerrando la posibilidad de aplicar el tipo a los casos que acaban de mencionarse.

Por cuanto concierne a la prueba de la edad, es suficiente con el certificado de nacimiento, en tanto es un dato objetivo; mayor dificultad probatoria reviste el caso de las personas discapacitadas, lo que obliga al juez a informarse específicamente acerca de

[1465] PADOVANI, T. *Codice Penale…*, Ob. cit., (2014), p. 3117, citando la resolución de la Corte de Casación de 4 de noviembre de 2009, número 42370.
[1466] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 758.
[1467] MARINI, G., *et al. Commentario al…,* Ob. cit., p. 2664.

este extremo[1468]. Por ende, simplemente con el certificado de nacimiento o incluso el D.N.I, cabe averiguar fácilmente la edad del menor, con el objetivo de afirmar certeramente si ha alcanzado ya los catorce años o no. Empero, si se trata de una persona discapacitada, el juez deberá recabar informes por parte de peritos expertos en esta materia que demuestren que realmente la persona presenta una discapacidad.

La ausencia de violencia o engaño constituye el presupuesto principal del delito, mientras que el consentimiento del sustraído deviene irrelevante, dada su falta de madurez al no haber cumplido todavía los catorce años[1469], a lo que habría que añadir la posibilidad de que esa incapacidad provenga de algún tipo de anomalía o enfermedad.

Difiere el segundo supuesto, quiere decirse, cuando el sustraído es un menor de catorce años que no presta su consentimiento. En relación con este supuesto, se ha afirmado que la falta de consentimiento no debe asociarse automáticamente a la oposición a la sustracción, por lo que parece más bien un supuesto en el que no se cuenta con un consentimiento expreso del menor[1470]. De hecho, hay quien defiende que, aunque el consentimiento no sea expreso, cabe perfectamente extraer la oposición del menor que se revuelva contra el sustractor, recurriendo este a medios comisivos violentos, engañosos o fraudulentos para consumar la sustracción[1471].

El consentimiento siempre es un tema espinoso debido a la complejidad que presenta. Cuando el consentimiento es expreso, esa complejidad disminuye notablemente, hasta casi desaparecer, pero no todos los casos cuentan con este tipo de consentimiento. En cuanto a la primera de las dos ideas apuntadas no se puede compartir por un motivo muy concreto y es que la misma parece estar afirmando que se requiere un consentimiento expreso del menor para que el tipo no resulte aplicable, en cuyo caso no es que la conducta devenga atípica, sino que encajaría en el primero de los artículos estudiados, el artículo 573[1472]. El consentimiento tácito, si bien más problemático a efectos de prueba, es igualmente válido. Entonces, una vez que el consentimiento existe, independientemente de la forma de expresión, la conducta debería quedar fuera del tipo. Por ejemplo, si el menor no consiente de manera expresa la sustracción pero prepara sus maletas o colabora en la huida, no existirá un consentimiento expreso pero sí tácito. Por tanto, no es que el tipo se refiera a un consentimiento expreso.

En cuanto a la segunda de las ideas, esta también merece un comentario. Es cierto que la falta de consentimiento no tiene por qué identificarse con una oposición del menor, puesto que es posible no oponerse y, al mismo tiempo, no consentir. No se requiere una oposición enérgica del menor y tampoco cabe asumir que la falta de aquella implique la presencia de un consentimiento, en vista de que esto ya entraría en la capacidad de reacción de cada persona.

El consentimiento debe existir para eliminar la atipicidad del comportamiento en relación con esta modalidad de sustracción, siendo indiferente si se ha expresado de

[1468] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 764.
[1469] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., 1618.
[1470] MARINI, G., *et al. Commentario al…,* Ob. cit., p. 2664.
[1471] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 765.
[1472] Recuérdese que en Italia la sustracción de un menor de edad nunca quedará exenta de responsabilidad penal mientras que no se cuente con la autorización expresa de los padres o tutores. La inaplicación de este tipo por contar el sustraído con más de catorce años, incluso consintiendo este en la sustracción, es punible, aunque por la modalidad recogida en el artículo 573.

manera expresa o tácita, sin que en ningún caso pueda obligarse al menor a presentar una oposición contundente para interpretar que no existía el consentimiento.

Se afirmaba el hecho de que la falta de consentimiento cabe ser extraída de la oposición del menor, pudiendo requerir el autor la violencia o la intimidación para perpetrar la conducta. Sin embargo, habrá que observar detenidamente las circunstancias concretas del caso porque es posible que, en este supuesto, se cambie de tipo, orientándose la conducta hacia el delito de secuestro de persona o, incluso, que exista un concurso de delitos entre ambos tipos, sin contar con un posible tercer delito si esa violencia acaba convertida en una lesión. Esto es así, en tanto si el sustractor necesita utilizar la violencia o la intimidación, puede también suceder que se necesite el encierro de la persona para evitar que escape, lo cual atentaría de forma directa contra la libertad personal del menor. Es decir, puede ocurrir que para el caso de que se sustraiga al menor sin su consentimiento, resulta de aplicación el artículo 605, relativo al delito de secuestro de persona[1473]. A priori no puede darse una respuesta de los tipos penales aplicables a estos supuestos, dependerá de cómo sucedan los acontecimientos en cada caso concreto.

Por otra parte, el tipo exige que el sustractor, en la segunda conducta, actúe guiado por fines distintos a la satisfacción del ánimo libidinoso o a contraer matrimonio con la persona sustraída, aunque si la sustracción sobre el discapacitado se produce por estos fines, también deberá aplicarse este tipo, toda vez que el artículo 524, que era específico con respecto a aquel, ha sido derogado[1474].

Además, la doctrina exige para la sustracción no consensual no solo la ofensa a la patria potestad o a la autoridad del tutor o del curador, sino también a los intereses del discapacitado o menor[1475]. Esta idea irá en la línea de pensamiento acerca del bien jurídico protegido, de forma que solo será defendible desde una óptica de protección que integre los derechos del menor, no así en el supuesto de que se estime protegido únicamente el derecho del ejerciente de la patria potestad o de la tutela.

Finalmente, cabe añadir que este delito también presenta naturaleza de delito permanente porque se caracteriza por una situación inicial constituida por la sustracción del menor, que se mantiene durante la retención, integrando una conducta activa dirigida a mantener el control sobre aquel, con la posibilidad de utilizar esta situación para fines diversos[1476] y, requiriendo, asimismo, que la conducta se mantenga durante un cierto periodo de tiempo[1477].

### 4.2.3 Las causas de justificación

En cuanto a las causas de justificación, cabe ahora la remisión a lo apuntado anteriormente con ocasión de la modalidad de sustracción consentida. Es necesario que la causa alegada sea objetivamente justificante, con independencia de que el autor actúe guiado por un ánimo o un fin honesto. Así, la Corte de Casación Penal sí que castigó por sustracción de menores, aplicando el artículo 574, a un padre que sustrajo a la hija para

[1473] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1403.
[1474] *Ibídem*, p. 1403.
[1475] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 766.
[1476] LATTANZI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1617; GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 669.
[1477] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 336.

evitar que esta fuera sometida a una operación quirúrgica peligrosa y superflua, toda vez que la misma podría haber sido evitada simplemente no prestando el consentimiento para aquella[1478].

Este caso es significativo de la explicación otorgada. El padre actúa con un motivo honesto, cual es, evitar una operación a su hija que en poco podría ayudarla pero que, por el contrario, representaba un gran peligro para ella. El motivo, como se dice, es honesto, pero la Corte no aprecia en esa causa una justificación objetiva, en vista de que existían otras vías para evitar que se produjera la operación, algo tan sencillo como la negación a prestar el consentimiento para la misma. Por consiguiente, no basta con que se produzca el elemento subjetivo de la justificación, sino que es necesario que se halle presente también el elemento objetivo, de forma que realmente exista la cualidad justificante alegada. Los motivos honestos no deben excluir el delito, sino simplemente atenuarlo; esto expresa que, el hecho de que el sustractor alegue un motivo honesto para la sustracción no debe ser valorado como eximente, sino que realmente habrá de valorarse objetivamente si la circunstancia permite justificar la conducta, más que la honestidad del fin[1479].

### 4.3 *El juicio de culpabilidad*

Por cuanto respecta al juicio de culpabilidad, el dolo genérico debe abarcar, en el caso de la sustracción de una persona discapacitada o de la persona menor de catorce años, el estado mental en el que se encuentra la primera y la corta edad de la segunda, entendiendo que el consentimiento de ninguna de las dos es válido para consentir la sustracción; en el supuesto de la sustracción de la persona mayor de catorce años, el dolo incluiría el conocimiento de que dicha persona ya ha cumplido los catorce años y que presenta unas facultades mentales normales correspondientes a su edad y, en consecuencia, que no consiente la sustracción[1480].

El dolo debe extenderse a todos los elementos típicos, lo que determina que el sujeto activo deba conocer la situación del menor de catorce años, del discapacitado y de la posibilidad de no consentir del mayor de catorce. Ello implica que pueda existir algún error de tipo, en el caso de que se desconozca el estado mental del sujeto sustraído, su minoría de edad o, para el caso de que sea mayor de catorce años, la falta de consentimiento.

Así, se ha defendido que será poco frecuente el error relevante en estos casos, es decir, que posea relevancia exculpatoria y ello porque, en el caso de la sustracción de la persona discapacitada, ciertamente el sujeto puede alegar que pensaba que contaba con el consentimiento de los padres, pero esto solo excluirá la culpabilidad para el caso de que pueda afirmarse que el sujeto activo ha actuado no en beneficio propio, sino en interés de la persona sustraída; en el caso de que el sustractor alegue que pensaba que estaba sustrayendo a una persona ya capacitada para entender y querer la situación, solo cabrá excluir la culpabilidad en el caso de que la enfermedad mental sea oculta y no quepa ser fácilmente identificada por un tercero[1481].

---

[1478] Corte de Casación Penal, Sentencia número 12615 de 16 de marzo de 2010.
[1479] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 768.
[1480] DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 769.
[1481] *Ibídem*, p. 770.

Se comparte este argumento parcialmente. Dos ideas acaban de afirmarse a las que cabe realizar un breve comentario. Por un lado, que el sujeto que cree contar con el consentimiento de los padres, podrá excluir el dolo si ha actuado en pro de los intereses del menor. Por otro, el sujeto que cree estar sustrayendo a una persona mentalmente sana y resulta ser discapacitada, estará bajo un error siempre y cuando esa enfermedad esté oculta.

El primer supuesto dependerá del bien jurídico que se estime protegido, en tanto si se considera que solo la responsabilidad parental o tutelar es el interés objeto de protección, será suficiente con creer contar con el consentimiento de los padres o el tutor para que se produzca el error (errore di fatto[1482]), pues en ese momento no se estaría vulnerando (al menos, en la mente del sujeto) ese interés; ahora bien, si se incluye el interés superior del menor, entonces sí será necesaria la actuación en beneficio de aquel para dar cabida al error. El tenor del precepto parece decantarse más por la primera opción.

En el segundo supuesto, el argumento se comparte plenamente. Si el sujeto alega desconocer la enfermedad del sustraído, será necesario que la misma no sea percibida a simple vista, de lo contrario, no se podrá utilizar el argumento. Una vez que queda patente que la discapacidad no se apreciaba fácilmente, habrá que analizar si el sujeto podría haber conocido la verdadera situación del sustraído actuando diligentemente para saber si el error es de carácter vencible o invencible. Si lo que ocurre es que el sujeto cree que la persona es mayor, debido a ese desarrollo físico o psicológico, creyendo que sustrae a una persona mayor de catorce años que consiente, el error provocará la aplicación del artículo 573, debido a que el dolo se identifica con dicha modalidad típica[1483].

4.4 *Problemas relativos al iter criminis*

Esta segunda modalidad se consuma, asimismo, con la salida del menor de la esfera de vigilancia y control parental y es igualmente susceptible de quedar en grado de tentativa, siempre y cuando los actos sean idóneos para representar una situación de peligro actual de lesión del bien jurídico protegido por la norma[1484]. Así, se consideró tentativa de sustracción el caso de un sujeto que se presentó en una escuela para intentar apoderarse insistentemente de un menor, asegurando que estaba encargado de este debido a la imposibilidad de los padres de hacerse cargo, algo que no consiguió debido a la oposición de la maestra[1485].

4.5 *Cuestiones concursales*

En línea con la doctrina española, es posible un concurso de delitos con el artículo 605 de secuestro de persona, cuando además de la responsabilidad parental o la tutela del menor, se haya vulnerado la libertad personal del menor o el incapaz, si bien esto no es algo pacífico en la Jurisprudencia, pudiendo encontrarse resoluciones que no aplican el delito de secuestro y otras que sí, dependiendo del concepto que cada tribunal posea de "libertad" y de si estima o no que dicha tutela se extiende a las personas

[1482] Regulado en el artículo 47 del Código Penal.
[1483] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 771.
[1484] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1404.
[1485] ALIBRANDI, L. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1553, con cita de la Sentencia de la Corte penal de Casación, número 44260, de 30 de octubre de 2013.

discapacitadas[1486]. Esto ocurrirá cuando el menor disponga de la capacidad suficiente como para decidir y haya manifestado verbalmente o de cualquier otro modo su voluntad contraria al traslado o la retención[1487].

Con respecto a la posibilidad concursal en relación con el artículo 388, como ya se ha visto, durante un tiempo la Jurisprudencia lo consideró delito especial frente al de sustracción cuando el padre sustraía al niño sometido a la custodia del otro, algo que se ha criticado por vulnerar el principio de igualdad, dado que, aparte de la sustracción, en estos casos también se incumple una resolución judicial, sin embargo se castigaría con una pena inferior (la del artículo 388) a la que correspondería al sustractor que no incumple ninguna resolución, siendo posible, por ello, el concurso de delitos[1488]. Ambas figuras delictivas presentan, por un lado, un núcleo de elementos comunes y, por otro, elementos recíprocamente heterogéneos que no conforman ni una relación de identidad ni una relación de especialidad, sino que son propios de cada una de ellas, lo que hace pensar que se trata de un concurso de delitos, siendo que en los supuestos en que se produce la sustracción incumpliendo una resolución judicial, parece existir una doble ofensa[1489]. La existencia de estos elementos heterogéneos posibilita la apreciación del concurso de delitos, distinguiéndose ofensas distintas que pueden constituir conductas antijurídicas diferentes y la apreciación del concurso de normas no terminaría de recoger plenamente el desvalor del comportamiento.

### 5. La sustracción de menores al extranjero

El artículo 574 bis del Código Penal italiano establece lo siguiente: *Salvo que la conducta integre un delito más grave, el que sustrajere a un menor del progenitor ejerciente de la responsabilidad parental o del tutor, conduciéndolo o reteniéndolo en el extranjero, contra la voluntad de dicho progenitor o tutor, impidiendo total o parcialmente el ejercicio de la responsabilidad parental, será castigado con la pena privativa de libertad de entre uno y cuatro años. Si el hecho es cometido contra un menor de catorce años cumplidos y con su consentimiento, se aplicará una pena privativa de libertad de seis meses a tres años. Si el hecho es cometido por parte de un progenitor contra su hijo menor, la condena supondrá la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.*

Este precepto contiene las mismas conductas de los artículos anteriores, pero con la introducción de un nuevo elemento típico: el menor es trasladado o retenido en el extranjero. Así, se ha entendido como una subespecie del precepto anterior[1490]. Aunque este precepto bebe de la misma esencia que los anteriores, la doctrina italiana ha señalado tres diferencias clave entre el mismo y sus predecesores: es un delito perseguible de oficio, contiene una sanción más grave e integra la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental[1491]. Así, el precepto alude a dos hipótesis bien distintas: o bien el menor es ilícitamente trasladado al extranjero por parte de un sujeto

---

[1486] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., pp. 2786-2787.
[1487] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1404.
[1488] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2787.
[1489] BACCI, M. "Elusione del provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori e sottrazione di incapaci: concorso aparente di norme o concorso formale di reati?", *Casazzione Penale*, año XXVIII (I), 1988, p. 869.
[1490] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 670.
[1491] DIPAOLA, L. *Codice Penale...,* (Vol. VI), Ob. cit., p. 868.

no autorizado para ello; o bien el menor no es devuelto al país de residencia habitual cuando ha sido lícitamente trasladado al extranjero[1492]. Se trata de un delito residual, toda vez que será de aplicación siempre que la conducta no integre un delito más grave. De nuevo, la conducta típica consiste en sustraer al menor contra la voluntad del padre o el tutor, impidiendo el ejercicio de la responsabilidad parental.

Señala la doctrina que este tercer precepto fue introducido por la Ley 94/2009, tratando de hacer frente a un fenómeno en expansión como era la sustracción y el traslado de hijos menores al extranjero cuando los padres eran de nacionalidades distintas, si bien mantiene el mismo carácter pluriofensivo porque afecta tanto a los intereses familiares como a los derechos del niño, configurándose como una especie de modalidad especial de los artículos anteriores[1493]. Por tanto, se trata de una disposición introducida con el objetivo de frenar el fenómeno específico de sustracción internacional de un menor al ejerciente de la patria potestad o al tutor, particularmente cuando esto procede del otro progenitor en caso de separaciones conflictivas de parejas mixtas (de distinta nacionalidad)[1494]. El precepto ha sido pensado como una forma de potenciar la tutela de aquellas personas más débiles y la tutela de los menores[1495].

Esta nueva incorporación en 2009 demuestra una vez más que Italia es un país que sufre este fenómeno de sustracción parental. A pesar de que el delito de sustracción de menores se configura como un delito común, lo cierto es que este tercer precepto ha sido creado como forma de respuesta a un tipo muy específico de sustracción: la sustracción parental, que adquiere tintes internacionales una vez que uno de los padres huye con el menor a otro Estado, normalmente el de su origen. Esto expresa una honda preocupación por esta figura delictiva, que constituye el motivo principal de la reforma penal.

De hecho, un estudio realizado por la doctrina italiana reveló una serie de datos tan interesantes como los siguientes: si la sustracción es internacional, el menor suele ser trasladado al país de origen del sustractor, siendo que la duración de aquella suele rondar entre ocho días y un mes si es dentro del país y entre dos meses y un año si es internacional[1496].

Además, debe tenerse en cuenta que es el único artículo que hace referencia expresa al progenitor, no para circunscribirlo como única persona capaz de cometer el delito, no es esta una modalidad delictiva de naturaleza especial, sino que solo se le menciona para incluir una pena de suspensión del ejercicio de la patria potestad para el supuesto de que sea el padre o la madre quien realice la conducta contra el hijo menor. Ello es así porque este delito implica un abuso de la responsabilidad parental, de acuerdo a lo previsto en el apartado segundo del artículo 34 del Código Penal, lo que supone una circunstancia agravatoria que justifica la imposición de dicha pena accesoria[1497].

De esta forma, no se ha creado un tipo específico para los casos de sustracción parental internacional, sino que simplemente se ha incluido un nuevo tipo entre los delitos de

[1492] SEMERARO, P. *Famiglia e…,* Ob. cit., p. 95.
[1493] BELTRANI, S. *Corso di Diritto…,* Ob. cit., p. 771.
[1494] MENEGHELLO, M. *Diritto penale…*, Ob. cit., p. 675.
[1495] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2790.
[1496] REDOGLIA, E. "La sottrazione di…", Ob. cit., pp. 15 y ss.
[1497] BARTOLI, R. "Sospensione della responsabilità genitoriale e ragionevolezza: cadono ulteriori automatismi e si affaciano nuove questioni di leggitimità", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año LXIII (4), 2020, p. 1968.

sustracción, que afecta a los ya existentes, por cuanto se agrava la pena precisamente por ese componente internacional que dificulta la localización y el retorno del menor al lugar de residencia habitual, al tiempo que se introduce una pena muy concreta para el caso de que el sujeto activo sea el padre o la madre del menor sustraído, motivo por el cual esta pena no afectará a terceros que pudieran perpetrar el delito, sino solamente al padre y a la madre. La propia Corte de Casación Penal ha aplicado este precepto en un caso en el que uno de los progenitores traslada al hijo menor de edad fuera del Estado que constituye el lugar de residencia habitual[1498].

5.1 *El bien jurídico protegido*

El interés tutelado por este precepto, según la doctrina, es tanto la responsabilidad parental, la patria potestad, como los intereses del menor, configurándose así como un delito pluriofensivo[1499], incluyendo ese derecho del hijo a vivir en un cierto ambiente, en su hábitat natural, siguiendo las indicaciones de los padres[1500].

Sin embargo, el precepto parece seguir señalando únicamente como bien jurídico los derechos del progenitor o del tutor, por lo que se descarta, bajo los mismos argumentos esgrimidos en relación a los artículos anteriores, que el bien jurídico protegido sean los intereses del menor.

5.2 *El juicio de antijuridicidad*

Al tratarse de un tipo mixto alternativo, no solo se recoge el hecho de sustraer a un menor, sino que incluye una segunda variante delictiva: alternativamente, es posible cometer este delito mediante la sustracción de un menor pero mayor de catorce años que haya consentido la sustracción, castigándose con una pena más moderada. En este caso, igual que se veía con ocasión del artículo 573, será necesario que el menor haya manifestado libremente, sin violencia, engaño o amenaza ese consentimiento y siempre antes de que se ejecute la conducta[1501].

En este sentido, el artículo 573 comparte elementos típicos con el artículo 574 bis en la segunda de las modalidades. La conducta es idéntica, salvo que en este último precepto se introduce un elemento distinto, objetivo, consistente en que el menor llega a salir al extranjero, acaba fuera de las fronteras italianas. Debido precisamente a esa relación de identidad entre la sustracción consentida de menores y la sustracción consentida de menores en el extranjero, pueden considerarse comunes los elementos típicos estudiados con motivo del estudio del artículo 573, pues lo único diferente es ese elemento de internacionalidad que no está presente en dicho precepto.

En este caso, el menor tampoco resultará penado porque el legislador no lo ha incluido en el tipo, si bien se defiende la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal como partícipe para el caso de que haya sido precisamente el menor el que haya instigado al sustractor a realizar el tipo[1502]. El legislador no ha previsto que el menor sea el autor de la conducta, sino que se refiere en todo momento a que es el sustraído, aun cuando es

[1498] Sentencia de la Corte de Casación Penal número 45266 de 14 de octubre de 2014.
[1499] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di…*, Ob. cit., p. 337.
[1500] LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro…,* Ob. cit., p. 67.
[1501] SEMERARO, P. *Famiglia e…,* Ob. cit., p. 98.
[1502] *Ibídem*, pp. 98-99.

posible que haya sido la persona que haga nacer la voluntad criminal en la mente del sustractor, en cuyo caso podría considerarse que es un inductor, lo cual refuerza la teoría de que no es el sujeto pasivo de la conducta.

Desde el momento en que se incluye un elemento internacional, cabe hacer una breve referencia al mismo. Como todos los países que forman parte de los Convenios internacionales al respecto, Italia cuenta con una Autoridad Central dedicada a esa cooperación entre Estados, tan relevante en un delito como el de sustracción de menores. Esa Autoridad Central es el Departamento para la justicia de menores, adscrito al Ministerio de Justicia[1503]. Italia también tardó unos años en adherirse a los distintos instrumentos internacionales. Así, ratificó el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 con la ley número 64/1994, de 15 de enero[1504].

A propósito de este Convenio, se defiende que es el instrumento más simple, más directo y más eficaz en la lucha contra la sustracción de menores porque ofrece soluciones sin preocuparse de las cuestiones jurídicas: verificada una sustracción por parte de un sujeto que pretende vulnerar los derechos del otro progenitor, se pone remedio a esa situación ilícita y se prevé el reintegro del menor a su país de residencia habitual, consiguiéndose un triple resultado consistente en la eliminación de las ventajas que el sustractor pretende obtener; el impedimento del sufrimiento de perjuicios por parte del menor, que es rápidamente devuelto a su lugar de residencia; y la dejación de las cuestiones relativas a la custodia para el juez competente del Estado de residencia habitual[1505].

5.3 *El juicio de culpabilidad*

La culpabilidad también quedará concretada en un dolo genérico que deberá recaer sobre todos los elementos, quiere decirse, el conocimiento y la voluntad de sustraer al menor, de trasladarlo al extranjero, así como la certeza de la voluntad contraria por parte del ejerciente de la patria potestad, queriendo impedir de manera efectiva dicho ejercicio[1506].

Según la Jurisprudencia italiana[1507], este delito requiere un dolo que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de sustraer al menor de la esfera de control del otro progenitor, por lo que no sería suficiente el mero traslado a un sitio diferente, debiendo durar esa sustracción un tiempo razonable que impida el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de aquel.

5.4 *La pena*

En cuanto a la pena, el primer supuesto prevé prisión de uno a cuatro años, una pena mucho más elevada que para el resto de tipos de sustracción, en un intento del legislador

[1503] RIONDATO, S. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 684.
[1504] ROMANO, B. "La sottrazione del…", Ob. cit., p. 718.
[1505] REDOGLIA, E. "La sottrazione di…", Ob. cit., p. 8.
[1506] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 670.
[1507] Sentencia del Tribunal de Chieti núm. 653/2018, de 17 de mayo.

de establecer un régimen mucho más estricto, incluyendo asimismo una pena accesoria de suspensión para el ejercicio de la responsabilidad parental[1508].

Ese elemento internacional ha conducido a una notable elevación de las penas y es precisamente en este tercer precepto en el que el Código hace mención expresa a la posibilidad de que sea el propio progenitor el que lleve a cabo la conducta. Así, la pena será privativa de libertad de entre uno y cuatro años en el tipo básico, pero se incluye una modalidad atenuada que rebaja la pena a una duración de entre seis meses y tres años si el menor ya ha cumplido los catorce años y consiente en la sustracción. Finalmente, el precepto determina que, si es el progenitor el que lleva a cabo la sustracción, la pena englobará la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Al respecto de esta última pena, el tipo no termina de dejar claro si al progenitor se le castiga con la misma sanción que al extraño, más la suspensión para el ejercicio de la responsabilidad parental o solo con esta última. La doctrina la considera pena accesoria[1509], lo que indica que será una pena añadida a la privativa de libertad, que actuará como pena principal[1510].

La suspensión de la responsabilidad parental aparece en el artículo 34 del Código Penal y supone la incapacidad del padre de ejercitar cualquier tipo de derecho que le corresponda sobre el menor. Igual que ocurre con la legislación penal española, la suspensión implica que el progenitor queda privado de los derechos, pero las visitas se configuran como un deber, razón por la cual deberían mantenerse siempre y cuando esto no sea dañino para el interés superior del niño. En cuanto a su duración, el artículo 574 bis no indica ninguna expresamente, por lo que deberán seguirse las reglas generales de extensión durante el doble del tiempo de la pena principal impuesta en cada caso concreto.

Constituye una reciente novedad que el Tribunal Constitucional italiano haya declarado inconstitucional el tercer párrafo del precepto, quiere decirse, la imposición de una pena automática de suspensión del derecho de ejercicio de la patria potestad para el padre que perpetra la conducta sobre el hijo menor[1511]. Según el Tribunal, el juez debe valorar caso por caso si esa suspensión se corresponde con los derechos del menor pero la imposición automática de la pena accesoria de la suspensión comportaría una vulneración muy significativa del derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores. Realmente este extremo se enlaza con la idea que se expondrá a continuación.

El pronunciamiento se produce con motivo de la Sentencia condenatoria del Tribunal de Grosseto (de 30 de abril de 2016) a una mujer, que fue sancionada con una pena de prisión de dos años y un mes, unida a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por haber cometido un delito de desobediencia del artículo 388 del Código Penal, al haber incumplido en varias ocasiones lo dispuesto en la resolución judicial acerca de la custodia de sus hijos, y un delito de sustracción de menores del artículo 574 bis del Código Penal, dado que los trasladó a Austria sin el consentimiento del padre.

---

[1508] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2792.

[1509] A propósito de las penas accesorias, indica MANTOVANI que, si bien antaño tenían el carácter de penas infamantes, poseen más que una finalidad preventivo-general, tienen en la mayor parte de los casos una función preventivo-especial, en el sentido no tanto de reeducación cuanto de eliminar objetivamente aquellas condiciones que puedan suponer una recaída en el delito. En *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 777.

[1510] PEZZANO, R. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 1405.

[1511] STC núm. 102/2020, de 29 de mayo.

Esta resolución no solo fue confirmada por la Corte de Apelación de Florencia en Sentencia de 6 de abril de 2018, sino que incluso la pena fue ampliada hasta los dos años y medio de prisión a petición del Ministerio Fiscal. Posteriormente, la condenada presentó recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la ilegitimidad constitucional de la aplicación automática de la pena accesoria de suspensión para el ejercicio de la responsabilidad parental.

Ante esto, el Tribunal Constitucional[1512] expone que cuando esta medida, tanto de suspensión como de privación, es adoptada por un Tribunal de familia, el magistrado posee la oportunidad de decisión acerca de la conveniencia de tal adopción, oportunidad vetada para los tribunales penales, sin contar con el hecho de que esa aplicación automática de la pena accesoria confronta el principio de reeducación de la pena. Además, la previsión de una duración prefijada de la pena accesoria presenta dudas constitucionales porque atenta contra el principio de proporcionalidad y el principio de individualización de las penas.

A continuación, el Tribunal Constitucional recoge las tres razones por las que el juez *a quo* duda sobre la legitimidad de la disposición: impone al juez de lo penal la obligación de imponer la pena aun cuando ello sea contrario al interés superior del menor; viola el derecho del menor a mantener relaciones con ambos padres; introduce un automatismo que confrontaría la necesidad de evaluar caso por caso la adopción de una resolución beneficiosa para el menor.

Por tanto, se confirma que esta pena accesoria posee características muy concretas, toda vez que inciden no solo sobre el condenado, sino también sobre el menor, que es el co-protagonista de la relación. Además, resulta que esta pena accesoria no siempre es acorde con el interés superior del menor, como presupone el legislador.

Tras toda esta extensa argumentación, muy acertada, por cierto, el Tribunal Constitucional señala la inconstitucionalidad de esta disposición automática, algo que también resulta contrario a la normativa internacional y al Derecho de la Unión Europea en materia de tutela de menores, siendo ambos cuerpos normativos vinculantes para el Ordenamiento italiano, por lo que se modifica ese automatismo y se impone la necesidad de observar, caso por caso, si la suspensión del ejercicio de la patria potestad es la solución más idónea para el menor.

Puede plantearse, en relación con la pena de suspensión y al hilo de lo que acaba de mencionarse, el mismo debate que en el caso de la legislación española. Esa suspensión puede o no comportar, asimismo, la suspensión del régimen de comunicación. Parece que la respuesta es la misma que en nuestro Ordenamiento jurídico: si el derecho de visitas se configura como un deber para el padre[1513], el hijo no debe perder su derecho por mucho que aquel haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad, en tanto en cuanto una pena no puede afectar a los derechos del menor, que es la persona que realmente se trata de proteger. Ahora bien, lo que puede ocurrir es que esas visitas sean perjudiciales para el niño, en cuyo caso la suspensión debería aplicarse, pero esa suspensión no respondería a la suspensión del padre del ejercicio de la patria potestad sino a esa mala influencia que este genera que conlleva la posibilidad de que el menor pueda verse perjudicado si mantiene la comunicación con el sustractor.

[1512] STC núm. 102/2020, de 29 de mayo.
[1513] FACCI, G. *I nuovi danni nella…,* Ob. cit., p. 82.

Con la nueva Sentencia del Tribunal Constitucional, parece que la idea que se refleja es que la suspensión comporta siempre la ruptura del vínculo del padre condenado con el hijo. Por este motivo, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del precepto, evitándose así que en todo caso el progenitor sustractor acabe rompiendo vínculos con el menor. Como solución, se plantea el hecho de que esta condena de suspensión sea opcional para el juez, que debe valorar en cada caso concreto si el mantenimiento de comunicación entre padres e hijos contribuye o no a los intereses del hijo.

Sea como sea, lo cierto es que el Tribunal Constitucional italiano acaba concluyendo la misma idea que se defiende en el presente trabajo: no se puede establecer la regla general de que una sustracción de menores debe siempre comportar una ruptura de vínculos entre padres e hijos, sino que habrá que valorar caso por caso. Ello es así porque la suspensión de la responsabilidad parental no solo sirve para proteger al menor, sino que también presenta efectos perjudiciales para aquel, por lo que no debe adoptarse solo con el mero abuso del derecho por parte del progenitor, sino cuando dicho abuso constituya un perjuicio para las relaciones entre el menor y el padre[1514].

En consecuencia, se proponen dos opciones: o bien se aplica automáticamente la pena de suspensión, teniendo en cuenta que dicha pena puede ser compatible con el mantenimiento de un régimen de comunicación en mayor o menor grado; o bien se retira el carácter automático de la pena de suspensión, pasando esta a ser opcional para el juez, que deberá valorar en cada caso si el interés superior del menor pasa por seguir teniendo contacto con el progenitor sustractor, en cuyo caso no debe aplicarse la pena, pues esta conllevará la mencionada ruptura.

Esta última es la que parece casar mejor con los postulados jurisprudenciales italianos, que abogan por modificar el carácter imperativo de la pena de suspensión y convertirla en una pena potestativa, de forma que el juez pueda decidir si imponerla o no, de acuerdo con las circunstancias del caso. La opción es absolutamente correcta dado que la gravedad a la que se prestan estas conductas es muy variable, permite un rango muy amplio de lesión al bien jurídico protegido y resulta acertado marcar un determinado margen de maniobra al juez para que este decida atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto.

Resta resaltar que esta pena, a diferencia de la española, no es una pena de inhabilitación, sino de suspensión, si bien ya quedó asentado que la pena española de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad recuerda más bien a un supuesto de suspensión porque se recupera automáticamente el ejercicio del derecho en cuanto transcurra el tiempo de condena marcado en la sentencia.

### 5.5 *Problemas relativos al iter criminis*

Como se ha visto anteriormente, esta modalidad de sustracción de menores sigue contando con una naturaleza de delito permanente, aunque esta posición no es unánime, existiendo algunos sectores doctrinales que defienden que se trata de un delito instantáneo[1515].

---

[1514] BARTOLI, R. "Sospensione della responsabilità…", Ob. cit., p. 1969.
[1515] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 670.

Así, en materia de consumación, se ha defendido que se trata de un delito instantáneo que se consuma en el momento en que el menor es trasladado ilícitamente al extranjero, momento en el cual ya no es posible para el ejerciente de la patria potestad llevar a cabo tal ejercicio; en la segunda hipótesis, referida a aquellos casos en que el menor es trasladado con el consentimiento inicial del padre o tutor, pero no es devuelto posteriormente al lugar de residencia habitual, la conducta se perfeccionaría en este momento, es decir, en el momento en que debía ser devuelto a la esfera de control del responsable[1516].

Por tanto, la consumación tendrá lugar en el extranjero, aunque el delito debe considerarse realizado en Italia porque una parte de la conducta ha sido cometida en dicho país (la sustracción previa al traslado al extranjero) [1517]; por el contrario, en el caso de que el menor estuviera legítimamente en el extranjero y luego se le impidiera volver a Italia, deberían aplicarse las reglas de los artículos 9 y 10 del Código Penal, referidas a las condiciones de aplicación de la ley italiana al delito común cometido por el nacional o extranjero en el extranjero y ello porque el delito se ha consumado enteramente fuera del territorio italiano[1518].

Como viene siendo habitual, se admiten las formas imperfectas de ejecución[1519], por lo que se puede remitir a lo indicado a este respecto para modalidades anteriores. El delito quedaría en grado de tentativa si el menor, por ejemplo, no llega a ser trasladado fuera de las fronteras italianas.

5.6 *Cuestiones concursales*

Como posibles concursos de delitos, destaca, como es costumbre en el resto de sustracciones, la relación con el artículo 388 del Código Penal, que hace referencia al incumplimiento de una resolución judicial, siendo que ambos preceptos regulan realidades distintas y protegen distintos intereses, lo que conduce más a un posible concurso de delitos que a un concurso de normas[1520]. También podría producirse el concurso con el delito de secuestro en los mismos términos mencionados anteriormente.

5.7 *Cuestiones de perseguibilidad*

Por cuanto respecta a las cuestiones de procedibilidad, este precepto se separa de los anteriores. Hasta ahora, las distintas modalidades de sustracción establecían la exigencia de querella por parte de los ejercientes de la responsabilidad parental o de la tutela. Sin embargo, en esta ocasión, el tipo no dice nada acerca de que se requiera una querella, por lo que el delito es perseguible de oficio. Por tanto, a diferencia del resto de modalidades de sustracción, la sustracción al extranjero es perseguible de oficio[1521] (probablemente

[1516] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p., p. 670.
[1517] BELTRANI, S. *Corso di Diritto…,* Ob. cit., p. 771-772.
[1518] SCORDAMAGLIA, I. "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: overo della lettura costituzionalmente orientata del delitto di sottrazione di persone minori o incapaci", *Cassazione Penale*, núm. 55 (4), 2015, p. 497.
[1519] GRECO, R., *et al. Codice Penale…,* Ob. cit., p. 670.
[1520] SEMERARO, P. *Famiglia e…,* Ob. cit., p. 102.
[1521] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale…,* Ob. cit., p. 2793.

por la mayor ofensividad que contiene contra el bien jurídico[1522]) y permite la adopción de medidas cautelares[1523].

## II. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL PANORAMA ANGLOSAJÓN

### 1. El delito de sustracción de menores en Reino Unido

Como bien es sabido, la legislación anglosajona poco o nada tiene que ver con la europea. A diferencia de varios países de nuestro entorno (incluido España) que componen la legislación penal a través de un Código en el que aparecen tipificadas todas (o casi todas) las conductas que pueden ser consideradas delictivas junto con las penas aplicables precedidas de una primera parte en la que se explica qué es un delito, qué penas pueden aplicarse, cómo y cuándo deben aplicarse, las causas de justificación, exculpación, etc. (quiere decirse, la Parte General), el mundo anglosajón se compone de múltiples normas independientes que pretenden interrelacionarse entre sí (pues hacen referencia unas a otras), cada una atendiendo a una materia distinta, recibiendo el nombre de *acts*.

Realmente, es difícil saber cuántos casos de sustracción parental existen en Reino Unido, pero sí se conoce que es un problema que viene desde antiguo, pues ya en la década de los 80 se estimaba que unos 150 niños eran anualmente sustraídos, en contraposición con los 200 que eran trasladados desde otros lugares al país inglés cada año[1524].

Por cuanto respecta a la sustracción de menores, existen varias normas que deben tenerse en cuenta para poder estudiar y comprender qué tipo de solución aportan a este problema de ámbito global, aunque ya se adelanta que si uno de los progenitores no cuenta con una orden de residencia (*residence order*), comete un delito si se lleva al menor fuera del territorio de Reino Unido sin el consentimiento del otro, siempre y cuando ambos posean responsabilidad parental, quiere decirse, ejerza la patria potestad[1525]. A tal efecto se entiende que Reino Unido engloba Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, pero no la Isla de Mann ni las Islas Canal[1526].

Lo primero que ha de destacarse es que, paralelamente a cuanto se decía más arriba, parte de la doctrina inglesa rechaza el término "secuestro" para referirse a este tipo de supuestos, prefiriendo otras expresiones más acordes para aludir a los casos en que uno de los padres se lleva al hijo de manera unilateral, como "rapto" o "traslado ilícito"[1527]. Hay quien rechaza también el propio término de "rapto", al estimar que contiene una excesiva connotación delictiva[1528]. Otras personas utilizan todas estas denominaciones de

[1522] PADOVANI, T. *Codice Penale…*, (2014), Ob. cit., p. 3120.
[1523] FRANCHI, L., FEROCI, V., y FERRARI, S. *Codice Penale e di Procedura Penale*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2018, p. 114.
[1524] SACHS, C. *Child Abduction,* Family Law, Bristol, 1987, pp 8-9.
[1525] LOWE, N., EVERALL QC, M, y NICHOLLS, M. *International Movement of Children,* Family Law, Bristol, 2004, p. 136.
[1526] *Ibídem*, p. 145.
[1527] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., pp. 4-5.
[1528] KRUGER, T. *International Child Abduction: The Inadequacies of the Law*, Hart Publishing, Londres, 2011, p. 25.

manera arbitraria para referirse a una misma realidad[1529]. La amalgama de leyes y de términos distintos (rapto, secuestro, robo de niños) en torno a esta materia ha llevado a afirmar que la sustracción de menores no ha sido correctamente definida en Reino Unido[1530].

Lo que ocurre es que para este conflicto concreto, la ley no puede más que proveer una solución parcial: la posibilidad de la sustracción puede surgir en un sinfín de situaciones y jamás debería ser ignorada, pero sí que debería particularmente prestarse atención a este posible hecho cuando existe una violenta disputa entre los padres, cuando estos son de distintas nacionalidades o cuando uno de ellos tiene algún tipo de conexión con otro país, dado que es siempre preferible tratar de prevenir la sustracción que, a posteriori, cuando aquella ya se ha producido, volver a la situación previa[1531].

Obviamente, la norma más importante a estos efectos es la Ley de sustracción de menores de 12 de julio de 1984 (*Child abduction Act 1984*)[1532]. De las tres partes que componen la norma, la primera será de aplicación únicamente a Inglaterra y Gales y la segunda se aplicará solo en Escocia.

Esta ley surgió con motivo de una controversia judicial que finalmente fue resuelta por la Cámara de los Lores: en el caso R v D, un padre sustrajo al hijo de cinco años de la madre, en más de una ocasión, por lo que fue imputado por secuestro, con lo que la Sala de lo Penal de la Corte de Apelación determinó que no existía posibilidad de aplicación de dicho delito al padre o a la madre que comete la conducta contra su propio hijo, algo que generó alarma social y, aunque finalmente la Cámara de los Lores dictó una resolución indicando claramente que los padres podían ser condenados por secuestro en estos casos[1533], lo cierto es que la Ley de Sustracción de Menores de 1984 vino a solucionar el problema[1534].

El objetivo de la ley no es otro que aportar una serie de medios efectivos, raudos y razonables para localizar y obtener el retorno del menor al lugar donde se encontraba su residencia habitual[1535]. Esto es así porque el paso del tiempo se convierte aquí en el enemigo principal, toda vez que el retraso en el momento de emprender acciones aumenta la posibilidad de que el niño se establezca en nuevo ambiente y que ello conduzca a los tribunales a decidir que un nuevo cambio no sería positivo para aquel[1536].

En la primera sección (formada por ocho subsecciones) se tipifica la conducta de sustracción, con amplias diferencias con respecto a lo que puede considerarse como tal atendiendo a la legislación patria. De esta forma, si una persona conectada con un niño de menos de dieciséis años lo envía o lo lleva fuera de Reino Unido sin el consentimiento apropiado, está cometiendo un delito.

---

[1529] GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. *When parents kidnap,* The Free Press, Nueva York, 1993, p. 15.
[1530] NEWISS, G. - TRAYNOR, M. *Taken. A study of child abudction in the UK,* PACT, Londres, 2013, p. 9.
[1531] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., p. 5.
[1532] Se compone de un texto introductorio, tres partes y un anexo que será de aplicación en ciertos casos concretos.
[1533] Cámara de los Lores, Caso R v D [1984] FLR 847.
[1534] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., pp. 84-86.
[1535] *Ibídem*, p. 7.
[1536] *Ibídem*, p. 8.

Dos aspectos fundamentales que contrastan con la legislación española son:

a. El niño debe tener menos de dieciséis años, en consonancia con los instrumentos internacionales que se refieren a la sustracción de menores (como el Convenio de La Haya de 1980). En España el sujeto de la sustracción puede tener hasta diecisiete años (este es el criterio mayoritario aunque no unánime), si bien se ha explicado con anterioridad la enorme dificultad que conlleva sustraer a un joven de dieciséis o diecisiete años por su amplia capacidad para oponerse a la conducta y para consentir o no consentir, por lo que muy probablemente este tipo de actuaciones acaben siendo atípicas (si es el propio menor de esa edad el que consiente y, por tanto, la conducta estaría justificada en el sentido que marca el tipo) o se reconducirán a otras conductas (por ejemplo, la inducción al abandono del domicilio familiar).

b. La conducta se convierte en delictiva una vez que el menor sale del territorio del Reino Unido, es decir, lo que se tipifica es la sustracción internacional. En la legislación española el elemento internacional agrava la conducta básica de sustracción, con el consiguiente aumento penológico, al igual que sucedía en la italiana. Por lo tanto, frente a la legislación patria que tipifica la sustracción dentro de las fronteras españolas, agravando la pena en caso de que se traspasen dichas fronteras, la legislación inglesa (incluyendo siempre a Gales) parte del elemento internacional. Este párrafo ha sido interpretado por la doctrina inglesa en el sentido de que no sería delictivo trasladar al niño a Escocia o a Irlanda del Norte, mientras que sí lo sería el traslado de aquel a las Islas del Canal o a la Isla de Mann[1537]. De hecho, una de las principales críticas que se ha hecho de la Ley de Sustracción de Menores es que este tema debería haberse relegado a la rama civil pero, si se defiende que realmente tiene la importancia necesaria para constituir un delito, entonces no se comprende el porqué de exigir que el traslado se efectúe fuera de Reino Unido, debiendo haberse incluido también el traslado dentro del país para tratar ambos casos de forma equitativa[1538].

La segunda subsección se dedica a delimitar el posible círculo de sujetos activos, mencionando qué personas se consideran "conectadas" con el niño objeto de la sustracción[1539]: los padres; en caso de que los padres no estuvieran casados en el momento del nacimiento ni fuesen pareja de hecho[1540], la persona que razonablemente cabe presumir que es el padre del niño; el tutor; el tutor especial; la persona que ha sido designada judicialmente para vivir con el niño; y la persona que posee la custodia del menor

[1537] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., p. 86.
[1538] *Ibídem*, p. 90.
[1539] La séptima subsección actúa como lazo de unión entre la presente Ley de Sustracción de Menores y la Ley de Menores (*Children Act*) en lo relativo a los conceptos de tutor, tutor especial, órdenes y responsabilidad parental, que tendrán en la primera el mismo significado que se les ha otorgado en la segunda. Al mismo tiempo, se preceptúa la regla según la cual se entenderá que una persona ostenta la custodia del niño cuando existe alguna orden judicial en tal sentido, ya sea exclusiva o compartida con otra persona.
[1540] Téngase en cuenta que todas las referencias a parejas de hecho que se realizarán a lo largo de este epígrafe se han producido a consecuencia de una reforma legislativa acontecida el 2 de diciembre de 2019, siendo que hasta esa fecha se exigía que la pareja hubiese contraído matrimonio para el reconocimiento de distintos derechos.

Este círculo de posibles sujetos activos parece bastante más coherente que el que compone la legislación española, en vista de los innumerables problemas que presenta el último apartado del artículo 225 bis del Código Penal español cuando incluye a los parientes del sustractor y del menor, en un aumento desmesurado a la vez que extraño y confuso del número de posibles sujetos activos. Se ha incluido al tutor, al custodio y a la persona que convive con el menor como sujeto activo, configurándose como un delito especial que solo puede ser cometido por las personas a las que corresponde, de una manera u otra, el cuidado del menor.

La segunda subsección de la Ley de Sustracción de Menores de 1984 incluye a personas que realmente presentan una gran conexión con el menor, como son los padres o tutores, lo que además supone la satisfacción de una de las lagunas presentes en la legislación española, dado que la tipificación de la conducta impide aplicar el tipo a los tutores (aspecto que, como se ha visto, ha sido criticado por la doctrina española).

Sin embargo, el aspecto más destacado de esta subsección es, sin duda, la inclusión como sujeto activo de la persona que ostenta la custodia del menor, toda vez que en España no quedaba del todo claro si dichas personas podían o no ser sustractoras, aunque la negación era el criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario (y contrario, por tanto, al defendido en el presente estudio), al menos hasta la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio. Con la inclusión expresa del custodio, se hace hincapié en la protección de todos los intereses en juego, impidiendo que aquel goce de una especie de "carta blanca" para hacer y deshacer sin tener en cuenta al otro progenitor. De este modo, ya sea el custodio o el que disfruta del régimen de comunicación o visitas, ambos pueden ser sujetos activos del delito. Si la norma se hubiera quedado en los cinco primeros apartados podría haber lugar para la duda, a pesar de que el primero de ellos alude a los "padres" sin especificar ningún otro elemento (si es el que ejerce la guarda y custodia o al que se le ha atribuido el régimen de visitas) pero con la inclusión expresa del custodio, no existe ningún género de duda.

En Reino Unido, los tribunales han interpretado el derecho de custodia con limitaciones, sin que el hecho de gozar de tal derecho pueda interferir en el régimen de comunicación otorgado al otro progenitor, por lo que si el progenitor custodio traslada al menor, dicho traslado será considerado desplazamiento ilícito con base en la infracción del derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor[1541].

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que para el padre custodio es posible trasladar al menor legalmente si sigue la vía correcta, lo que obviamente interferirá en el derecho de visita del otro, si bien cuando un tribunal dicta una orden de custodia, inserta en la misma una cláusula de prohibición de salida de la jurisdicción por parte del menor sin la correspondiente autorización judicial, salvo excepciones[1542].

La Ley de 1984 expone qué debe entenderse por consentimiento apropiado, en una enumeración tripartita[1543]:

[1541] Tribunal Supremo (High Court), 1991, incadat HC/E/Uke 35.
[1542] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., p. 11.
[1543] Sección 1.3 de la Ley.

a. El otorgado por alguna de las siguientes personas: la madre del menor; el padre del niño si tiene la responsabilidad parental; el tutor; el tutor especial[1544]; la persona designada judicialmente con el que el menor convive; o cualquier persona que tenga la custodia.
b. El otorgado por los tribunales al amparo de la Parte II de la Ley de Menores (*Children Act*) de 1989.
c. Si cualquier otra persona tiene la custodia del menor, el consentimiento otorgado por el tribunal que concedió la custodia.

Puede percibirse que de esta clasificación tripartita sobre la obtención del consentimiento que hará que la conducta sea atípica, el primer bloque se refiere a las personas que conviven o tienen la custodia del menor, que se encuentran en posición de autorizar el traslado y el segundo y el tercero se refieren a la autorización judicial que parece necesitarse en caso de que las personas antes mencionadas no consientan o para el caso de que el sujeto sea el custodio del menor, en cuyo caso se necesitará también dicha autorización judicial.

Así, como sintetiza SACHS[1545], se concedió autorización, entre otros, para el traslado de un niño a Nueva Zelanda debido a los deseos de la madre y de su marido de trasladarse a ese lugar, bajo el argumento de que el bienestar del menor dependía en un grado muy importante del propio bienestar de aquella[1546]; o en el supuesto de la madre casada con un australiano que pensaba tener mejores perspectivas de futuro en dicho país, siendo que en primera instancia se le denegó la autorización para trasladar al niño por cuanto uno de los dos niños veía lesionado su interés superior al verse obstaculizada la relación con el padre, si bien en segunda instancia se le autorizó al comprobarse que, durante unas visitas a Australia, el niño no se vio afectado y, además, había tenido contacto regular con el padre[1547].

Resulta correcto el hecho de que tanto uno como otro necesiten autorización judicial para efectuar el traslado, como expresión de un ejercicio conjunto de la patria potestad, de forma que la guarda y custodia no otorga más derechos sobre el padre no custodio. Sin embargo, existen dos posibilidades por las cuales no se cometerá el delito pese a no disponerse del consentimiento apropiado: cuando el sujeto sea la persona designada judicialmente para convivir con el menor y sustrae o traslada al menor fuera del Reino Unido por un período de tiempo inferior a un mes; y cuando sea el tutor especial y realice tal conducta por un tiempo inferior a tres meses.

Con todo, no será posible aplicar estas causas de atipicidad si dichas conductas se producen en vulneración de una de las órdenes que aparecen en la Segunda Parte de la

[1544] La figura del tutor especial está pensada para el supuesto de un menor que no puede vivir con sus padres pero la adopción tampoco se plantea como la mejor opción. El tutor especial debe cuidar del niño hasta su mayoría de edad y debe tomar todas las decisiones atinentes a la vida de aquel, sin necesidad de ponerse de acuerdo ni discutir tales decisiones con los padres biológicos. Ahora bien, sí es necesario llegar a un acuerdo con la persona que tenga atribuida la responsabilidad parental si la hay (si los padres biológicos la tienen, el tutor especial estaría obligado a alcanzar un acuerdo con ellos) para la toma de decisiones más importantes, como un cambio de apellido, la eventual entrega del niño en adopción, la salida de territorio británico por tiempo superior a 3 meses y para intervenciones quirúrgicas no relacionadas con una mejora de la salud (por ejemplo, cirugía estética).
[1545] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., pp. 12-13.
[1546] Corte de Apelación de Inglaterra, Caso Poel v Poel [1970] 1 WLR.
[1547] Corte de Apelación de Gales, Caso Barnes v Tyrrell [1982] 3 FLR 240.

Ley de Menores de 1989[1548]. En otras palabras, por regla general la conducta del conviviente o del tutor no será delictiva si se respetan los plazos de tiempo previstos en la norma, salvo si existe alguna orden judicial de las mencionadas en la Ley de Menores de 1989 y la conducta contradice dicha orden.

También la quinta subsección acoge varias posibilidades por las cuales el delito no acontece aunque la persona que debiera otorgar el consentimiento no lo hubiera hecho y son las siguientes:

a. Si el sujeto sustractor actúa en la creencia de que la persona ha consentido o habría consentido en el caso de tener conocimiento de todas las circunstancias relevantes al caso. Esto supone otorgar relevancia al consentimiento presunto.
b. Si el mismo sujeto ha llevado a cabo todos los pasos razonables para comunicarse con el sujeto que debía consentir pero le ha resultado imposible conseguirlo.
c. Si el sujeto que debía prestar el consentimiento se niega irrazonablemente a prestarlo. Ahora bien, esta última posibilidad no será de aplicación si la persona que se ha negado a prestar el consentimiento es aquella designada judicialmente para convivir con el menor, el tutor especial o el que tiene la custodia del niño; o en el caso de que la acción de enviar o extraer al niño del Reino Unido suponga una vulneración de alguna orden judicial.

La sección 1.6 establece una regla específica sobre la carga de la prueba, pues en caso de existir indicios suficientes de que concurre alguna de las causas establecidas en la subsección anterior, aquella que acaba de mencionarse, será la acusación la encargada de probar que la misma no es de aplicación.

Finalmente, la sección 1.8 se refiere a la confirmación de los efectos que esta primera sección (relativa a la legislación en Inglaterra y Gales) deberá tener, si bien de acuerdo con las provisiones del Anexo, en aquellos casos en que el niño se encuentre bajo el cuidado de una autoridad local en un lugar seguro (siempre que no sea en libertad bajo fianza) o en que se están sustentando procesos u órdenes de adopción.

En otro orden de cosas, la segunda sección se refiere a la comisión del delito por parte de otras personas, dando lugar a un delito común. Consta de tres subsecciones, indicando la primera de ellas que, con sujeción a lo dispuesto en la tercera, comete el delito una persona, fuera de las mencionadas en la segunda subsección que, sin autoridad legal o excusa razonable, sustrae o detiene a un menor de dieciséis años para separarlo del control legal de cualquier persona que posea dicho control legal sobre el niño; o para mantenerlo fuera del control legal de cualquier persona con derecho a ese control legal sobre el niño. Puede percibirse aquí que la redacción del tipo coincide en gran medida con el delito italiano, protegiendo ese derecho de los padres o del tutor sobre los hijos cuando están ejerciendo la responsabilidad parental o la tutela.

Con toda lógica, existen algunas personas que no van a ser castigadas a través de este precepto[1549]: cuando el padre y la madre del niño estuviesen casados en el momento del nacimiento o fuesen pareja de hecho, el padre y la madre; cuando el padre y la madre del

[1548] Sección 1.4A de la Ley.
[1549] Las referencias al matrimonio o no matrimonio de los padres en el momento del nacimiento o a si constituyen o no pareja de hecho deben ser interpretadas de acuerdo a la Ley de Reforma del Derecho de Familia (*Family Law Reform Act*) de 1987 (Sección Tercera).

niño no estuviesen casados en el momento del nacimiento o fuesen pareja de hecho, la madre; y los tutores, custodios y titulares de órdenes de convivencia.

La tercera sección hace hincapié en la conducta típica, realizando una aclaración de los conceptos contemplados en la norma:

a. Se considera que alguien sustrae al menor si provoca o induce a que lo acompañe a él o a otra persona o hace que el niño sea sustraído.
b. Se estima que alguien traslada al menor si hace que este sea trasladado.
c. Se afirma que alguien retiene al menor si hace que el niño sea retenido o lo induce a permanecer en su compañía o en la compañía de otra persona.

Esto indica claramente que el delito es cometido sin el uso de la fuerza por parte del sujeto activo, al tiempo que tampoco es necesario que el autor esté presente en la captura, traslado o retención del niño[1550].

La propia Ley incluye algunas razones que el sujeto activo podría alegar para justificar la conducta. Así, si se sigue un proceso por delito con base en esta segunda sección, el acusado podrá alegar en su defensa[1551]: si el padre y la madre no estaban casados en el momento del nacimiento del niño ni son pareja de hecho, que es el padre o que en el momento de la comisión del delito estaba en la creencia razonable de que era el padre del niño; o la creencia de que el niño era mayor de dieciséis años.

No obstante, la doctrina ha señalado la incapacidad de aplicar estas causas cuando el menor sustraído ha sido objeto de una orden de custodia emitida por un tribunal de Reino Unido ni tampoco cuando el hecho supone un incumplimiento de las directrices que aparecen en la sección 7 de la Ley sobre Tutela de Menores de 1971 o de la sección 1.3 de la Ley de Tutela de 1973[1552].

La cuarta sección contiene dos subsecciones dedicadas al enjuiciamiento y condena de estas conductas delictivas[1553]. La primera de ellas establece dos clases de penas:

a. Si se trata de un proceso sumario[1554], se castigará con una pena de prisión no superior a seis meses o con una multa que no exceda el máximo legal previsto o con ambas penas.
b. Si se trata de una acusación formal[1555], la pena será de prisión no superior a siete años.

Por último, la sección quinta se refiere a la posibilidad de imputar cargos por secuestro, para lo que será necesaria la autorización del Fiscal General si se hubiese cometido contra un menor de dieciséis años pero por parte de una persona conectada con el niño en la manera prevista en la sección primera.

---

[1550] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., p. 88.
[1551] Sección 2.3 de la primera parte de la Ley.
[1552] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., p. 88.
[1553] De acuerdo con el segundo apartado (segunda subsección) de la sección cuarta, se prohíbe enjuiciar a ninguna persona bajo la sección primera sin la autorización del Fiscal General.
[1554] Proceso que normalmente se dirime ante el Tribunal de Primera Instancia.
[1555] Proceso que normalmente se dirime ante la Corte de la Corona.

En otro orden de cosas, la segunda parte de la Ley de Sustracción de Menores es la que se aplica en Escocia y está compuesta por otras cinco secciones. En Escocia, la sustracción de menores solo representa una conducta delictiva para el caso de que se haya dictado una orden de custodia sobre el niño o para el supuesto de que se haya prohibido judicialmente la salida de aquel del Reino Unido[1556].

Existen similitudes y diferencias con respecto a la primera sección de aplicación en Inglaterra y Gales. Así, como ya se adelantaba, la sexta sección[1557] tipifica como delito la acción de una persona conectada con un menor de dieciséis años que lo sustraiga o traslade fuera del Reino Unido en dos casos:

a. Cuando no existe el consentimiento apropiado y existe respecto a dicho menor una orden judicial del Reino Unido atribuyendo la custodia del mismo a una persona o en la que se designa a alguien para que el menor viva con dicha persona; o, subsidiariamente, existe una orden de un tribunal de Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte en la que se configura al menor como tutelado judicial.
b. Si existe una orden judicial en el Reino Unido que prohíbe la salida del niño del país.

Existen tres casos en los que puede entenderse que existe esa conexión requerida por el tipo entre el sustractor y el niño[1558]:

a. Cuando el sujeto es el padre o el tutor del niño.
b. Cuando existe una orden judicial decretando la custodia a favor del mismo o designándolo como persona con la que el menor deba vivir, ya sea en exclusiva o compartida con otra persona.
c. El padre, en el caso de que los padres del niño no estén y no hayan estado nunca casados, pero existan indicios suficientes para creer que es el padre del niño.

La sección 6.3 informa del significado de "consentimiento apropiado", para lo cual distingue entre los dos casos que menciona el apartado primero de la subsección primera:

a. Si nos referimos al caso en que existe una orden judicial de custodia o de convivencia con el menor, el consentimiento deberá ser otorgado por el padre o tutor; por la persona a cuyo favor se ha establecido la custodia o la convivencia, ya sea en exclusiva o compartida con alguien; o por el tribunal que dictó esa orden.
b. Si, por el contrario, se trata de un menor que ha sido nombrado tutelado judicial, el consentimiento tendrá que prestarlo el mismo tribunal.

No obstante, la sección 6.4 se refiere a la posibilidad de que el delito no acontezca a pesar de la ausencia del consentimiento apropiado, lo que ocurrirá en el caso de que exista una orden judicial de custodia o de convivencia[1559]. Coinciden con las dos primeras causas de las tres causas de atipicidad que establece la legislación relativa a Inglaterra y Gales, quiere decirse:

---

[1556] NEWISS, G. - TRAYNOR, M. *Taken…,* Ob. cit., p. 15.
[1557] Aunque sean partes distintas, el número de secciones no se reinicia, sino que continúa con el último número de la parte anterior
[1558] Sección 6.2 de la Ley.
[1559] Sección 6.1.1.1º de la Ley.

a. Si la persona actúa pensando que quien debería consentir ha consentido o habría consentido en caso de conocer las circunstancias más relevantes del caso.
b. Si se han llevado a cabo todos los pasos que razonablemente propiciarían la comunicación con quien debe consentir pero dicha comunicación ha resultado imposible.

Se incluye una causa de defensa para la persona acusada del delito de sustracción de menores y que debe ser probada por el mismo acusado: la actuación bajo la ignorancia de la existencia de la resolución judicial que atribuye la custodia o la convivencia con el menor a otra persona[1560].

La sexta subsección indica que se considerará que una persona sustrae al menor en el caso de que cause o induzca a este a acompañarle a ella o a cualquier otra persona o provoque que el niño sea sustraído y que se entenderá que ha trasladado al menor en el caso de que el sujeto haga que el mismo sea trasladado. Por tanto, la conducta típica sufre una ampliación de supuestos toda vez que el delito se comete no solo cuando el sujeto se lleve al menor, sino también cuando lo induzca a acompañarlo o a acompañar a cualquier otra persona o provoque que alguien se lo lleve, de la misma forma que no solo es típica la conducta de trasladar al menor fuera del Reino Unido, sino también el hecho de provocar que el niño sea trasladado.

Finalmente, la sección 6.7 se separa de la normativa inglesa y galesa otorgando una definición propia de lo que se entiende por tutor (*guardian*), ya que esta última se remite a los conceptos otorgados por la Ley de Menores, mientras que la primera considera por tal a aquella persona señalada por testamento o judicialmente como tutora del menor.

La octava sección se refiere al enjuiciamiento y condena de la conducta:
a. Si fuese un proceso sumario, prisión por tiempo no superior a tres meses o multa que no supere el límite máximo o ambas.
b. Si fuese una acusación formal, prisión no superior a dos años o multa o ambas.

La novena sección se refiere a las pruebas y admisión de ciertos documentos, conteniendo dos subsecciones. La primera de ellas indica que una orden o documento auténtico proveniente de un tribunal de Reino Unido (o, naturalmente, de Escocia), si está convenientemente sellado, será prueba suficiente, al igual que una copia de la misma siempre y cuando no se pruebe lo contrario y se haya certificado como copia auténtica por parte de un juez, magistrado o funcionario del tribunal. Aludiendo también al ámbito probatorio, la sección décima indica que se presume que el menor al que se refieren las órdenes mencionadas en la sección sexta o sus copias es el mismo por el que se ha abierto el proceso. Es decir, se presume que el menor sustraído es el menor sobre el que han recaído dichas órdenes judiciales salvo que se demuestre lo contrario.

La parte III contiene modificaciones para otras normas legislativas y otras disposiciones de carácter formal. Por su parte, el anexo contiene una serie de modificaciones aplicables a la primera sección para ciertos casos. Así, en caso de niños al cuidado de autoridades locales y organizaciones voluntarias, el consentimiento

[1560] Sección 6.5 de la Ley.

apropiado será el otorgado por dicha entidad y las subsecciones tres a seis no serán tenidas en cuenta. Lo mismo ocurre con los niños que se encuentran en lugares seguros, el consentimiento otorgado será el del tribunal del lugar donde el lugar se encuentre y las subsecciones tres a seis no serán de aplicación.

Por lo que se refiere a adopciones y custodia, el anexo se aplica en cinco casos:

a. El niño ha sido ofrecido en adopción por una agencia adoptiva de acuerdo a la Ley sobre Adopción y Menores de 2002 o está autorizada para hacerlo;
b. Una "orden de colocación"[1561] (*placement order*) está en vigor;
c. Se ha solicitado una orden de ese tipo pero aún no ha sido otorgada;
d. Se ha solicitado una orden de adopción pero aún no ha sido otorgada;
e. Se ha otorgado o solicitado una orden de responsabilidad parental bajo la sección 84 de la Ley del Menor de 2002.

Por tanto, el consentimiento apropiado al que se refiere la sección primera de la Ley de Sustracción de menores será, en relación con cada uno de los cinco casos mencionados en el párrafo anterior[1562]:

a. Para el apartado a, el consentimiento de quien tiene la responsabilidad parental o el consentimiento o autorización del Tribunal Supremo;
b. Para el apartado b, la autorización del tribunal que otorgó la orden;
c. Para el apartado c y d, el consentimiento del tribunal ante el cual se ha solicitado la orden;
d. En el caso del apartado e, la autorización del tribunal ante el que se ha solicitado o se ha otorgado la orden.

Tras el análisis de esta norma, tanto en la parte inglesa y galesa como en la parte escocesa, lo cierto es que se ha criticado la injerencia del Derecho penal en asuntos familiares, por lo que aquellos deberían dilucidarse en la rama civil, siendo que si se crea un delito a este respecto, resulta insuficiente que solo se castigue la sustracción fuera de Reino Unido pero no se haya incluido ningún tipo relativo a la sustracción dentro del país británico[1563].

En línea con el Ordenamiento español e italiano, el Ordenamiento británico debería haber tipificado la sustracción tanto dentro como fuera del país, aun cuando resulta apropiado, tal y como realizan los dos primeros Ordenamientos aludidos, establecer el elemento de internacionalidad como una agravante.

Por cuanto respecta al proceso, es interesante señalar también que la policía puede arrestar a cualquier persona no solo en caso de delito flagrante, sino también a quien razonablemente se sospeche que va a cometer un delito, si bien con motivos muy concretos[1564]. Esta legislación es aplicable al delito de sustracción de menores, sobre todo

---

[1561] Una orden de colocación otorga al trabajador social autorización para seguir adelante con el proceso de adopción del niño; permite que el trabajador social lleve al niño con una posible familia adoptiva que pueda cumplir con las necesidades de éste; y supone que los padres comparten la responsabilidad parental con los servicios sociales, que pueden imponer restricciones a la capacidad de decisión de los progenitores. Véase, https://www.frg.org.uk/4-2-what-a-placement-order-will-men-for-you.

[1562] Téngase en cuenta que, al mismo tiempo, la subsección 3, 4A, 5, 5A y 6 no serán de aplicación.

[1563] SACHS, C. *Child Abduction…*, Ob. cit., p. 90.

[1564] Ello al amparo de la sección veinticuatro de la Ley de Policía y Evidencia Criminal (*Police and Criminal Evidence Act*) de 1984. Esta sección contempla a lo largo de sus seis subsecciones la posibilidad de detención en ausencia de orden sobre cualquier persona sospechosa de estar cometiendo o que va a

atendiendo a la razón de protección de un menor que puede pretender la actuación policial. Por ello, si se tiene sospecha de que un progenitor o un tutor va a sustraer al hijo, la policía puede intervenir incluso antes del inicio de la conducta delictiva en aras de evitar que esa sospecha se convierta en una realidad fáctica.

Reino Unido también desarrolló legislación para cumplir expresamente con las obligaciones que asumía mediante su pertenencia a distintas normas supranacionales. Ello lo hizo en 1985 bajo la denominada Ley de Sustracción de Menores y Custodia (*Child Abduction and Custody Act*). Dicha Ley se encuentra dividida en tres partes: la primera se refiere al desarrollo por parte del país británico del Convenio de La Haya de 1980 sobre cuestiones civiles relativas a la sustracción de menores; la segunda hace lo propio con respecto al Convenio Europeo de Luxemburgo de 1980; y la tercera recoge aspectos formales.

Por otra parte, el país anglosajón también está obligado a guiarse por el interés superior del menor en cualquier decisión relativa a los menores, algo que aparece repetidamente en la Ley del Menor de 1989 y a tal efecto puede solicitar informes por parte de profesionales[1565].

Hasta ahora se ha ido analizando un concepto muy específico en cada legislación, que no es otro que el de responsabilidad parental, por cuanto estaba muy ligado a la decisión del lugar de residencia del menor, aspecto muy relevante en relación con la sustracción de menores.

En lo concerniente a la responsabilidad parental en Inglaterra, esta engloba todos los derechos, obligaciones, poderes, responsabilidades y autoridad que por ley un padre tiene en relación con su hijo, abarcando también todos los derechos que un tutor tendría[1566]. Sin embargo, el hecho de que una persona tenga o no tenga la responsabilidad parental no afecta en absoluto a las obligaciones que mantenga en relación con el niño (por ejemplo, su manutención) ni tampoco en cuanto a los derechos que posea a su favor en

proceder a cometer un delito. Ahora bien, ello solo será posible si el policía considera que, debido a la concurrencia de alguna de las razones mencionadas en la subsección quinta, es necesario arrestar a esa persona. Esas razones son: identificar a la persona; conocer la dirección de la misma; para evitar que dicha persona cause daño físico a sí mismo o a otra persona, sufra daño físico, dañe alguna propiedad, cometa un delito de escándalo público u obstruya la vía pública; proteger a un niño u otra persona vulnerable de la persona en cuestión; permitir la rápida y efectiva investigación del delito o de la conducta de la persona en cuestión; o evitar que la responsabilidad por el delito sea evadida a consecuencia de la desaparición de dicha persona.

[1565] Por ejemplo, en la primera sección de dicha ley, tras recogerse que el interés superior del menor debe ser la directriz principal a seguir (*paramount consideration*), aparecen una serie de elementos concretos que los tribunales deben tener en cuenta en caso de tener que adoptar o modificar ciertas decisiones, entre las que se encuentra la del establecimiento de un tutor que se encargue del cuidado de aquel (sección 1.3 de la Ley del Menor): los deseos y sentimientos del menor, en consonancia con su edad y grado de madurez; sus necesidades físicas, emocionales y educativas; el presumible efecto que producirá en él un cambio de circunstancias; su edad, sexo, entorno y cualquier otra característica que el tribunal considere relevante; cualquier daño que haya sufrido o que esté en riesgo de sufrir; la capacidad de los padres o de cualquier otra persona que el tribunal considere relevante para satisfacer las necesidades del niño; el abanico de poderes del propio tribunal. Por su parte, el tribunal no puede adoptar ninguna orden a menos que piense que la adopción de dicha orden será más beneficiosa para el menor que el hecho de no adoptar orden alguna (sección 1.5 de la Ley del Menor).

[1566] El concepto de responsabilidad parental aparece indicado en la sección 3.1 de la Ley del Menor de 1989.

caso de que aquel fallezca[1567]. En cualquier caso, quien no tiene responsabilidad parental pero sí el cuidado del niño debe siempre tratar de seguir su interés superior[1568].

La responsabilidad parental es compartida por la madre y el padre si están casados o están constituidos como pareja de hecho en el momento del nacimiento del hijo[1569]. Ahora bien, en caso contrario, quiere decirse, si los padres no están casados ni son pareja de hecho en el momento del nacimiento del hijo, es la madre la que posee la responsabilidad parental y el padre la tendrá siempre y cuando la haya adquirido mediante el procedimiento normativo correspondiente[1570].

La responsabilidad parental puede ser ejercida por más de una persona[1571], de manera que el hecho de que alguien adquiera tal responsabilidad no supone automáticamente la pérdida de tal derecho por parte de quien lo tenía previamente[1572]. Además, las personas con responsabilidad parental pueden actuar independientemente del otro, salvo que la ley diga lo contrario[1573]. Sin embargo, el hecho de ejercer la responsabilidad parental no otorga derecho alguno al titular para actuar en contra de alguna orden adoptada de acuerdo a la presente normativa[1574].

Una de esas órdenes son las denominadas órdenes de cuidado (*care orders*), que sirven para fijar al niño al cuidado de una entidad local, que será la que ostente la responsabilidad parental y la que determine hasta qué punto los padres u otras personas con responsabilidad parental pueden ejercerla[1575].

Finalmente y sin entrar en demasiado detalle porque no es el objetivo del presente estudio, baste decir que la sección 8 de la Ley del Menor contempla principalmente tres tipos de órdenes, que vienen explicadas en la primera subsección:

a. Orden de arreglo (*child arrengements order*), que especifica con quién debe vivir el niño, pasar tiempo o tener contacto y cuándo aquel debe vivir, pasar tiempo o tener contacto con cualquier otra persona.
b. Orden de prohibición (*prohibited steps order*), que prohíbe a un padre tener responsabilidad parental. Esta orden prohíbe expresamente a una persona trasladar a un niño fuera de Reino Unido o del amparo de una persona con la que vive[1576].
c. Orden específica (*specific issue order*), que contempla directrices específicas sobre una cuestión planteada o que pueda surgir en relación con la responsabilidad parental.

---

[1567] Extremo especificado por la subsección cuarta de la Ley de 1989.
[1568] Sección 3.5 de la Ley del Menor.
[1569] Esto es lo que explica la segunda sección de la Ley del Menor de 1989, algo que se extiende también en el caso de que hayan sido padres de acuerdo con la sección 42 de la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008 o con la sección 43 del mismo cuerpo normativo siempre que sea una persona a la que se le pueda aplicar la sección 1(3) de Ley de Reforma de Derecho de Familia.
[1570] Para ello debe acudirse a la sección cuarta de la normativa, que ofrece al padre tres posibilidades: si el padre se registra como tal en el Registro Civil; si el padre y la madre llegan a un acuerdo de responsabilidad parental en tal sentido; un tribunal, a solicitud del padre, la otorga.
[1571] Sección 2.5 del la Ley del Menor.
[1572] Sección 2.6 de la Ley del Menor.
[1573] Sección 2.7 de la Ley del Menor.
[1574] Sección 2.8 de la Ley del Menor.
[1575] Secciones 33.1 y 33.3 de la Ley del Menor.
[1576] LOWE, N. *et al. International Movement…,* Ob. cit., p. 142.

Entre los mecanismos de prevención de una sustracción de menores se encuentran las denominadas "*port-alert*", de manera que todos los puertos son informados directamente por la policía de que existe una amenaza real de que el niño en cuestión sea extraído de territorio británico, si bien para cursar esta orden la policía debe comprobar que ese riesgo sea real (de forma que existan indicios para suponer que el niño puede ser efectivamente trasladado a otro lugar) e inminente (en el sentido de que ese peligro pueda producirse en un plazo de entre veinticuatro y cuarenta y ocho horas)[1577]. Una "alerta de puerto" implica que el niño permanecerá en la lista de alertas de todos los puertos y aeropuertos durante cuatro semanas, siendo después eliminado de ellas automáticamente, salvo que se curse una nueva orden[1578].

Asimismo, el derecho de visitas, en sintonía con la idea de los países del entorno, es supeditado en Inglaterra al interés del menor, que en principio pasa por mantener contacto con el padre no custodio[1579], pero se suspenderá en caso de que exista riesgo de sustracción, constituyendo el principal inconveniente la dificultad de convencer a los tribunales de la existencia del riesgo sin que haya existido ninguna actuación previa que lo demuestre y, en caso de que la haya, podría ocurrir que el menor saliera de la jurisdicción y que fuese demasiado tarde[1580].

La aplicación práctica de la legislación se traduce en que la Jurisprudencia, en concreto, la Cámara de los Lores, suele exigir cinco requisitos para aplicar el delito de secuestro a un progenitor (y no el de sustracción de menores): que sea este quien traslade al niño; que utilice para ello la fuerza o el fraude; que no se cuente con el consentimiento del menor; que no exista excusa legal que justifique la actuación; que la conducta del progenitor sea tan mala que cualquier persona pueda identificar fácilmente que se trata de una conducta criminal[1581].

Algo que preocupa mucho a la Jurisprudencia con gran frecuencia es que el retorno del menor implique la entrada en prisión del sustractor cuando este es el cuidador principal del menor, por lo que normalmente se exige por parte de quien solicita su retorno un compromiso de que no va a iniciar ningún proceso penal que pueda implicar responsabilidad criminal para el sustractor[1582]. Por este motivo, cuando se dicta una orden de retorno, es posible efectuar lo que se denomina un compromiso o *undertaking*. Sin embargo, no toda la doctrina se muestra a favor de la efectividad de este recurso porque depende solo y exclusivamente de la buena fe del progenitor no sustractor, pues este solo tiene que comprometerse oralmente ante un juez, existiendo estudios que demuestran que este tipo de acuerdos se rompe en el 100% de los casos y que incluso los progenitores no sustractores son animados a asumir ese compromiso por parte de sus abogados, que son los primeros en afirmar que aquel no significa nada y que normalmente son desconocidos por las jurisdicciones, siendo que solo Chipre, Irlanda y Reino Unido son los tres Estados de la Unión Europea que potencialmente pueden obligar al cumplimiento del compromiso[1583].

---

[1577] SACHS, C. *Child Abduction…,* Ob. cit., pp. 23-24.
[1578] *Ibídem*, p. 25.
[1579] Cámara de Los Lores, Caso M v M [1973] 2 All ER 81.
[1580] SACHS, C. "*Child Abduction…",* Ob. Cit., pp. 26-27.
[1581] LOWE, N. *et al. International Movement…,* Ob. cit., p. 139.
[1582] *Ibídem,* p. 141.
[1583] TRIMMINGS, K. *Child Abduction within the European Union,* Hart, Oxford, 2013, pp. 155-157.

Más arriba se indicó que los juzgados españoles, cuando existía una sustracción, castigaban al progenitor sustractor quitándole la guarda y custodia si la poseía en el momento de aquella y la concedía al otro progenitor. En la misma línea, la Jurisprudencia inglesa, si estima riesgo de que se produzca un traslado del menor fuera del territorio británico, puede ordenar que aquel pase a residir con el otro progenitor[1584]. Este tema es tan importante, que incluso se permite que un tribunal pueda solicitar a un abogado información sobre el paradero del menor, aunque este la haya recibido bajo secreto profesional[1585].

Por otro lado y a modo de prevención, en las órdenes de visita (*contact orders*), se recomienda incluir expresamente que el niño será devuelto después del periodo de tiempo determinado o, en su defecto, que el progenitor que va a disfrutar de esa visita se comprometa ante un tribunal en dichos términos[1586].

Tampoco son infrecuentes en el mundo anglosajón las denominadas *chasing orders*, consistentes en una resolución judicial dictada por los tribunales de la residencia habitual anterior a la sustracción en la que atribuyen la custodia al solicitante del retorno (antes de la sustracción la custodia la ostentaba el sustractor) con el objetivo de reforzar su posición en el procedimiento de restitución, sancionando así al sustractor[1587]. Por lo tanto, se modifica el estatus anterior del niño, concediendo la custodia a quien antes no era sino titular, a lo sumo, de un régimen de visita, y ello por el mero hecho de la sustracción, no atendiendo a lo que verdaderamente marca el interés superior del niño.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que para que el traslado se considere ilícito es necesario que el sustractor haya vulnerado un derecho de custodia. Quiere decirse que, si un progenitor traslada al menor sin vulnerar tal derecho, aunque posteriormente se dicte una resolución judicial atribuyendo la custodia al otro progenitor, ello no convierte *per se* el traslado inicial en ilícito[1588].

Por esta razón, la doctrina aconseja acudir al Convenio de Luxemburgo de 1980 en casos de sustracción en los que existe una decisión judicial sobre la custodia en la medida en que promueve precisamente el reconocimiento y ejecución de dichas decisiones, ya sea sin ningún tipo de control en las condiciones del artículo 8 o con controles de carácter procesal en las condiciones del artículo 9[1589].

Por otro lado, Reino Unido también es un Estado Miembro del Convenio de La Haya de 1980, actuando el Lord Canciller como Autoridad Central inglesa y galesa, aunque realmente es el Abogado General del Estado el que desempeña este rol a través de la Unidad de Sustracción de Menores[1590]. Ratificó el Convenio con efectos desde el 1 de agosto de 1986, siendo el quinto Estado contratante y, aunque inicialmente solo afectaba a Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, se fue extendiendo a la Isla de Mann, las Islas Caimán, las Islas Falkland, Montserrat y Bermuda, no así a las Islas del Canal[1591].

---

[1584] TRIMMINGS, K. *Child Abduction within…*, Ob. cit., p. 143.
[1585] *Ibídem*, p. 164.
[1586] *Ibídem*, p. 147.
[1587] JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia…,* Ob. cit., p. 113.
[1588] *Ibídem,* p. 114.
[1589] *Ibídem,* pp. 118-119.
[1590] LOWE, N. "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abudction: An English Viewpoint", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics,* vol. 33, 2000, p. 183.
[1591] LOWE, N. *et al. International Movement…,* Ob. cit., p. 216.

Todas las solicitudes se dirimen ante el Tribunal Supremo, el órgano judicial de más alto nivel, que se encuentra formado por un presidente y diecisiete jueces expertos en la materia que analizan cada una de ellas[1592].

Algo que llama la atención a la hora de la aplicación del Convenio por parte de Reino Unido es que los tribunales tienen en cuenta las opiniones de los niños incluso por debajo de los diez años de edad y han denegado solicitudes de retorno con base en dichas opiniones[1593].

Por otro lado, la doctrina afirma que cuando un padre que no está casado con la madre del niño posee una orden de residencia o responsabilidad parental, realmente tiene los derechos de custodia en los términos mencionados por el Convenio de La Haya, por lo que la salida de aquel sin el consentimiento del padre de territorio británico daría lugar al mecanismo de retorno previsto en el instrumento internacional[1594].

Recuérdese que, a propósito del Convenio y en línea con todo lo defendido hasta el momento en la presente investigación, se ha señalado que el mensaje real que aquel transmite no es otro que el de que la verdadera víctima de la sustracción es el padre no sustractor y la brecha producida contra sus derechos sobre el hijo más o menos en los mismos términos en los que el dueño de una propiedad reclamaría su devolución, por lo que sería necesario cambiar el objetivo del Convenio, de manera que se centre en la violación de los derechos del niño, consistiendo el traslado ilícito en un traslado que acaba afectando a los derechos de aquel, lo cual supondría otras ventajas como la falta de necesidad de distinción entre derecho de custodia y derecho de visita[1595].

### 2. El delito de sustracción de menores en Irlanda

Por cuanto respecta a Irlanda, la Constitución irlandesa de 1937 indica en el artículo 41 que se reconoce a la familia como el grupo natural y primario de la sociedad, comprometiéndose el Estado a protegerla. La doctrina considera que este artículo presenta una laguna al no reconocer a los niños como personas con derechos individuales[1596].

La sustracción de menores se regula en la Ley de 1991 de Sustracción de Menores y Ejecución de Órdenes de Custodia (*Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act 1991*), que sobre todo contiene una serie de directrices acerca de la forma de aplicación irlandesa de las obligaciones contenidas en el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción de Menores y el Convenio de Luxemburgo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, de los que forman parte. En esta norma, el tutor (*guardianship*) es a veces confundido con el sujeto custodio pero no son conceptos idénticos porque el tutor no tiene por qué tener la custodia del niño ni ser su cuidador habitual, sino que es la persona encargada del bienestar y la educación de aquel, por lo que ostenta tanto deberes como derechos[1597].

---

[1592] LOWE, N. "The 1980 Hague Convention…", Ob. cit., p. 185.
[1593] *Ibídem*, p. 190.
[1594] Unidad de Sustracción de Menores del Lord Canciller. "Hague Convention – Applications by Fathers without Parental Responsibility", *Family Law,* núm. 28, 1998, p. 224.
[1595] SCHUZ, R. *The Hague Child Abduction…*, Ob. cit. pp. 166-167.
[1596] SHANNON, G. *Child Law,* 2ª ed., Round Hall, Dublín, 2006, p. 3.
[1597] *Ibídem*, p. 724.

Curiosamente, cuando los hijos provienen de una pareja casada, tanto el padre como la madre poseen los mismos derechos como tutores de aquellos, algo que no ocurre cuando los padres no están casados, en cuyo caso solo la madre es considerada tutora en tanto el padre ha de solicitarlo al juzgado y, en esto, se separa la legislación irlandesa de la inglesa, que nunca atribuye la tutela de los hijos a los padres no casados (actualmente también a los que se hayan registrado como pareja de hecho), sino que se otorga la responsabilidad parental, aunque ciertamente el contenido de ambos conceptos es el mismo[1598].

En Irlanda son muy importantes las *care orders,* anteriormente mencionadas*,* que se mantienen hasta que el niño alcanza la mayoría de edad o, en su defecto, cuando aquel contrae matrimonio, si bien es posible que los padres deban abonar una especie de pensión para ayudar a la manutención de aquel[1599].

Existe también la posibilidad de dictar lo que se conoce como "orden de supervisión" (*supervision orders),* que no conlleva el alejamiento del menor de su entorno habitual, sino simplemente constituye una supervisión tanto de la satisfacción de las necesidades de aquel como de la forma de ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores, pudiendo aportarse cualquier consejo o sugerencia que vaya destinado a la mejora del mismo[1600].

Estas órdenes de supervisión tienen una vida máxima de 12 meses, aunque pueden acabar antes si el tribunal así lo cree conveniente o si el menor alcanza la mayoría de edad o contrae matrimonio[1601]. Como ventaja presentan el efecto ya mencionado de que no aparta al menor de su entorno habitual, algo que debe reservarse para los casos más graves; sin embargo, la desventaja es que no presentan utilidad en aquellos casos en que queda patente que el menor sufrirá algún daño físico o psicológico si permanece en el entorno en el que se encuentra[1602].

### 3. El delito de sustracción de menores en Estados Unidos y Australia

Fuera ya de Reino Unido, pero dentro del mundo anglosajón, puede mencionarse que la sustracción de menores constituye un importante problema en Estados Unidos. El 80% de los secuestros de menores responden a una sustracción realizada por uno de los progenitores[1603], y a pesar de ello, no puede afirmarse que la seguridad de los niños esté garantizada, pues pueden ser víctimas de maltrato, abuso sexual e, incluso, asesinato[1604]. Y la gran mayoría de veces esto ocurre por venganza, porque el considerado bando perdedor (el que se queda sin la custodia) desea dañar al bando ganador (al que se le ha atribuido la custodia) y la mejor manera de hacerlo es llevarse a los niños a otro lugar[1605]. En Estados Unidos las sustracciones suelen presentar escasa duración, la gran mayoría de ellas no alcanza ni siquiera una semana[1606].

---

[1598] SHANNON, G. *Child…*, Ob. cit., pp. 725-726.
[1599] *Ibídem*, pp. 251-257.
[1600] *Ibídem*, pp. 258-259.
[1601] *Ibídem* pp. 259-260.
[1602] *Ibídem*, p. 259.
[1603] SNOW, R. L. *Child Abduction. Prevention, Investigation and Recovery,* Praeger, Westport, 2008, p. 7.
[1604] *Ibídem*, p. 39.
[1605] *Ibídem*, p. 43.
[1606] GREIF, G. L. "The long-term impact of parental abduction on children: implications for treatment", *The Journal of Psychiatry & Law,* núm. 26, 1998, p. 46.

Entre las posibles explicaciones acerca del porqué del alto número de sustracciones en Estados Unidos figuran la gran población con la que cuenta, la aún mayor extensión geográfica que presenta y la facilidad con la que un progenitor puede cruzar la línea de un Estado e introducirse en una nueva jurisdicción[1607].

Según un estudio estadístico realizado en dicho país, el 80% de los padres se encuentran separados o divorciados en el momento de la sustracción, el resto sí convive cuando esta se produce[1608]. Igualmente, la custodia suele tenerla el padre no sustractor en la mitad de los casos, mientras que en un tercio de supuestos esa custodia es compartida[1609].

En cuanto a la sustracción internacional, se distinguen dos variantes de actuación: los nacionales estadounidenses suelen dirigirse a otros países de habla inglesa, que normalmente forman parte del Convenio de La Haya; en tanto los nacionales de otros países, suelen retornar a sus lugares de origen[1610].

La sanción o no de una conducta de sustracción dependerá de las normas concretas de cada Estado en temas de secuestro, pues en muchos de ellos la conducta solo puede ser delictiva si tiene lugar con posterioridad al dictado de una orden de custodia[1611]. Por ejemplo, el Código Penal de Michigan[1612] prevé que un progenitor no puede sustraer o trasladar al hijo durante más de veinticuatro horas con el propósito de alejarlo del otro progenitor (o del tutor) que tenga la custodia o un derecho de visita en el momento de la sustracción, de quien haya adoptado al niño o de cualquier otra persona que posea derechos sobre ese menor, de lo contrario, cometerá un delito castigado con pena de prisión de hasta un año o pena de multa alternativa o cumulativa a la anterior, salvo que se demuestre que esa sustracción obedecía al objetivo de evitar al menor un daño físico o psicológico o un abuso[1613]. Por su parte, el Código Penal de California[1614] es un poco más duro y especifica que, si existe un derecho de custodia o de visita estipulado a favor de una persona, la persona que sustraiga al menor infringiendo esos derechos será castigada con una pena de prisión de hasta cuatro años y una pena pecuniaria alternativa o cumulativa[1615].

El Código Penal de Nueva York[1616] es el que más sintonía guarda con el Código Penal español, en tanto establece un delito cuando se sustrae a un menor de dieciséis años de

---

[1607] GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. "International Parental Abduction and Its Implications for Social Work Practice: Great Britain to the United States", *Children & Society,* vol. 7 (3), 1993, p. 269.
[1608] GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. *When parents…,* Ob. cit., p. 32.
[1609] *Ibídem*, p. 32.
[1610] *Ibídem*, p. 194.
[1611] HUTCHINSON, A. - ROBERTS, R. *International Parental Child Abduction,* Family Law, 1998, p. 213.
[1612] El delito aparece en el artículo 750.350A.
[1613] VIGONI, D. *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore* (dir. MOSCONI, F. y RINOLDI, D.), CEDAM, Padua, 1988, pp. 135-136.
[1614] Esto aparece en el artículo 278 del Código Penal.
[1615] VIGONI, D. *La sottrazione internazionale…*, Ob. cit., pp. 136-137.
[1616] La conducta aparece en los artículos 135.45 y 135.50 del Código y se denomina Interferencia en la Custodia, que puede ser en primer o segundo grado, siendo el primero agravado por el hecho de trasladar al menor fuera de su Estado o ponerlo en peligro, siempre y cuando la conducta no haya recaído sobre un menor abandonado ni la sustracción fuera necesaria para evitarle un peligro.

quien detenta la custodia, agravándose la pena para el caso de que dicho menor salga del Estado[1617].

En la actualidad, es posible acudir a diversos recursos, pero en la década de los 70 la doctrina estadounidense mostró la gravedad del problema asegurando que no existía ningún tipo de sanción para las sustracciones de menores al ser los padres excluidos de responsabilidad penal en todos los casos, lo que se unía a la escasa efectividad de las herramientas civiles, hablándose de una especie de "inmunidad parental"[1618].

Así las cosas, la legislación protegía tanto los derechos de custodia como las libertades del menor, pero siempre frente a terceros, sin que los niños quedasen protegidos frente a las actuaciones de sus padres, por lo que el estatus de progenitor constituía prácticamente una defensa completa para cualquier cargo de secuestro y otros delitos relacionados, dada la exclusión explícita de responsabilidad para los padres en la propia Ley Federal de Secuestro (*Federal Kidnapping Act*)[1619].

De gran importancia fueron la Ley de Jurisdicción de Custodia Uniforme (*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*), que trata de establecer la competencia de los tribunales para resolver sobre custodias de menores con elementos interestatales; o la Ley de Prevención del Secuestro Parental (*Parental Kidnapping Prevention Act*), que es una ley federal que trata de promover la cooperación judicial sobre órdenes de custodia, dificultando que un padre pueda sustraer al hijo y huir a otro Estado para obtener la custodia, en tanto exista una orden anterior que debe ser respetada por el nuevo tribunal[1620].

En muchos Estados de Estados Unidos, se exige que el progenitor custodio avise con un mínimo de 60 días de antelación al otro progenitor de la idea de cambiar de residencia y, si dicho progenitor no está de acuerdo, en algunos Estados es necesario acudir a los tribunales para obtener una autorización para el cambio y, en otros, se ofrecen recursos procesales al progenitor que rechaza dicho cambio para que lo impida, mientras que en los Estados donde realmente no existe una norma concreta que exija esa puesta en conocimiento del cambio de residencia, los tribunales pueden perfectamente penalizar a quien cambia de residencia con el menor sin dar ninguna explicación[1621].

Actualmente, se cuenta con la figura del "guardian ad litem", un abogado que defiende el interés superior del menor y que no debe ser confundido con el abogado de este, que mantiene con el niño una relación en similares términos a los que mantendría con un adulto y que responde a los deseos de aquel, no necesariamente a su interés superior, que ya se sabe que no tienen por qué ser coincidentes[1622].

Un estudio americano concluyó que, cuando los niños son sustraídos por el progenitor no custodio, normalmente el sustractor le cuenta al niño que el otro padre no se encuentra bien, está muerto o incluso que lo matará si vuelve (el no sustractor al niño) o que tiene

[1617] VIGONI, D. *La sottrazione internazionale…*, Ob. cit., p. 137.
[1618] LEWIS, J. A. "Legalized Kidnapping Of Children By Their Parents", *Dickinson and Law Review,* núm. 80, 1975, p. 305.
[1619] *Ibídem*, p. 306.
[1620] GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. *When parents…,* Ob. cit., pp. 241-243.
[1621] GLENNON, T. "Divided parents, shared children. Conflicting approaches to relocation disputes in the USA", *Utrecht Law Review,* vol.4, núm. 2, 2008, p. 58.
[1622] GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. *When parents…,* Ob. cit., pp. 132-133.

una nueva familia de la que el niño ya no puede formar parte, lo que impide que el menor pueda desarrollar el sentido de la confianza, una parte importante de su desarrollo e identidad[1623].

Por cuanto concierne a Australia, en la década de los 90, en este país solían producirse unas 50 sustracciones de menores al año, contando tanto las que tienen lugar dentro del país como las que acaban con el menor fuera del mismo[1624]. Actualmente, Australia cuenta con la cifra más alta de sustracciones parentales del mundo, al tiempo que posee la ratio más baja de niños que son devueltos a su lugar de origen, siendo que las estadísticas oficiales muestran que entre dos y tres niños son sustraídos tanto fuera como dentro del país semanalmente[1625].

La doctrina australiana critica el hecho de que algunos tribunales hayan ordenado el retorno del menor en aplicación del Convenio de La Haya incluso cuando queda demostrado que la sustracción se produjo como medio para evitar violencia doméstica o abuso sexual[1626]. Además, cuenta con Convenios bilaterales con Egipto y el Líbano[1627]. Un problema añadido de este país es la localización del menor, dado que no existe un control poblacional y se permite (y, de hecho, se realiza con relativa frecuencia) el cambio de nombres[1628].

En conclusión, puede observarse que la sustracción de menores no entiende de fronteras, es un conflicto que afecta a todos los países, siendo que cada Ordenamiento trata de aportar la solución que estima más conveniente para intentar atajar este tipo de supuestos. No obstante, lo que sí cabe afirmar es que la sustracción parental de menores no debe quedar impune, constituyendo una conducta lo suficientemente grave como para integrar los Códigos Penales de los distintos Estados, sin olvidar la importancia de los diversos instrumentos internacionales que estimulan la cooperación entre los diferentes países que puedan verse involucrados en uno de estos supuestos.

---

[1623] TEDISCO, J. N. - PALUDI M. A. *Missing Children: A psychological approach to understanding the causes and consequences of stranger and non-stranger abduction of children,* State University of New York, 1996, p. 67

[1624] NYGH, P. *Children on the Move. How to Implement Their Right to Family Life,* Kluwer Law International, 1996, p. 29.

[1625] Información obtenida de la web oficial de la institución Child Recovery, institución creada al efecto de intentar obtener la restitución de niños sustraídos por uno de sus padres y trasladados fuera de su lugar de residencia habitual: https://childrecoverychapman.com/

[1626] NYGH, P. *Children on the Move*..., Ob. cit., p. 44.

[1627] Esta información ha sido extraída de la página web oficial del gobierno australiano: https://www.ag.gov.au/families-and-marriage/families/international-family-law-and-children/international-parental-child-abduction.

[1628] NYGH, P. *Children on the Move*..., Ob. cit., p. 44.

# CAPITOLO SETTE. REGOLAMENTAZIONE GIURIDICO-PENALE DEL REATO DI SOTTRAZIONE DI MINORI IN ALTRI PAESI

## I. IL REATO DI SOTTRAZIONE DI MINORI IN ITALIA

### 1. Reati contro la famiglia. L'origine del reato di sottrazione di minori

L'Italia, come qualsiasi altro paese, soffre del problema della sottrazione di minori da parte dei genitori, che in questo paese ha caratteristiche molto specifiche: quasi il 50% dei rapimenti avviene prima che venga presa una decisione giudiziaria sulla custodia del bambino; la maggior parte dei sottrattori ha un'età compresa tra i 30 e i 39 anni; il sottrattore proviene di solito da un ambiente socio-economico basso e non ha commesso altri reati in passato; la sottrazione è di solito motivato dall'amore per il bambino o da un desiderio di vendetta contro l'ex partner; i bambini rapiti hanno di solito un'età compresa tra zero e cinque anni; la sottrazione avviene di solito durante i fine settimana o le vacanze, estendendo il diritto di visita; quando la sottrazione è internazionale, il bambino viene di solito portato nel paese d'origine della persona che sottrarre; nel 94% dei casi, il bambino viene restituito[1629].

Come nel sistema penale spagnolo, il reato di sottrazione di minori in Italia si trova all'interno del Titolo XI del Libro II, dedicato ai reati contro la famiglia. Nello specifico, è tipizzato nel Capo IV, chiamato "Delitti contro l'assistenza familiare" negli articoli 573, 574 e 574 bis del testo punitivo italiano, anche se la normativa che contiene è molto diversa da quella spagnola. La prima differenza che si può trovare è che il codice italiano si riferisce direttamente ai reati contro la famiglia, mentre il codice spagnolo include reati non contro la famiglia, ma contro le relazioni familiari.

Tuttavia, come espresso dalla dottrina, la tutela penale non protegge la famiglia come gruppo, intesa in senso costituzionale e nel nuovo diritto di famiglia, come formazione sociale che favorisce la libera e piena esplicazione della persona umana e tanto meno nel tradizionale senso patriarcale-autoritario; gli interessi del gruppo sono protetti solo indirettamente, essendo che il reato di sottrazione di minore protegge il diritto di non ingerenza che i genitori hanno, all'esterno della famiglia, della loro funzione genitoriale, esercitata a beneficio del minore[1630].

Come detto sopra, il reato di sottrazione di minori rientra nel titolo dedicato ai reati contro la famiglia. La dottrina italiana rileva anche la complessità di fornire un concetto di famiglia da un punto di vista giuridico, in quanto alcuni sottolineano l'esistenza di un vincolo di consanguineità, altri l'esistenza di una convivenza e altri ancora ritengono che la famiglia sia il nucleo sociale dove si mescolano gli elementi precedentemente menzionati[1631].

---

[1629] REDOGLIA, E. "La sottrazione di minori nei casi di separazione e divorzio", *Psicologia e Giustizia,* año 3, núm. 1, 2002, pp. 15-19.
[1630] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del reato di sottrazione consensuale di minorenni", *Cassazione Penale*, año 17, 1977, p. 620.
[1631] TRAMONTANO, L. *Codice Penale Spiegato con esempi pratici, dottrina e giurisprudenza*, 15ª ed., Casa Editrice La Tribuna (CELT), Piacenza, 2015, p. 925.

In effetti, i penalisti hanno lottato a lungo per trovare una definizione soddisfacente di famiglia, una definizione che potesse essere adattata alle diverse varianti penali contenute nel Titolo e per chiarire la fisionomia dei beni giuridici rilevanti in materia, senza successo, cosicché questo problema continua ad esistere, anche se si può affermare che il Codice Rocco aveva in mente una chiara immagine della famiglia come famiglia legittima, coniugale e parentale, basata sul matrimonio[1632].

Il codice civile fornisce un quadro completo dei rapporti giuridici tra persone legate da parentela, matrimonio o affinità, così come altri rapporti come l'adozione, la tutela, la curatela e la filiazione, che si basano su situazioni familiari particolari o le riguardano, ma non include un concetto di famiglia in quanto tale[1633]. La verità è che, anche se il codice civile ha fornito un concetto di famiglia, nel diritto penale dovrebbe essere soggetto a possibili interpretazioni in accordo con questo ramo del diritto[1634].

Nonostante l'esistenza del Titolo XI, ci sono molti altri precetti sparsi nel Codice che si riferiscono alla famiglia, quindi è una considerazione trasversale in tutte queste norme, anche se a seconda delle esigenze, il legislatore può dare particolare importanza a certe relazioni familiari rispetto ad altre, il che conferma la possibilità di poter parlare di protezione penale della famiglia[1635].

Qualche settore dottrinale, negando che la famiglia sia l'oggetto specifico di protezione del Diritto Penale, assume che l'interesse protetto dall'insieme dei reati del Titolo risieda nelle relazioni familiari, cioè nell'insieme degli obblighi e dei doveri che nascono in esse e che vincolano i titolari delle stesse[1636]. In questo senso, questa opinione è abbastanza vicina al titolo spagnolo dedicato ai reati contro le relazioni familiari, dove ciò che viene protetto non è la famiglia, ma quei diritti e doveri che sorgono in occasione di questa.

In questo senso, le norme giuridico-criminali non sembrano prendere in considerazione le relazioni tra coniugi, i rapporti di filiazione, di potestà genitoriale, di affinità o di adozione, ma, in contesti particolari, appaiono rilevanti la convivenza e la custodia per motivi di educazione, sorveglianza, ecc. Così, le relazioni parentali non sono rilevanti di per sé, ma sono la fonte di origine a questioni di vita in comune, relazioni psicologiche tra i soggetti attivi e passivi, in modo che, a seconda dei casi, il reato può essere aggravato, attenuato o addirittura escluso[1637].

Ciò fa parte in realtà di un processo evolutivo, poiché il Codice Zanardelli[1638], in linea con la concezione liberale prevalente all'epoca, si preoccupava di proteggere gli interessi

---

[1632] CADOPPI, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S. MANNA, A. PAPA, M.), vol. VI, UTET, Milanofiori, 2009, p. 270.
[1633] PATERNITI, C. *La famiglia nel diritto penale,* Giuffrè Editore, Milán, 1970, p. 6.
[1634] *Ibídem*, p. 5.
[1635] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P. *Elementi di Diritto penale. Parte Especiale*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2016, p. 317.
[1636] PISAPIA, D. *Delitti contro la famiglia,* Unione Tipográdico-Editrice Torinese, Torino, 1953, p. 221.
[1637] MARINI, G., LA MONICA, M. e MAZZA, L. *Commentario al Codice Penale,* volume III, UTET, 2002, p. 2640.
[1638] A proposito di questo Codice, PISAPIA, D., indica che il problema principale incontrato dai compilatori del Codice fu, da un lato, il fatto di reprimere severamente i fatti da cui poteva derivare un danno evidente e apprezzabile per la famiglia e, dall'altro, il tentativo di non invadere il campo della morale. In *Delitti contro...,* Ob. cit., p. 104. Infatti, molte delle condotte che venivano punite in passato con la responsabilità penale erano piuttosto immorali (secondo la concezione del tempo) che illegali, ed è necessario che il diritto penale sia separato dalla morale per poter adeguatamente rispettare il principio del minimo intervento.

individuali dei vari membri che componevano la famiglia; il Codice Rocco, al contrario, adotta una concezione patriarcale della famiglia e la valorizza come soggetto collettivo con interessi giuridici distinti da quelli individuali[1639].

Nel sistema penale italiano non esiste una norma generale che definisca in modo unitario i rapporti familiari ai fini penali, ma il codice penale si riferisce ai rapporti familiari attraverso concetti tratti dal diritto civile o attraverso concetti puramente autonomi[1640].

Così, l'articolo 29 della Costituzione italiana afferma che la famiglia è la società naturale fondata sul matrimonio, con la consapevolezza che la società naturale non può mai riferirsi a una persona giuridica ed esclude quindi l'idea che la famiglia possa essere trattata come una persona giuridica[1641].

La famiglia può essere considerata come un gruppo sociale eventualmente caratterizzato da convivenza e/o legami patrimoniali che normalmente tende alla riproduzione e/o alla cooperazione economica e/o al mantenimento e alla soddisfazione di interessi affettivi e/o spirituali[1642]. È un gruppo di persone unite da un legame legale di parentela o affinità[1643]. Come organizzazione, non si caratterizza per essere una semplice serie di relazioni, ma forma un vero sistema giuridico, tanto che il diritto di famiglia può essere considerato un sistema autonomo[1644]. Per l'ordinamento giuridico, la famiglia costituisce uno degli ambiti fondamentali della vita relazionale perché, come società intermedia tra l'individuo e lo Stato, è il luogo dove si sviluppa la persona[1645]. Si presenta fin dall'antichità come un nucleo sociale con funzioni sociali più che familiari, destinato a provvedere ai bisogni dei suoi membri[1646].

La dottrina percepisce tre diversi tipi di famiglia nel codice penale italiano: il modello pubblico-autoritario, costituzionalmente superato, in cui, senza integrare la famiglia nel Diritto Pubblico, che ruota intorno alla sottomissione degli interessi di natura pubblica e presenta una struttura gerarchica; il modello personal-individualista, caratterizzato da una componente volontaristica, in cui alla tutela della famiglia, o meglio, alla tutela degli interessi dei membri della famiglia, basta l'attualità di una situazione stabile e duratura di affetto, di legami solidali, morali ed economici, al punto da accontentarsi talvolta della semplice convivenza, costituendo un modello di famiglia strutturato in modo paritario, in cui l'esaltazione del soggettivismo e dell'individualismo porta a una progressiva legalizzazione della convivenza *more uxorio*; il modello personale-pubblico, che evidenzia la complessità e la contraddizione della famiglia moderna, in cui il tessuto familiare è aperto al controllo pubblico, che interviene per proteggere, in modo molto

[1639] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di Diritto Penale. Parte Speciale,* 4ª ed., DIKE, Roma, 2013, p. 307.
[1640] ANCESCHI, A. *Illeciti penali nei rapporti di famiglia e responsabilità civili*, Maggioli Editore, 2012, p. 15.
[1641] MARINI, G., *et al. Commentario al...,* Ob. cit., p. 2640.
[1642] RIONDATO, S. *Trattato di Diritto di Famiglia,* 2ª ed., Vol. 4, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 15.
[1643] CICU, A. *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914, p. 7.
[1644] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 116.
[1645] LANZA, E. *Diritto penale. Parte speciale – I* (dir. ALEO, S. – PICA, G.), CEDAM, Milán, 2012, pp. 571-572.
[1646] CICU, A. *Il diritto di...*, Ob. cit., p. 8.

diverso dal primo dei modelli menzionati, l'interesse superiore della famiglia, anche se protegge un interesse individuale[1647].

Proprio l'esistenza di vari tipi di famiglia ha determinato che la dizione "Delitti contro la famiglia" del Titolo XI non sia compresa, essendo qualificata come vaga, per cui si nega che questo Titolo si riferisca realmente alla famiglia perché non tutte le norme che contiene si riferiscono alla stessa nozione, unitaria, di famiglia, ma a significati diversi della stessa idea di rapporti familiari; e perché, mentre alcune norme si riferiscono allo stesso significato, altre no, per cui si può dire che sono tipicamente reati, anche se non necessariamente, reati familiari[1648]. Pertanto, non è la famiglia in quanto tale ad essere protetta, ma la persona nei suoi diritti familiari, la personalità dell'individuo in una delle formazioni sociali più significative in cui si sviluppa[1649].

Si afferma che, essendo indubbiamente vero che la famiglia come bene giuridico protetto, ha un carattere un po' sfuggente, ed essendo apparentemente difficile configurare una nozione unitaria di famiglia, valida per tutti i reati, è anche vero che la famiglia rappresenta sempre una sfera di vita che il legislatore prende in particolare considerazione e all'interno della quale i reati si colorano in modo speciale; insomma, normalmente i reati contro la famiglia sono reati plurioffensivi che, a seconda dei casi, mettono la famiglia più o meno al centro della protezione[1650].

Riguardo a questi delitti, si è detto che tutti si basano sul dovere, che ha carattere primordiale rispetto al diritto, e che, sebbene siano apparentemente comuni, in realtà sono delitti speciali a sé stanti, poiché l'agente avrà bisogno di una certa qualità per essere un soggetto attivo, dato che compie un'inosservanza dei suoi doveri[1651]. Inoltre, i reati familiari non possono essere intesi come commessi contro individui o contro beni che appartengono loro individualmente, ma piuttosto contro soggetti particolarmente qualificati dalla loro posizione familiare, così che il soggetto passivo non sarà l'uomo, ma il marito; né la donna, ma la moglie; né il bambino, ma il figlio; e così via[1652].

Il codice penale spagnolo ha incluso la condotta della sottrazione di minori nel 2002. Le origini del reato italiano di sottrazione di minori sono molto più antiche. Quindi, non è che il codice penale italiano abbia sempre previsto questa condotta, ma la sua codificazione è avvenuta molto prima che nel caso spagnolo. Così, fu il codice penale del 1853 che fece un passo decisivo in questo settore attraverso una concezione moderna del rapimento tra parenti, introducendo per la prima volta, esplicitamente, il reato di rapimento di minori, inserendolo nel Titolo corrispondente ai delitti contro il pudore e l'ordine familiare, regolando due modi diversi di commettere il reato, sebbene la condotta ricadesse sempre su una giovane donna, essendo la pena diversa a seconda della sua età e dello scopo del rapimento o del mantenimento, configurando una sorta di rapimento improprio[1653]. Successivamente, nel Codice Zanardelli del 1889, il reato di sottrazione di

---

[1647] BERTOLINO, M. "La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año LI, 2008, pp. 574-575.
[1648] SPENA, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. GROSSO, C. F., PADOVANI, T., y PAGLIARO, A.), vol. XIII, Giuffrè Editore, Milán, 2012, pp. 6-8.
[1649] *Ibidem*, p. 23.
[1650] CADOPPI, A. - VENEZIANI, P. *Elementi di...,* Ob. cit*.,* p. 321.
[1651] PISAPIA, D. *Delitti contro...,* Ob. cit., p. 228.
[1652] *Ibidem*, p. 232.
[1653] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. VI, (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M.), UTET, Milanofiori, 2009, p. 686.

minori fu creato all'interno dei delitti contro la libertà (legati al concetto di sottrazione), lasciando la sottrazione con consenso (sottrazione impropria) all'interno dei delitti contro i buoni costumi e l'ordine familiare[1654], non essendo fino alla codificazione del 1930 quando finalmente la sottrazione di minori fu configurata come un reato autonomo, separato del rapimento[1655].

DELOGU sostiene che la norma è stata concepita dal legislatore con una mentalità tradizionale, consona al modello di sistema familiare-giuridico di tipo autoritario, governato dal marito/padre, in posizione preminente sulla moglie come unico esercente l'autorità parentale[1656].

Le tre figure di sottrazione di minori sono inserite tra i delitti contro l'assistenza familiare perché sono state costruite, dal legislatore del 1930, come offensive degli interessi di chi esercita la potestà genitoriale, quindi cercano di escludere qualsiasi tipo di interferenza da parte di terzi che possano attaccare tale potestà[1657].

Come conseguenza dei cambiamenti offerti dal diritto di famiglia, si modifica anche l'oggetto della protezione penale e la sua comprensione, in modo che la potestà dei genitori non sia più percepita come espressione di autorità, ma come una complessa rete di diritti e doveri che si esercitano con l'obiettivo di raggiungere uno sviluppo equilibrato e armonioso della personalità[1658]. Si è già analizzato che questa nuova concezione fa parte anche del diritto civile spagnolo, e il diritto di famiglia ha modificato questo modo di intendere l'autorità parentale fino a preferire l'espressione "responsabilità parentale". Attualmente, questa dottrina sembra essere quella seguita dai paesi circostanti, poiché i minori godono di maggiori diritti e c'è una tendenza verso una loro maggiore protezione.

## 2. Elementi comuni a tutte e tre le figure

La prima cosa che colpisce delle fattispecie della sottrazione di minori italiano, in uno studio comparativo con il corrispondente reato spagnolo, è che il reato italiano *si configura come un reato comune* che può essere commesso da qualsiasi persona, compresi i genitori, a differenza del reato spagnolo, che è stato creato solo per questi ultimi e per un numero ristretto di soggetti che sono legati al bambino o al genitore, avendo natura di reato speciale.

Pertanto, il primo degli elementi comuni ai tre reati è la natura di un reato comune, e qualsiasi persona, compresi i genitori, può essere un soggetto attivo, anche il genitore che esercita la patria potestà, purché anche l'altro genitore eserciti la patria potestà, poiché in questo caso vengono lesi i diritti di quest'ultimo[1659].

Le posizioni più antiche difendevano l'inapplicabilità di questi precetti in questi casi, poiché consideravano che spostarsi con il bambino faceva parte dei poteri del padre o

[1654] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 687.
[1655] ANCESCHI, A. *Illeciti penali...,* Ob. cit., p. 221.
[1656] DELOGU, T. *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia* (dir. CIAN, G. *et al.*), Vol. 7, CEDAM, 1995, p. 702.
[1657] MENEGHELLO, M. *Diritto penale della famiglia* (dir. RIONDATO, S.), VOL. 4, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 662.
[1658] LARIZZA, S. "Sottrazione di minore o di incapace", *Digesto delle Discipline Penalistiche,* vol. XIII, 1997, p. 523.
[1659] SPENA, A. *Trattato di Diritto...,* Ob. cit., p. 408.

della madre come esercenti la potestà genitoriale, per cui il reato di sottrazione non poteva essere applicabile a questo tipo di casi, a meno che non fosse il genitore che sottraeva il bambino all'altro genitore che esercitava la potestà genitoriale, essendo il primo un non esercente[1660].

Tuttavia, qui bisognava distinguere due casi: il primo è che l'esercizio esclusivo fosse stato concordato di comune accordo tra le parti, nel qual caso si sarebbe applicato solo il reato di sottrazione nel caso in cui fosse stato il non affidatario a sottrarre il bambino[1661]; per il caso opposto, cioè quando questa decisione fosse stata presa per decisione giudiziaria, il reato applicabile era il reato di disobbedienza a una decisione giudiziaria dell'articolo 388 del codice penale[1662].

Qualche settore dottrinale sostiene, in linea con quanto accade nell'ordinamento giuridico spagnolo (almeno prima della riforma del 2021), che il soggetto attivo può essere solo il genitore che non ha ottenuto l'affidamento del bambino[1663]. Al contrario, e a favore di quanto difeso in questo scritto, altri autori considerano la possibilità che il genitore affidatario si configuri come soggetto attivo perché l'affidamento implica la possibilità di prendere decisioni riguardanti la vita quotidiana del bambino, ma le decisioni più importanti devono essere prese da entrambi i genitori, salvo diversa decisione del tribunale, per cui il genitore non affidatario mantiene il diritto e il dovere di controllare l'educazione del bambino e la possibilità di rivolgersi al tribunale se osserva che l'altro genitore ha preso decisioni che vanno contro l'interesse del bambino[1664].

Pertanto, il soggetto attivo può essere anche, dato che nulla in contrario è stabilito nell'articolo, il genitore che eccede l'esercizio della potestà genitoriale, quando l'altro genitore è anche un co-esercente, così come il genitore non affidatario che non consegna il bambino quando dovuto dopo il periodo di tempo fissato per la visita[1665]. Secondo l'articolo 316 del codice civile, i genitori di comune accordo decidono il luogo di residenza del figlio, il che è indicativo del fatto che nessuno dei due genitori può trasferire il figlio altrove senza il consenso dell'altro, cosa che è stata sottolineata anche dalla giurisprudenza italiana[1666].

Va notato che, fino al XX secolo, la madre non aveva alcuna responsabilità genitoriale. In ogni caso, ora che è stata superata la vecchia convinzione, con la riforma del 1975, che la madre non aveva la responsabilità genitoriale, la sottrazione può avvenire anche dal padre alla madre e non solo il contrario[1667].

La dottrina italiana si è anche interrogata su cosa succede quando il bambino è adottato (in una qualsiasi delle tre forme di sottrazione di minori) e viene sottratto dal padre adottivo, rispetto a quello che accadrebbe se l'autore fosse il padre biologico. In linea con

---

[1660] FIERRO CENDERELLI, F. *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè Editore, Milán, 1984, pp. 166-168.
[1661] In passato, l'esercizio si identificava con la custodia, mentre le concezioni più moderne intendono che l'esercizio è congiunto anche se il bambino è soggetto alla custodia e alla tutela di uno dei genitori, a meno che il giudice non stabilisca diversamente.
[1662] FIERRO CENDERELLI, F. F. *Profili penali del nuovo regime...,* Ob. cit., p. 168.
[1663] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 334.
[1664] GALGANO, F. *Istituzioni di Diritto Privato,* 9ª ed., Wolters Kluwer – CEDAM, Milán, 2019, p. 414.
[1665] PADOVANI, T. *Codice penale,* vol. II, 6a ed., Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 3113.
[1666] Corte d'appello di Catania, sezione famiglia, con sentenza del 28 maggio 2015.
[1667] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2779.

quanto difeso in questo lavoro, la dottrina italiana sostiene che la rottura dei legami che comporta l'adozione impedisce che la condotta del genitore biologico che rimuove o trattiene il bambino costituisca un reato di sottrazione di minore, in quanto questo sarebbe riservato ai genitori adottivi[1668].

Sarebbe logico pensare che, in questi casi, il reato più appropriato sarebbe il sequestro di persona, ma bisognerebbe analizzare attentamente le circostanze di ogni caso specifico, dato che il reato italiano è di natura comune, quindi sia i genitori adottivi che i genitori biologici potrebbero, in linea di principio, compierlo. Sarà necessario analizzare quale diritto giuridico è colpito in ogni caso per sapere quale tipo di reato applicare o, eventualmente, stabilire il concorso di reati corrispondente.

Il conflitto molto rilevante che la cerchia dei soggetti presentati nel reato spagnolo si riduce notevolmente in Italia quando si configura come reato comune, poiché tutti i problemi derivati dal quinto comma dell'articolo 225 bis del codice penale spagnolo scompaiono se il reato è di natura comune, dato che qualsiasi persona può commettere il reato. È chiaro che entrambi possono commettere il reato in quanto è un reato comune, ma c'è qualche controversia sul fatto che il reato possa essere sempre commesso da entrambi i genitori, chiunque abbia l'affidamento del bambino, o se solo il genitore che non ha l'affidamento può essere punito. Sembra che, in linea con le idee moderne riguardanti la responsabilità genitoriale e, come detto sopra, sarebbe possibile per uno dei due realizzare la condotta tipica, a condizione che entrambi abbiano l'esercizio della responsabilità genitoriale, altrimenti, solo l'esercente può soffrire il reato attraverso la condotta del non esercente, poiché, in caso di esercizio esclusivo, il primo ha il diritto di decidere il luogo di residenza del bambino. Pertanto, la soluzione è simile, se non identica, a quanto difeso in precedenza in occasione dello studio della figura spagnola della sottrazione di minori, ovvero, sia il genitore affidatario che il genitore non affidatario possono essere soggetti attivi del reato, salvo il caso di non avere l'esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso il genitore non affidatario sarà l'unico capace di realizzare la condotta.

D'altra parte, tutte le questioni sollevate in relazione all'articolo 225 bis riguardanti la non applicazione del reato al tutore, che potrebbe anche benissimo allontanare il minore, senza essere incluso nel reato; quella dicotomia tra genitori biologici e genitori adottivi e, più problematico, genitori affidatari; e i nuovi partner romantici di entrambi i genitori sono anche risolti, poiché il reato è comune, quindi chiunque può commettere il reato.

In conclusione, *l'autore può essere qualsiasi persona che esegue la sottrazione (compreso uno dei due genitori)*[1669]. Ciò significa che l'autore del reato può essere una persona completamente al di fuori della famiglia e distaccata dal bambino; una persona legata al bambino, cioè un membro della famiglia; i genitori, quando hanno perso il diritto di esercitare la responsabilità genitoriale per mezzo di una decisione del tribunale; i genitori, quando hanno perso il diritto di esercitare la responsabilità genitoriale per mezzo di una decisione del tribunale; i genitori che sono sospesi dall'esercizio dell'autorità

[1668] ROMANO, B. "La sottrazione del minore da parte di un genitore: profili penalistici ed implicazioni internazionalistiche", *L' índice penale,* núm. 7, 2004, p. 706.
[1669] PEZZANO, R. *Codice Penale Operativo. Annotato con dottrina e giurisprudenza* (dir. PETRUCCI, R.), 11ª ed., Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2015, p. 1401; BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale di minorenni. La sottrazione d'incapaci", *Reati contro la famiglia e i minori* (dir. FORTUNA, F. S.), Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 179-180.

genitoriale, ad esempio a causa del fatto che il bambino è stato loro sottratto; i genitori che sono sospesi dall'esercizio della patria potestà, per esempio, perché la custodia del bambino è stata trasferita a una nuova famiglia; il tutore; e anche il genitore che esercita la patria potestà e porta via il bambino all'altro genitore che esercita la patria potestà; o dal genitore in caso di separazione o divorzio[1670], quando la custodia del bambino non gli è stata assegnata[1671].

La giurisprudenza prevalente permette di punire un genitore che sottrarre un figlio minorenne anche in assenza di un ordine del tribunale sulla base del fatto che, in linea di principio, entrambi i genitori dovrebbero essere in grado di esercitare la responsabilità genitoriale[1672]. In effetti, la legge civile italiana stabilisce la regola generale della cooperazione nella responsabilità genitoriale, per cui i genitori l'esercitano congiuntamente la responsabilità genitoriale e collaborano in egual misura alla soddisfazione dei bisogni del bambino[1673].

Resta da aggiungere che la legislazione italiana risolve, almeno parzialmente, un altro dei problemi sorti nella legislazione spagnola. Indipendentemente dal fatto che il delitto di sottrazione di minori, in uno qualsiasi dei suoi tre aspetti, può essere commesso da chiunque, essendo configurato come un delitto comune, a differenza del delitto spagnolo, che ha la natura di un delitto speciale e può essere commesso solo da una ristretta cerchia di persone, la verità è che una delle questioni presentate dal delitto era cosa succede con il partner del padre o della madre, cioè, quando non c'è ancora il matrimonio. Se il padre o la madre si risposano, da quel momento si crea una relazione di primo grado per affinità che permette di includere queste persone come soggetti attivi del reato. Tuttavia, nel caso opposto, se la coppia non si fosse sposata, rimaneva il dubbio se questo tipo di relazione integrasse la parentela richiesta dalla fattispecie, e si concludeva dubitativamente che potesse essere così perché questo è ciò che si deduce dalle leggi autonome in materia, che di solito tendono a unificare la regolamentazione tra coppie non sposate e coppie sposate.

Ebbene, il codice penale italiano risolve parzialmente tutte queste questioni nell'articolo 573 ter, che determina la piena uguaglianza di diritto penale per le unioni civili tra coppie dello stesso sesso, probabilmente perché questo paese non permette il matrimonio tra persone omosessuali. Tuttavia, sembra che si sarebbe dovuto scegliere di accogliere tutte le unioni civili, in una unificazione dell'applicazione del diritto legale-penale, lasciando ora il dubbio su cosa succede quando l'unione civile è tra persone di sesso diverso, che non sembrano essere incluse nella fattispecie.

Le differenze sostanziali tra la famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia fondata sulla convivenza *more uxorio* sono andate diminuendo nel tempo in seguito ad alcuni cambiamenti legislativi, come l'abrogazione dell'adulterio e del concubinato e l'entrata in

---

[1670] GALGANO, F. spiega che, quando c'è una separazione o un divorzio, la regola prioritaria è l'affidamento condiviso, una regola che è stata incorporata nel 2006. Tuttavia, nel caso in cui una decisione del tribunale stabilisca la custodia esclusiva per uno dei genitori, il tutore avrà l'esercizio esclusivo per gli atti di ordinaria amministrazione, essendo che le decisioni più importanti saranno adottate da entrambi i genitori, a meno che la decisione stessa non stabilisca diversamente, tra cui è incluso l'obbligo di decidere di comune accordo il luogo di residenza abituale del minore. In *Diritto privato*, 18° ed., Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 901-903.

[1671] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 719.

[1672] GRECO, R., NOCERA, A. y ZEULI, S *Codice Penale Illustrato*, 8ª ed., Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2015 p. 668.

[1673] ALCARO, F. *Diritto privato,* 4° ed., Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2019, p. 711.

vigore del divorzio[1674], che permette di sciogliere il matrimonio e iniziare nuove relazioni, senza contare che la giurisprudenza ha cercato di cooperare con questa parità, applicando nei casi dubbi, la stessa regola[1675].

Per quanto riguarda il *bene giuridico,* come regola generale, anche se si vedrà in seguito che ci sono alcune differenze tra alcune modalità e altre, i reati di sottrazione di minori tendono a proteggere l'unità familiare, i suoi interessi sociali, morali e affettivi, tutelando gli interessi dei genitori a mantenere il controllo nell'aspetto fisico-spaziale del minore[1676].

Come indica la dottrina italiana, la *sottrazione integra due modalità:* la sottrazione e il trattenimento, la prima consistente nel sottrarre il minore alla sfera di controllo di chi esercita la potestà genitoriale, che non può acconsentire o dissentire; e la seconda che implica un primo consenso da parte di chi esercita la potestà genitoriale; in ogni caso, il consenso del minore non esclude il verificarsi del reato se chi esercita la responsabilità genitoriale non ha potuto acconsentire o si è rifiutato di farlo[1677].

Da un lato, è stato richiesto che il bambino sia portato in un luogo diverso da quello in cui vive normalmente o dove deve rimanere sotto l'autorità del genitore o del tutore, il che si chiama *abductio de loco in locum*[1678] . Questo esprime che il fatto che il minore sia lontano dalla casa familiare non diminuisce il dovere-potere di vigilanza e difesa dei genitori[1679].

Al contrario, si è sostenuto che questa *abductio de loco in locum* non è precisa[1680], ma che ciò che deve verificarsi in ogni caso è la violazione delle relazioni personali, formative e psicologiche tra il minore e i suoi genitori, rendendo impossibile la dovuta vigilanza sulla condotta del minore[1681].

Il trattenimento, invece, è dissociato dall'allontanamento nella misura in cui presuppone una situazione legittima precedente, cioè il bambino è in potere dell'autore del reato in modo legittimo, che avrebbe dovuto procedere al suo rilascio o permettergli di tornare a casa[1682].

Certo, è possibile che al minore sia stata concessa una certa libertà di movimento, ma questa libertà deve essere condizionata ai limiti per i quali è stata concessa, e non si può supporre che questo fatto implichi il consenso del padre alla *abductio de loco in locum*. Così, è stato considerato tipico il comportamento di una sedicenne che lascia la casa di

---

[1674] Introdotto in Italia con la legge 1 dicembre 1970, n. 898.
[1675] INGRASCÌ, M. *Le responsabilità penali nel diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Turín, 2004, p. 10.
[1676] DALIA, A. A. "Sottrazione di minori o di incapaci", *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990, p. 190.
[1677] MARINI, G., *et al. Commentario al...,* Ob. cit., p. 2663.
[1678] PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 759; MENEGHELLO, M. *Diritto penale…*, Ob. cit., p. 667; SEMERARO, P. *Famiglia e diritto penale*, Aracne, Ariccia, 2016, p. 85; LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro le donne e i minori,* Giuffrè Editore, Milán, 2012, p. 61; ANCESCHI, A. *La tutela penale dei minori*, Giuffrè Editore, Milán, 2007, pp. 258-259.
[1679] IANELLI, V. "L'estremo della sottrazione nei reati di ratto e di sottrazione consensuale di minorenni", *Studi in Onore di Ernesto Eula*, vol. II, Giuffrè Editore, Milán, 1957, p. 147.
[1680] ROMANO, B. "Pretura pen. Di Rovereto 19 maggio 1999 – Est. DIES – imp. F. B. e I. M.", *Il diritto di famiglia e di personne*, vol. XXIX, 2000, p. 223.
[1681] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1401; BORGIANI, C. *"*La sottrazione consensuale...*"*, Ob. cit., p. 180.
[1682] LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro...,* Ob. cit., p. 62.

famiglia per qualche giorno, in una "fuga d'amore", in compagnia del suo fidanzato, contro la volontà dei suoi genitori[1683].

Un elemento caratteristico del reato di sottrazione è *l'assenza di consenso dei genitori o del tutore,* che sono i soggetti passivi della condotta. Ciò significa che, nel caso in cui queste persone acconsentano alla sottrazione, questa diventa atipico. Sono gli unici che possono autorizzare la sottrazione o la ritenzione e, allo stesso modo, gli unici autorizzati a citare in giudizio l'azione. Questa informazione diventerà in seguito, nelle modalità concrete, la chiave per risolvere certi dubbi che sorgeranno.

D'altra parte, il consenso dei genitori è rilevante, ma vale la pena chiedersi cosa succede nel caso in cui uno acconsenta e l'altro no, nel qual caso dobbiamo optare per l'assenza di consenso, sempre che non ci sia un'autorizzazione giudiziaria, dando luogo a un errore di fatto da parte del soggetto attivo che conosce il consenso di uno dei genitori ma non sa che l'altro si oppone alla sottrazione[1684].

In realtà, se uno autorizza e l'altro no, l'opzione migliore è andare in tribunale e lasciare che sia il giudice a decidere, dato che l'opinione di ciascuno dei genitori conta ugualmente. Tuttavia, nel caso in cui uno dei due rifiuti il trasferimento o il mantenimento, certamente si compiono gli elementi tipici, poiché si violerebbero i diritti dell'esercente la potestà genitoriale o la tutela, togliendo il bambino dalla sua sfera di vigilanza, essendo che questa situazione dà speciale rilevanza al campo dell'errore, poiché è possibile che il soggetto attivo conosca solo il consenso d'uno, ma non l'opposizione dell'altro, nel qual caso concorrerà un errore di fatto.

Sulla stessa linea, c'è chi distingue la forma del consenso in questi casi: se il soggetto che non dà il consenso non ha manifestato espressamente la sua opposizione né la si può estrarre in modo presunto, il consenso dell'altro è sufficiente ad escludere la responsabilità penale per il reato di sottrazione, in qualsiasi sua modalità; nel momento in cui tale opposizione viene fatta, è conosciuta dal soggetto attivo, tale opposizione prevale sul consenso dell'altro, mentre si realizzano gli elementi tipici, poiché il soggetto attivo sa che sta sottraendo il minore contro la volontà dei genitori o del tutore[1685].

Ovviamente, il modo in cui viene dato il consenso o l'obiezione è di vitale importanza, poiché la responsabilità penale non potrebbe essere imposta sulla base di un'obiezione interna che non è mai stata espressa esternamente. Sia il consenso che l'obiezione devono essere espressi all'esterno in qualche modo per essere conosciuti da terzi, espressamente o tacitamente. In ogni caso, quando è noto il consenso dell'uno ma l'opposizione dell'altro, la mancanza di consenso prevale e gli elementi tipici concorrono.

Per quanto riguarda la colpevolezza, è una *condotta dolosa*- tutti e tre i reati di sottrazione di minori sono dolosi - e non è previsto, giustamente, una fattispecie colposa. Pertanto, ciò che è richiesto non è altro che un intento generico che comprenda i diversi elementi del reato, che sarà diverso per ciascuna delle modalità.

---

[1683]GAROFOLI, R.*,* citando la sentenza del Tribunale di Taranto del 4 luglio 2012, n. 475. En *Codice Penale e delle leggi penali speciali*, Neldiritto Editore, 9ª ed., 2016, p. 1987.
[1684] ANCESCHI, A. *La tutela penale...,* Ob. cit., p. 258.
[1685] FIERRO CENDERELLI, F. *Profili penali del nuovo regime...,* Ob. cit., pp. 170-171.

Nell campo dell'*errore,* che il soggetto attivo sia uno dei genitori o un terzo, è particolarmente rilevante quando colpisce il consenso di coloro che possono autorizzare la sottrazione. Così, se si sbaglia su questo punto, nel senso di pensare, in modo fondato, che c'era il consenso dei genitori, ci sarebbe un errore di fatto che determinerebbe l'esclusione della responsabilità penale. Tuttavia, questo sembra un errore più plausibile nel caso in cui la sottrazione sia commessa da un terzo piuttosto che da uno dei genitori, che è precisamente il problema che ci preoccupa. Questo perché quando è uno dei genitori che vuole rimuovere o trattenere il bambino, lui o lei dovrà contattare l'altro genitore per discutere la questione, che è una situazione completamente diversa da quando la sottrazione è commesso da una terza persona.

Il reato *si consuma nel momento in cui si rompe il legame con la persona incaricata della responsabilità genitoriale,* il che permette di entrare in forme imperfette di esecuzione se l'autore non riesce a rompere questo legame[1686]. Così, il tentativo si configura quando l'attività del soggetto attivo si ferma prima della rottura del legame di assoggettamento tra il minore e il genitore o tutore[1687].

Come il reato spagnolo di sottrazione di minori, la modalità italiana, nelle sue tre ipotesi, *è un reato permanente,* mantenendo la situazione antigiuridica in uno stato consumativo fino a quando la sottrazione o il trattenimento non si conclude[1688]. La dottrina italiana concepisce i reati permanenti in una linea molto simile a quella spagnola.

I reati permanenti costituiscono, secondo un settore dottrinale, violazioni di beni immateriali, beni che possono solo essere compressi o feriti ma non distrutti[1689]. Così, se il bene protetto si distrugge è innegabile che non può esistere uno stato di violazione della norma equivalente alla durata dell'aggressione del bene, quindi il bene giuridico deve essere suscettibile di un'aggressione che dura nel tempo, creando uno stato di violazione della norma, uno stato di illegalità[1690]. Questi sono reati consumati che continuano ad essere consumati[1691].

Al contrario, c'è un altro settore dottrinale che difende anche che devono ricadere su beni lesivi ma non distruttibili, anche se non devono limitarsi ai beni immateriali, ma possono colpire anche beni materiali, come l'occupazione di una proprietà o di un edificio[1692]. Così come il reato può essere definito come la violazione della legge penale, il termine "permanente", che nel linguaggio comune significa la permanenza indefinita

---

[1686] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p.1401; DELPINO, L. *Diritto penale. Parte speciale*, 19ª ed., Simone, Nápoles, 2012, p. 458. Tuttavia, DELOGU, T., si interroga sulla possibile esistenza delle forme imperfette di esecuzione, in considerazione del fatto che si tratta di un bene immateriale, optando per la sua ammissione nel caso in cui l'interesse del minore sia incluso nel bene giuridico protetto, ma non nel caso opposto perché, se la responsabilità genitoriale non è lesa e questo è il bene giuridico protetto esclusivamente dal reato, non si deve considerare che il reato rimane nel grado di tentativo, ma direttamente, si deve escludere l'esistenza dello stesso. In *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., pp. 742 e seguenti.
[1687] DELPINO, L. *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 459.
[1688] Sulla stessa linea, LATTANZI, G. *Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza*, 13ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2017, p. 1617.
[1689] LEONE, G. *Del reato abituale, continuato e permanente,* Nicola Jovene & C., Napoli, 1933, pp. 392-393.
[1690] RAGNO, G. *I reati permanenti*, vol. I, Giuffrè Editore, Milán, 1960, p. 68.
[1691] GIULIANO, U. *La struttura del reato permanente*, CEDAM, Padua, 1967, p. 4.
[1692] MANTOVANI, F. *Diritto penale. Parte generale,* 7a ed., CEDAM, 2011, p. 433.

nel tempo dell'entità a cui si riferisce, vuole esprimere una durata illimitata dell'atto criminale stesso[1693].

Sulla base della separazione tra struttura e contenuto del reato, si è affermato che non è possibile confondere la lesione con la struttura del reato, né identificare la lesione stessa con un altro danno causato all'interesse protetto, né il reato con i suoi effetti, poiché il reato implica la lesione del primo, il contenuto del secondo, e la lesione è diversa dagli effetti, essendo che uno stato lesivo può essere uno di questi effetti, essendo che la permanenza fa parte della struttura del reato[1694].

In merito alla permanenza, un settore minoritario difende che il fatto che il delitto si mantenga durante un certo tempo giuridicamente apprezzabile non è sinonimo di permanenza, ma che questa costituisce solo un carattere della condotta essenziale per integrare il delitto, per cui la permanenza si dovrebbe identificare solo con la successiva continuazione nel tempo del reato dopo la sua perfezione[1695].

D' altra parte, è stato indicato che questo tipo di reato può essere inteso come bifasico: la prima fase, attiva oppure omissiva, comporta la violazione della norma; e la seconda fase, di natura omissiva, consiste nella mancata della rimozione della situazione da parte dell'autore, che non realizza la condotta adeguata per porre fine allo stato antigiuridico[1696]. In questo modo, è come se il reato permanente potesse essere frammentato in due norme distinte: la prima, ordina o proibisce la realizzazione di una certa attività; la seconda, ordina la revoca dello stato antigiuridico creato con la disobbedienza alla prima, essendo che questa seconda norma è intimamente legata alla prima, in quanto, se la prima non viene violata, non sorge l'obbligo espresso dalla seconda[1697].

Questa prima fase è indistinguibile dal reato non permanente, essendo, come appena detto, sia attiva che omissiva, e comporta la creazione dello stato di compressione del bene giuridico, essendo il concetto di permanenza riservato alla seconda fase, che inizia con la consumazione iniziale del reato[1698].

La seconda fase non è altro che una condotta omissiva, che consiste nel non rimuovere quella situazione, nel non fare un'azione determinata dalla legge, o ciò che è lo stesso, nel fare qualsiasi altra cosa contraria a ciò che dovrebbe essere fatto[1699]. Inoltre, questa seconda fase è composta da un elemento oggettivo (la possibilità dell'agente, il soggetto

---

[1693] COPPI, F. "Reato permanente", *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol, XI, 1996, p. 318.
[1694] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato permanente", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año 3, 1960, pp. 405-406.
[1695] BARTOLI, R. "Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 44, 2001, p. 140. L'autore in questione distingue tra perfezione e permanenza: se dal punto di vista cronologico perfezione e permanenza sono diverse, dal punto di vista del contenuto, cioè del disvalore dell'atto, non sono diverse: mentre il momento della perfezione indica il momento in cui l'atto appare conforme al giudizio del disvalore della disobbedienza alla norma, la permanenza indica la fase in cui l'atto, conforme allo stesso giudizio, si estende, consiste nella continuazione del disvalore dell'atto. *Ibidem*, p. 142.
[1696] RAMPIONI, R. *Contributo alla teoria del reato permanente,* CEDAM, Padova, 1988, p. 13.
[1697] LEONE, G. *Del reato abituale...,* Ob. cit., p. 427.
[1698] *Ibidem,* pp. 395 e seguenti.
[1699] *Ibidem,* pp. 430-431.

attivo, di porre fine a quella situazione illegale) e un elemento soggettivo (la volontà dell'agente di mantenere quella situazione)[1700].

È anche possibile rifiutare questa opinione e difendere che un reato di per sé è composto da una singola condotta e, di conseguenza, da una singola lesione dell'oggetto della protezione, in modo che si mantenga nel tempo fino a quando il comportamento antigiuridico cessi per volontà del soggetto attivo o per qualsiasi altra causa[1701]. Uno degli argomenti di questa teoria è negare il carattere bifasico, intendendo che un solo precetto viene violato, essendo unico l'obbligo di non disobbedire e unico il comportamento con cui viene violato[1702]. Cioè, il protrarsi nel tempo della condotta dopo il momento in cui si realizzano tutti gli elementi tipici del reato in questione non determina una rinnovata e autonoma offesa al diritto legale, tanto meno tanti reati e, di conseguenza, tanti delitti quanti sono i momenti di permanenza, ma esiste un'unica condotta, un'unica offesa e un unico reato[1703].

L'esecuzione di un reato permanente non è diversa da un reato istantaneo, quindi sarà necessario eseguirlo, realizzare l'attività perché il reato si compia, quindi il processo esecutivo non porta nulla di nuovo ai reati permanenti[1704].

A proposito dello stato consumativo di un reato permanente, la teoria dominante in Italia coincide con quella spagnola, in quanto è dell'opinione che il periodo consumativo rimane lo stesso tempo in cui si mantiene la condotta criminosa[1705], anche se non è unanime, poiché altre opinioni difendono l'inesistenza di uno stato consumativo, poiché la consumazione dura un attimo e, una volta che la condotta è stata consumata, non può continuare ad essere consumata, quindi non è la consumazione che si estende, ma la condotta, che riproduce continuamente il reato[1706].

Ora, per quanto riguarda il momento esatto della consumazione, ci sono diverse teorie[1707], la dominante è quella che pone l'inizio nel momento in cui appare l'evento in

---

[1700] LEONE, G. *Del reato abituale...,* Ob. cit., p. 447.
[1701] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato...", Ob. cit., p. 416; RAMPIONI, R. trova poco fondamento in questa concezione bifasica. In *Contributo alla…,* Ob. cit., p. 20.
[1702] Questo è spiegato da COPPI, F. "Reato permanente...", Ob. cit., p. 322.
[1703] *Ibidem*, p. 320.
[1704] PECORARO-ALBANI, A. "Del reato...", Ob. cit., p. 416.
[1705] LEONE, G. *Del reato abituale...,* Ob. cit., p. 457.
[1706] PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, CEDAM, Padova, 1955, p. 20; BARTOLI, R. dubita dell'esistenza dello stato consumativo e della possibilità del soggetto attivo di porre fine alla situazione antigiuridica della condotta, dato che la dottrina nega che il furto sia un reato permanente ma certamente che il danno al patrimonio si estenda nel tempo oltre la consumazione stessa, oltre al fatto che il soggetto attivo può restituire l'oggetto e quindi porre fine alla situazione antigiuridica. In "Sulla struttura del...", Ob. cit., p.145.
[1707] Spiega LEONE, G., l'esistenza di tre diverse teorie: la prima, già completamente superata, situava il momento consumativo nella cosiddetta apparizione dell'evento, nell'inizio dello stato di compressione del bene giuridico, quando sono presenti tutti gli elementi tipici, concezione manifestamente erronea perché dimentica il particolare che l'evento e la condotta sono in quel momento in sviluppo, per cui i reati permanenti si ridurrebbero ai reati istantanei; La seconda teoria colloca il momento consumativo nella cessazione della permanenza, una concezione che non può nemmeno essere corretta, poiché c'è un momento, al limite della prima fase della condotta, in cui la compressione dell'interesse protetto è già iniziata e appare il risultato dannoso; infine, la terza teoria, quella dominante, si riferisce alla sussistenza dello stato consumativo fino all'eliminazione della condotta antigiuridica. In *Del reato abituale...,* Ob. cit., p. 453 e seguenti.

cui si verifica la lesione del diritto legale, lo stato di compressione del diritto legale, anche se continua ininterrottamente durante un certo periodo di tempo[1708].

La dottrina afferma che due requisiti sono necessari per poter affermare che un'offesa ha carattere permanente: che l'offesa all'interesse protetto abbia carattere continuo, cioè che non possa verificarsi in un solo istante, ma che duri per un certo tempo; e che la continuazione di questa offesa sia dovuta a un comportamento volontario del soggetto, che ha sempre la possibilità di porre fine a questa situazione offensiva[1709]. Da parte sua, la giurisprudenza italiana specifica questi elementi nel reato di sottrazione di minori, il che significa che è caratterizzato da: un'azione iniziale costituita dalla sottrazione del minore; il protrarsi della situazione illecita attraverso il trattenimento del minore, con il soggetto attivo che mantiene il controllo sul minore; la possibilità, da parte del primo, di porre fine alla situazione illecita[1710].

I delitti permanenti ammettono forme imperfette di esecuzione, in modo da rimanere nel grado di tentativo quando il reato non è ancora avvenuto o non ha raggiunto il minimo necessario per la perfezione del reato[1711]. Tuttavia, una volta consumato, anche se la condotta continua ad essere consumata, non sono più ammesse forme imperfette di esecuzione, poiché il reato è già uscito dalla sfera del tentativo[1712].

La prescrizione del reato è strettamente legata alla sua natura di reato permanente, in quanto inizierà nel momento in cui cessa lo stato antigiuridico, nel momento in cui si interrompe lo stato consumativo[1713].

D' altra parte, la *competenza a giudicare il caso spetterebbe ai tribunali italiani,* poiché la giurisdizione sui reati permanenti spetta ai tribunali del luogo in cui il reato è stato commesso[1714].

In relazione al *concorso di persone,* il reato italiano non ha affatto gli svantaggi del reato spagnolo, poiché, essendo un delitto comune, si applicano le regole generali. Qualsiasi persona può essere l'autore e qualsiasi persona può partecipare alla commissione del reato. Al contrario, la fattispecie spagnola si configura come un reato speciale e, di conseguenza, si devono applicare le norme specifiche, specialmente quella contenuta nel terzo comma dell'articolo 65 del codice penale spagnolo.

Riguardo alle *questioni di concomitanza,* il reato di sottrazione di minori è compatibile con il reato di disobbedienza alle decisioni giudiziarie relative all'affidamento del minore di cui all'articolo 388 del codice penale, poiché il primo si concentra sulla relazione familiare e il secondo cerca di proteggere l'autorità delle decisioni giudiziarie e la possibilità di sviluppare un diritto di visita[1715]. Tuttavia, questo criterio giurisprudenziale non è stato sempre mantenuto e la giurisprudenza ha anche affermato in diverse risoluzioni che tra i due precetti non c'è concorso di reati perché il reato di sottrazione di

[1708] LEONE, G. *Del reato abituale...,* Ob. cit., p. 460.
[1709] MANTOVANI, F. *Diritto penale...,* Ob. cit., pp. 432-433.
[1710] Corte di Cassazione penale, 6 febbraio 2014, n. 17799.
[1711] MANTOVANI, F. *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 454.
[1712] PROSDOCIMI, S. *Profili penali del postfatto*, Giuffrè Editore, Milán, 1982, p. 178.
[1713] Articolo 158 del codice penale.
[1714] Articolo 8.3 del codice di procedura penale.
[1715] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle...,* Ob. cit., p. 1898.

minori è assorbito dal reato di inosservanza di una decisione giudiziaria[1716]. In questo senso, parte della dottrina ritiene anche che l'applicazione dell'articolo 388 escluda il reato di sottrazione di minori, per il principio di specialità[1717] o, al contrario, che l'applicazione preferenziale sia quella del reato di sottrazione di minori, essendo quello di disobbedienza assorbito da quello[1718].

Queste questioni di concorso di reati sono molto simili a quelle che si presentano nel delitto spagnolo. Così, si ha anche analizzato se il reato di sottrazione di minori fosse compatibile con il reato di disobbedienza contenuto nell'articolo 556 del codice penale spagnolo. Si era già stabilito che il reato era compatibile con il reato di sequestro nella modalità di allontanamento, ma non con quello di ritenzione, poiché uno dei suoi elementi tipici era proprio l'inosservanza di una decisione, il che implicava che tale inosservanza fosse già stata inclusa nel disvalore della condotta, per cui l'applicazione di entrambi i reati violava il principio del *non bis in idem*[1719].

Resta inteso che questa è la stessa soluzione che dovrebbe essere fornita nel caso italiano. Se il soggetto, oltre a realizzare la sottrazione, viola una decisione giudiziaria, non ci sarebbe alcun ostacolo all'applicazione di entrambi i reati, poiché proteggono interessi giuridici diversi, nella misura in cui uno protegge la responsabilità genitoriale o gli interessi del bambino e l'altro il principio di autorità nei confronti delle decisioni emesse da un'autorità. Se il soggetto sottrarre il bambino, in linea di principio, sarebbe applicabile la forma di sottrazione che meglio si adatta alle circostanze specifiche del caso. Ma se, inoltre, il soggetto dovrebbe rispettare una decisione giudiziaria e non lo fa, in quel caso, stiamo già entrando in un altro tipo di reato, quello di disobbedienza a decisioni giudiziarie dell'articolo 388 del codice penale, il cui interesse protetto è diverso da quello protetto dalla sottrazione. Pertanto, la soluzione della teoria del concorso di reati è più appropriata di quella del concorso di norme, potendo applicare entrambi i reati perché la disobbedienza non fa parte degli elementi del delitto de sottrazione di minori, differenziandosi in questo estremo dalla figura spagnola.

Inoltre, e parallelamente a quanto accade nella legislazione spagnola, è possibile che ci sia un concorso di reati con il reato di sequestro di persona, se il bambino non solo viene sottratto, ma anche rinchiuso o detenuto, cioè se viene violata anche la sua libertà personale[1720].

Nel caso del sequestro di una persona, c'è anche una preferenza per il concorso di reati perché vengono lesi diversi interessi giuridici. In altre parole, il reato di sequestro di persona lede la libertà personale, in linea con quanto protetto dai reati di detenzione illegale e sequestro di persona nell'ordinamento giuridico spagnolo[1721]. Lo stesso argomento di cui sopra viene ora riprodotto, se abbiamo a che fare con due delitti

---

[1716] ALIBRANDI, L. *Codice Penale commentato con la Giurisprudenza,* La Tribuna, Piacenza, 2017, p. 1553.
[1717] PISAPIA, D. *Delitti contro...,* Ob. cit., p. 773.
[1718] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., pp. 436-437.
[1719] LLORIA GARCÍA, "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008, p. 73.
[1720] PADOVANI, T. *Codice Penale,* vol. II, 5° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 3905.
[1721] Vedi, per esempio, REBOLLO VARGAS, R. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. - GARCÍA ARÁN, M.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 170-171.

diversi, che probabilmente si verificano in tempi diversi, l'opzione più corretta è quella di applicare entrambi i reati in concorso.

### 3. Sottrazione consensuale di minorenni[1722]

L'articolo 573 del codice penale italiano recita come segue: *Chiunque sottrae un minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, ovvero lo ritiene contro la volontà del medesimo genitore o tutore, è punito, a querela di questo, con la reclusione fino a due anni. La pena è diminuita, se il fatto è commesso per fine di matrimonio; è aumentata, se è commesso per fine di libidine. Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544.*

Prima di tutto, e anche se partiamo dalla fine, bisogna sottolineare che quest'ultima disposizione, relativa all'applicazione degli articoli 525 e 544, dovrebbe essere ignorata, poiché entrambi gli articoli sono stati abrogati diversi decenni fa, il che è logico vista l'idea molto vecchia che esprimevano, incompatibile con la società moderna di oggi[1723].

---

[1722] Ogni figura sarà studiata in relazione agli elementi non menzionati nella sezione sugli elementi comuni, in modo che per il resto si faccia riferimento a ciò che è indicato in quella sezione.

[1723] Per espresso mandato degli articoli 573 e 574, si dovrebbero studiare anche gli articoli 525 e 544, poiché senza di essi l'analisi del reato di sottrazione di minori soffrirebbe di alcune lacune. In primo luogo, si farà riferimento all'articolo 525, inserito nel Capo I (Delitti contro la libertà sessuale) del Titolo IX del Libro II del codice penale italiano, Titolo dedicato ai "delitti contro la morale pubblica e il buon costume". È di vitale importanza notare che questo capitolo è stato abrogato dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66. L'articolo 525 è stato creato per tre tipi di reati che coprono tre tipi di rapimento di bambini perpetrati in una serie di circostanze molto specifiche. I diversi tipi di sottrazione di minori che esistevano nel codice penale italiano fino al 1996 (legati alla sottrazione) mantengono una certa somiglianza con la regolamentazione originale spagnola dello stesso tipo di reato, poiché bisogna ricordare che, durante tutta la storia del sistema penale spagnolo, la figura del rapimento di minori è stata pensata per quando un minore veniva rapito da casa da uno sconosciuto e non è fino al 2002 quando la stessa figura cambia e il genitore (e altri parenti stretti) si configura come unico soggetto attivo possibile, anche se è vero che la figura del rapimento è scomparsa dal codice penale spagnolo dal 1995 al 2002. Il primo di questi è apparso nell'articolo 522 del codice penale italiano (rapimento a scopo di matrimonio). In questo caso, siamo in presenza di un rapimento molto specifico, nella misura in cui doveva essere necessariamente finalizzato al tentativo di sposare la persona rapita. Il reato base stabiliva come soggetto passivo una donna non sposata, essendo la pena aggravata nel caso in cui la vittima fosse un minore tra i quattordici e i diciotto anni (sia maschio che femmina), costituendo uno degli elementi del reato l'esistenza di violenza, intimidazione o inganno. Il secondo tipo di sottrazione di minori che era possibile nel codice penale italiano fino al 1996 era quello contenuto nell'articolo 523 (rapimento a scopo di libidine). Questo delitto copriva la condotta di rapire una minorenne o una donna maggiorenne con intento libidinoso, con la disposizione che la pena sarebbe stata più alta nel primo caso che nel secondo, come nel caso in cui la donna fosse stata sposata, sebbene non fosse espressamente specificato in cosa dovesse consistere tale aggravamento. Ancora una volta, la violenza, l'intimidazione o l'inganno sono stati configurati come elementi del reato. Infine, la terza tipologia di rapimento è stata tipizzata nell'articolo 524 del codice penale italiano, chiamato "rapimento di un minore di quattordici anni o malato con intento libidico o a scopo di matrimonio". In questo caso la condotta descriveva una situazione in cui gli elementi di violenza, inganno o intimidazione non erano presenti ma il soggetto passivo era un minore di quattordici anni, una persona con disabilità o una persona particolarmente vulnerabile. In questi casi, è irrilevante che ci sia o meno violenza o inganno, perché il fatto di essere minorenne o malato o incapace di resistere fornisce la stessa facilità per realizzare la condotta come quando i mezzi tipici precedenti sono usati su persone anziane o con maggiore capacità di reagire e difendersi dal sequestro. Così, l'articolo 525 c.p. conteneva una circostanza attenuante molto specifica per il caso in cui il colpevole realizzasse una condotta molto specifica: *Le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono diminuite se il colpevole, prima della condanna, senza aver commesso alcun atto di libidine in danno della persona rapita, la restituisce spontaneamente in libertà, riconducendola alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa. Tuttavia, questa disposizione, in virtù degli articoli 573 e 574 del codice penale italiano, dovrebbe applicarsi anche ai casi di sottrazione consensuale di minori e di sottrazione non consensuale di minori, rispettivamente.*

La prima cosa che colpisce dell'articolo 573 è proprio il nome che presenta, dato che si chiama "sottrazione consensuale di minori", cioè la fattispecie di reato fin dall'inizio esprime l'idea che, perché la condotta vi rientri, sarà necessario che il minore voglia essere sottratto, dato che deve esserci un accordo tra questo e il soggetto attivo, anche se questa idea sarà analizzata più in dettaglio poco più avanti.

### 3.1 *L'interesse giuridico protetto*

Prima di tutto, dobbiamo cominciare ad analizzare l'interesse giuridico protetto. L'interesse giuridico protetto è la responsabilità[1724] dei genitori, come indica correttamente il reato, sia che sia esercitata da un genitore o da un tutore, idea difesa anche dalla dottrina italiana, che ricorda che questo interesse giuridico costituito dalla responsabilità dei genitori è giustificato dall'esigenza sociale di subordinare il consenso del minore alla decisione dei genitori, per evitare che la mancanza di maturità del minore dovuta alla sua età lo esponga a situazioni pericolose, come indica anche la giurisprudenza italiana[1725]. Altri settori dottrinali includono non solo questa responsabilità dei genitori, ma anche l'interesse superiore del minore, concretizzato nel diritto del bambino a rimanere in un ambiente determinato in cui sviluppare la propria personalità, configurandolo come un reato plurioffensivo[1726], nel diritto del bambino a vivere secondo le indicazioni e le determinazioni dei genitori[1727] o, su linee simili, il diritto del minore a ricevere l'istruzione, l'educazione e la guida necessarie a formare la propria personalità, secondo le sue inclinazioni e aspirazioni naturali[1728].

---

L'articolo 544 (richiamato anche dagli articoli 573 e 574 del codice penale italiano) è stato anche abrogato dalla legge 5 agosto 1981, n. 442. Si chiamava "causa speciale di prescrizione del reato" e, nell'ambito dei reati contro la morale pubblica e il buon costume, proclamava l'estinzione del reato se il colpevole sposava la persona offesa dal reato, estendendosi anche ad altri reati che potevano essere in concorso con esso; inoltre, nel caso in cui la persona fosse già stata punita, gli effetti penali sarebbero cessati e l'esecuzione sarebbe stata paralizzata. Si possono davvero percepire le idee molto antiche che sono contenute in questi precetti, al punto da rendere obsoleto persino il nome stesso del capitolo in cui furono inseriti (delitti contro la morale pubblica e i buoni costumi), perché oggi sarebbe impensabile stabilire distinzioni penali basate sullo stato civile della donna, contemplando una maggiore severità per il caso che la donna sia sposata. Questo è un regolamento che è in linea con gli ideali sociali del secolo scorso ed è stato quindi abrogato. Sarebbe ancora più impensabile che i reati di natura sessuale possano essere soggetti alla prescrizione semplicemente perché il colpevole sposa la vittima. In un'altra epoca, tale condotta avrebbe potuto permettere alla famiglia della vittima di recuperare l'onore perduto, ma oggi, fortunatamente, tutte queste idee sono state superate, il che ha portato anche a un miglioramento degli attuali sistemi penali in questo senso.

[1724] GALGANO, F., spiega che uno degli eventi più importanti che hanno caratterizzato la riforma del diritto di famiglia nel 2012 è stato, senza dubbio, il cambiamento del concetto di responsabilità genitoriale, sostituendo il predecessore patria potestà. Mentre il concetto di patria potestà riflette nella sua stessa denominazione l'essenza di un potere attribuito a un soggetto nell'interesse di un'altra persona (il figlio), che manteneva fino al 1975 un obbligo di sottomissione al genitore, il linguaggio del nuovo termine intende riflettere quella nuova concezione in cui i diritti del minore sono messi in primo piano, corrispondendo ai genitori un insieme di doveri preordinati all'assunzione di quella responsabilità genitoriale. In *Diritto privato...*, Ob. cit., pp. 897-898.

[1725] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., pp. 1615-1616; BELTRANI, S. *Corso di Diritto Penale. Parte generale e parte speciale,* 4ª ed., CEDAM, Padova, 2009, p. 769; LANZA, E. *Diritto penale…,* Ob. cit., p. 610; ANCESCHI, A. *La tutela penale...*, Ob. cit., p. 258.

[1726] CARINGELLA, F., FARINI, S., DE PALMA, M. e TRINCI, A.*, Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale.,* 2ª ed., DIKE, Roma, 2011, p. 777; sembrano aderire a questa nuova concezione anche TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 334.

[1727] GIORDANO, E. A. – DE MASELLIS, M. *Violenza in Famiglia. Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffré Editore, Milán, 2011, p. 146; SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 383.

[1728] ROMANO, B. "Pretura pen...", Ob. cit., pp. 221-222.

L'evoluzione dell'interesse protetto dal reato (in generale, tutte le modalità) è anche sostenuta dal cambiamento di mentalità sulla potestà genitoriale, in modo che, anche se inizialmente si proteggeva l'esercizio della responsabilità genitoriale, oggi questa è intesa non in modo autoritario, ma a beneficio del minore, il che determina che il bene giuridico protetto è l'insieme degli interessi e l'educazione del minore[1729]. In altre parole, questo reato è stato trasformato da un delitto di mera disobbedienza verso i genitori a un delitto incentrato sugli interessi del minore di quattordici anni[1730].

A questo proposito, altri studiosi sostengono che, anche se sembra essere una norma chiaramente volta a proteggere la responsabilità dei genitori, la realtà è che il principale interesse giuridico protetto è l'interesse del bambino a ricevere assistenza morale e materiale, con particolare riferimento all'educazione che i genitori o i tutori vogliono inculcare al bambino[1731].

Questo si spiega se si tiene conto che gli interessi del bambino possono essere danneggiati non solo dalla condotta delle persone obbligate a soddisfarli (reati contro gli obblighi di assistenza familiare), ma anche da terzi che possono vanificare il lavoro dei responsabili[1732]. Di fatto, si raccomanda l'applicazione del reato anche quando la potestà dei genitori non è stata intaccata e questo perché, nonostante il consenso del minore, questo non impedisce che i suoi interessi siano lesi, data la sua mancanza di maturità[1733].

Che si tenga una posizione o l'altra, la verità è che bisogna essere prudenti nello stabilire quale interesse è protetto dalla norma per non cadere in contraddizione. Così, è stata criticata la contraddizione di alcune decisioni giudiziarie che, da un lato, mettono il bene giuridico nell'opera di vigilanza del genitore o del tutore per poi arrivare alla conclusione che il soggetto passivo è il genitore o il tutore ma in relazione ai propri interessi e non nell'interesse del minore, quando è chiaro che i genitori non devono portare i propri interessi nella funzione genitoriale, ma che si svolge nell'interesse del minore[1734].

In questa linea, si afferma che l'oggetto principale della protezione dovrebbe essere l'interesse del minore perché, anche se è vero che gli interessi morali e materiali della persona che esercita la potestà genitoriale o del tutore sono violati, nella scala dei valori familiari, gli interessi del minore hanno il primato, quindi sono questi interessi che devono essere considerati come oggetto principale della protezione[1735].

Allo stesso modo, ci sono opinioni che indicano la libertà di autodeterminazione del minore come il bene giuridico primario, essendo la responsabilità genitoriale un bene strumentale, per cui perché la condotta abbia rilevanza penale è necessario che incida negativamente su tale autodeterminazione, escludendo tutti quei casi in cui il soggetto attivo si sia limitato ad acquietarsi ad una volontà liberamente formata[1736].

---

[1729] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale Commentato,* 4ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2015, p. 2778; DIPAOLA, L. *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina* (coord. GAMBARDELLA, M.), Vol. VI, Giuffrè Editore, Milano, 2010*,* pp. 861-862.
[1730] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 20.
[1731] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 704.
[1732] *Ibidem,* p. 705.
[1733] ROMANO, B. "Pretura pen...", Ob. cit., p. 222.
[1734] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del…", Ob. cit., p. 620.
[1735] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 705.
[1736] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 710.

È stato sottolineato che, poiché la giurisprudenza sembra essere cambiata in modo tale che, nonostante all'inizio il reato fosse destinato a salvaguardare la potestà dei genitori, attualmente è orientato più verso la protezione degli interessi del minore, ciò obbliga il giudice a realizzare un bilanciamento tra due elementi: da un lato, la libera espressione del consenso del minore, tenendo conto di molteplici fattori legati alla crescita e alla maturità della personalità di quest'ultimo; e, dall'altro, la mancanza di autorizzazione del titolare della responsabilità genitoriale, giustificabile solo sulla base degli interessi oggettivi del minore[1737]. In particolare, l'interesse del bambino a decidere autonomamente non può essere sempre sacrificato, anche se questo si scontra con il corretto esercizio dell'autorità parentale[1738].

In realtà, e come posizione da prendere, il bene giuridico protetto sembra essere più orientato verso la prima delle posizioni spiegati. Vale a dire, la norma protegge la responsabilità dei genitori o, in mancanza, la tutela; il diritto dei genitori o del tutore di esercitare i loro doveri senza l'interferenza di un terzo. È indubbiamente vero che questo istituto è andato modificandosi nel tempo, cosa che abbiamo avuto modo di studiare sopra, per cui non è nemmeno corretto usare il termine "potestà genitoriale", essendo preferibile l'opzione di "responsabilità genitoriale" e questo perché la natura di essa è lentamente mutata ed è passata dall'essere un vero potere dei genitori (inizialmente solo del padre) a un diritto dei figli, il che implica che questa responsabilità deve essere sempre esercitata a beneficio dei figli.

Tuttavia, la formulazione del reato non sembra tutelare i diritti del minore, poiché si tratta di una figura criminale chiaramente incentrata sulla figura del genitore o tutore, una novità rispetto alla legislazione spagnola che, come è noto, ignora completamente la figura del tutore, sia per configurarlo come soggetto attivo che per configurarlo come soggetto passivo. Il fatto che i genitori o il tutore debbano poi agire per conto del bambino o del pupillo non impedisce che il diritto legale protetto sia considerato esteso al minore.

Inoltre, proprio il fatto che il consenso del minore sia preso in considerazione come uno degli elementi tipici, sembra dissociare l'oggetto della protezione da questo lato, poiché il legislatore tiene conto del fatto che il minore desidera essere sottratto per stabilire una pena meno severa che nel caso della modalità seguente, in cui tale consenso non esiste. Pertanto, l'opzione migliore, pur essendo tutte rispettabili, è considerare che ciò che viene protetto è il diritto del genitore o del tutore di esercitare la responsabilità genitoriale senza l'interferenza della sottrazione. In ogni caso, ciò che è chiaro è che l'idea di proteggere l'integrità morale della famiglia o l'integrità sessuale della persona sequestrata viene rifiutata[1739]. In effetti, non ha senso optare per questa opzione, dato che la sottrazione non deve ledere l'integrità morale della famiglia e tanto meno l'integrità sessuale del bambino sottratto, il che non impedisce il possibile concorso di reati se ciò accade.

### 3.2 *I soggetti*

Per quanto riguarda i soggetti, essendo configurato come un reato comune, qualsiasi persona può commetterlo, cosa che è già stata vista come un elemento che i tre reati hanno in comune. Tuttavia, in questa specifica modalità, una valutazione deve essere fatta ed è

[1737] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale...", Ob. cit., p. 178.
[1738] *Ibídem*, p. 178.
[1739] GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle...,* Ob. cit., p. 1897.

il valore da dare al consenso dato dal minore, cioè, se il fatto che il minore acconsenta alla sottrazione permetterebbe di configurarlo come soggetto attivo del reato, in co-perpetrazione con il sottrattore.

Ebbene, la configurazione del minore che acconsente come soggetto attivo del delitto, è un'opinione minoritaria[1740], essendo più frequente pensare che il minore non sia altro che uno strumento nelle mani dell'autore, come dimostra il fatto che il legislatore non ha menzionato nessun tipo di pena per lui e questo rende il delitto un delitto bilaterale improprio, poiché solo uno degli autori necessari per realizzare la commissione del reato sarà punito[1741].

In effetti, la fattispecie non sembra configurare il minore come soggetto attivo. Non viene punito, nemmeno leggermente, per la condotta, né in nessun caso il legislatore si riferisce a lui come la persona che compie l'azione. Lo configura solo come l'oggetto materiale su cui ricade il comportamento illecito. Sarebbe abbastanza contraddittorio criminalizzare la sottrazione di minori e che il minore stesso sia l'autore del reato, anche se l'interesse protetto è la responsabilità dei genitori o, sussidiariamente, la tutela. L'esecuzione della sottrazione è punibile, quindi il minore non può essere punito per il reato, ma solo l'autore.

Inoltre, la dottrina fa giustamente notare che considerare il minore come partecipante o soggetto attivo del reato senza alcuna regola che gli permetta di essere esentato dalla pena sarebbe pericoloso perché comprometterebbe seriamente l'incentivo a sporgere querela, dato che i genitori preferirebbero non sporgere querela per i fatti piuttosto che esporre il bambino o il pupillo alla reazione del sistema giudiziario. Questo sarebbe in diretto conflitto con l'interesse della norma, che non è altro che proteggere l'esercizio della responsabilità genitoriale, sempre orientata all'interesse del bambino ad ottenere un sano sviluppo personale, essendo la persona colpita dal reato[1742]. Tuttavia, il bambino sarà l'oggetto materiale del reato[1743].

Il tema della responsabilità è diverso da una condotta all'altra, quindi ognuna sarà analizzata separatamente. In questo caso, sarà il genitore che esercita la responsabilità genitoriale (si intende che entrambi i genitori attualmente) o il tutore[1744]. Tuttavia, c'è un settore dottrinale che sostiene che, anche se questi reati di sottrazione di minori puniscono quelli relativi alla potestà genitoriale, alla tutela e alla curatela stabiliti nel codice civile, non si potrebbe veramente dire che il soggetto passivo sia il genitore, il tutore o il curatore, ma che il vero soggetto passivo sarà il bambino[1745].

---

[1740] Così, MANZINI, V., il quale ritiene che il minore sia soggetto attivo del reato perché acconsente e collabora alla commissione dell'atto. In *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5a ed., vol. VII, UTET, Torino, 1984, p. 948.
[1741] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 720.
[1742] LANZA, E. *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 612.
[1743] DELPINO, L. *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 458.
[1744] En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., PRIETO JUDEL, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.), 7ª ed., Tomo II, Pamplona, 2018, p. 317; FIORELLA, A. "Aspetti problematici del…", Ob. cit., p. 620; PISAPIA, D. *Delitti contro…,* Ob. cit., p. 738; DALIA, A. A. "Sottrazione di…", Ob. cit., p. 193; LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro...,* Ob. cit., p. 65; D'AGOSTINO, A. "Il delitto di sottrazione consensuale di minorenni nella teoría del reato plurisoggetivo", *La Giustizia Penale,* 1962, p. 625.
[1745] PATERNITI, C. *La famiglia...,* Ob. cit., p. 48.

Per altri settori dottrinali, il minore non è considerato un soggetto passivo, ma l'oggetto materiale su cui cade l'offesa[1746]. Si sostiene che il minore non può essere un soggetto passivo perché, pur essendo il destinatario della vigilanza dei genitori, il fatto è che il reato ruota intorno al titolare di quella potestà, che è la persona che subisce un'interferenza che gli impedisce di svolgere un corretto esercizio di quella responsabilità[1747]. Tuttavia, non mancano gli autori che sottolineano che il bambino deve essere considerato, se non l'unico soggetto passivo, almeno la persona principalmente colpita dalla condotta[1748].

Il soggetto passivo è completamente subordinato al concetto di diritto difeso. Così, la posizione che all'epoca difendeva che questo ricadeva sui diritti del genitore o del tutore della responsabilità genitoriale o della tutela, ora deve irrimediabilmente eliminare il minore dalla cerchia dei soggetti passivi e considerare che solo i primi (genitori e tutori) saranno i soggetti passivi, come titolari del bene giuridico danneggiato dalla condotta tipica.

Tuttavia, se si sostiene che l'interesse giuridico protetto, esclusivamente o tra gli altri, è l'interesse del minore, allora ovviamente quest'ultimo deve essere incluso nella cerchia dei soggetti passivi. Altrimenti, sarebbe una contraddizione evidente, dato il rapporto stretto e vincolante tra il bene giuridico e il soggetto passivo.

Dal momento in cui il bambino è consenziente alla sottrazione e tenendo conto che il legislatore gli ha dato rilevanza perché il bambino ha quattordici anni, non sembra coerente ritenere che la persona sottratta sia il soggetto passivo del reato, nemmeno se il genitore o il tutore è anche concepito come soggetto passivo. La configurazione del reato sembra essere a favore dell'attribuzione della categoria di soggetto passivo solo ed esclusivamente alla persona che è colpita nell'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito della sottrazione.

### 3.3 *L'elemento oggettivo. La condotta tipica*

La condotta consiste nel sottrarre il minore o trattenerlo contro la volontà del genitore o del tutore, ma col consenso del minore, che ha già quattordici anni, altrimenti ci troveremmo nella figura contenuta nel seguente precetto. In questo senso, si tratta di rimuovere il minore, approfittando del fatto che il consenso del minore è disponibile, rendendo impossibile il normale sviluppo del diritto-dovere in cui consiste l'autorità parentale[1749].

Il concetto di sottrazione non implica necessariamente l'allontanamento del bambino dal luogo in cui si esercitava la responsabilità genitoriale, poiché il bambino può godere di una certa libertà di movimento per motivi di studio, di lavoro, o di scelta educativa dei genitori stessi, quindi il fatto che il bambino e i genitori non si trovino nello stesso luogo non costituisce un ostacolo alla commissione del reato[1750].

---

[1746] GRECO, R. *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 667; BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 178.
[1747] PADOVANI, T. *Codice Penale...*, (2014), Ob. cit., p. 3113.
[1748] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 706.
[1749] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1615.
[1750] DALIA, A. A. "Sottrazione di...", Ob. cit., p. 192.

Ovviamente, l'opposizione dei genitori o del tutore è necessaria perché la condotta sia illecita. Tuttavia, il diniego del genitore non può essere presunto, ma deve essere specificato, in modo che ci siano elementi oggettivi che permettono di estrarre con certezza che la condotta è contraria alla volontà del genitore[1751]. Se la libertà di movimento del bambino riflette un'assoluta indifferenza della persona che esercita la responsabilità genitoriale verso ciò che il bambino fa o non fa, la parte oggettiva del titolo non può essere intesa come soddisfatta nel caso in cui qualcuno approfitti di questa indifferenza[1752]. Nel caso di ritenzione contro la volontà della persona che esercita l'autorità parentale o la tutela, è completamente incompatibile con l'esercizio dell'autorità parentale o della tutela, non solo interferisce con essa[1753]. Tuttavia, come avverte la dottrina, normalmente questo tipo di azione non ha luogo nemmeno con l'opposizione dei genitori, ma questi di solito non hanno conoscenza della situazione fino a quando la sottrazione ha già avuto luogo, quindi è necessario ammettere la prova indiretta di questa mancanza di volontà, dato che normalmente non ci sarà un ordine paterno o materno contro il trasferimento[1754].

L'elemento della fattispecie più importante, poiché è qui che si trova la differenza rispetto agli altri due tipi di sottrazione, è il consenso del bambino. Dato che il soggetto deve avere più di quattordici anni ma non ancora maggiorenne, va da sé che il consenso richiesto non può coincidere con quello necessario per compiere atti di disposizione, anche se deve essere un elemento positivo, un consenso liberamente dato da una persona con capacità sufficiente per capire e volere ciò a cui sta acconsentendo, senza essere stato ottenuto con l'inganno o la violenza[1755]. Né deve essere un consenso espresso, il consenso tacito è sufficiente[1756]. Se l'autore crede erroneamente che c'è il consenso dei genitori, si dovrebbe produrre un errore di fatto[1757].

È stata difesa l'idea che, per valutare il consenso, è necessario esaminare l'efficacia che potrebbe avere, soprattutto quando il minore è vicino alla maggiore età, poiché questo estremo potrebbe portare all'esclusione del reato[1758]. Questo non implica che il consenso abbia un'efficacia di atipicità, ma semplicemente che la condotta deve essere sempre legata alla capacità di discernimento e alle inclinazioni del minore[1759].

Questa opinione è strettamente legata all'interesse giuridico che si considera protetto dal reato. Così, se si pensa che è incentrato sull'interesse o la libertà del minore, anche contro quello descritto dalla fattispecie, per il principio di offensività al bene giuridico, si potrebbe sostenere l'atipicità della condotta. Tuttavia, se si considera che l'oggetto giuridico protetto è la responsabilità dei genitori, anche se il minore ha acconsentito ed è vicino alla maggiore età, l'atipicità della condotta non può essere sostenuta, poiché il legislatore ha già preso in considerazione quella circostanza, quella del consenso, per stabilire quella pena, quindi non sarebbe possibile fare una lettura diversa del precetto. Il consenso serve a ricevere una pena ridotta rispetto ai casi in cui non esiste o non è valido,

[1751] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1615.
[1752] DALIA, A. A. "Sottrazione di...", Ob. cit., p. 192.
[1753] BELTRANI, S. *Corso di Diritto...,* Ob. cit., p. 769.
[1754] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 715.
[1755] *Ibídem*, p. 714.
[1756] SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 411.
[1757] En contra, MANZINI, V. *Trattato di diritto…*, Ob. cit., p. 951.
[1758] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 724; SEMERARO, P. *Tutela penale della famigulia e sistema sanzionatorio*, Jovene Editore, Napoli, 2011, p. 67-68.
[1759] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 724.

ma in nessun caso si è riflesso il carattere lecito della condotta, quindi un'interpretazione in questo senso non sembra corretta.

Nonostante e sulla base dell'articolo 147 del codice civile[1760], si sostiene che il precetto non dovrebbe essere applicato quando la sottrazione acconsentita è espressione delle legittime aspirazioni e inclinazioni del minore[1761]. Questo dibattito è stato analizzato anche in occasione dello studio della figura spagnola, ma da un punto di vista molto diverso. A differenza del legislatore italiano, il legislatore spagnolo non ha preso in considerazione il consenso del minore, quindi il problema era di chiarire se poteva integrare il concetto di giusta causa di cui all'articolo 225 bis del codice penale spagnolo. A questo proposito, si è potuto constatare che la dottrina e la giurisprudenza erano favorevoli in questo senso, potendo affermare che l'opinione o il consenso del minore con sufficiente capacità di decidere e con un adeguato grado di maturità, poteva dar luogo all'atipicità del reato, per cui è stato richiesto un espresso riferimento de *lege ferenda al* valore che si deve dare al consenso del minore in questi casi per ottenere una maggiore certezza giuridica e unificazione dei criteri.

Ora, nel reato italiano, si può osservare che il legislatore ha introdotto una modalità specifica che contempla il consenso del minore, includendo un criterio oggettivo, che è quello di aver raggiunto l'età di quattordici anni (presumendo che, da quell'età, si abbia la capacità di giudizio necessaria per decidere alcune cose), che serve per ottenere una pena attenuata rispetto alla sottrazione in cui il consenso non esiste o, anche se esiste, è invalido per mancanza di capacità o sufficiente maturità.

Se il legislatore italiano ha espressamente introdotto questa modalità, attribuendole una specifica sanzione, difendere che una condotta di sottrazione debba essere atipica, proprio a causa del consenso espresso dal minore, sembra poco coerente. Se non fosse stato incluso alcun riferimento al consenso, come avviene in Spagna, ci potrebbero essere diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, cosa che di fatto avviene in Spagna. Tuttavia, il legislatore italiano tiene già conto del minor disvalore della condotta di sottrazione quando il minore dà il consenso e ha sufficiente capacità di farlo, e lo ha fatto proprio per classificarla come una condotta meno punibile, non come una condotta esente da pena. Allo stesso modo, la legge stabilisce che è sufficiente che esista il consenso e che il minore abbia già raggiunto i quattordici anni per dare luogo all'applicazione dell'articolo 573; non si stabilisce alcuna differenza in base al fatto che il minore sia più vicino o meno alla maggiore età, quindi difendere l'esenzione assoluta dalla pena in questi casi è forzato, poiché è chiaro che la volontà del legislatore è quella di attenuare ma non di esentare.

D'altra parte, il fatto che il reato sia comune e possa essere commesso da qualsiasi persona rende molto difficile, in questo senso (si è già visto che in molti altri il fatto che sia un reato comune facilita le cose) il valore del consenso. Questo significa che, nel caso spagnolo, la condotta è limitata ai genitori e ai parenti molto stretti, anche se è stato dimostrato che la realtà della pratica impone che quasi tutte le sottrazioni di bambini sono commessi dal padre o dalla madre, lasciando i parenti come partecipanti. Cioè, sono inclusi nel delitto ma questa assunzione non si verifica di solito, ma al massimo possono realizzare comportamenti partecipativi. Questo porta al fatto che il consenso del bambino

[1760] Secondo questo articolo, il matrimonio obbliga entrambi i coniugi a educare, istruire e assistere il bambino nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.
[1761] PECORELLA, G. *Il nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 1976.

alla sottrazione sarà quello di decidere se preferisce stare con suo padre o con sua madre. In ogni caso, si presume che lui o lei saranno ugualmente protetti con l'uno o l'altro, poiché entrambi hanno gli stessi obblighi e gli stessi diritti e devono condividere i carichi familiari nella stessa proporzione. Se è provato che uno dei genitori rappresenta un rischio o ha un'influenza negativa sul bambino, c'è sempre la possibilità, attraverso un procedimento civile, di chiedere una privazione totale o parziale della potestà genitoriale.

Nondimeno, il reato italiano è di natura comune, per cui l'autore può essere qualsiasi persona. In questo modo, il bambino può acconsentire ad essere sottratto da qualsiasi persona, e il consenso può avere conseguenze negative, poiché l'autore si può approfittare del bambino. Pertanto, è stato indicato che è indifferente che l'iniziativa provenga dal sottrattore o dal bambino che acconsente, essendo sufficiente che si realizzi la condotta descritta nella fattispecie, indipendentemente da chi ha fatto il passo per incoraggiarla[1762], e questo perché si presume che l'autore abbia una superiorità mentale sul minore, che gli permette di valutare correttamente l'illiceità dell'azione che sta compiendo[1763]. Tuttavia, anche se questa è la regola generale, ci possono essere casi limite in cui non è chiaro chi sia l'autore e chi la vittima, come può accadere nel caso in cui un minore abbastanza grande per essere punito penalmente sia accusato di aver sottratto un altro minore vicino ai diciotto anni, nel qual caso il giudice è tenuto a condurre un'indagine approfondita sulla capacità di entrambi i soggetti per sapere chi fosse realmente l'autore del reato e chi, al contrario, la vittima[1764].

Quando il bambino può acconsentire a una sottrazione da parte di chiunque, assumere che il consenso fare diventare lecita la condotta può essere spinoso e può avere l'effetto opposto a quello che si vuole proteggere. Questo vuole esprimere l'idea che, se si pensa che l'interesse del bambino costituisca, esclusivamente o insieme ad altri interessi, l'interesse giuridico protetto (cosa che non è condivisa in questo scritto), la verità è che permettere al bambino di decidere qualsiasi cosa, di uscire dalla sfera di protezione dei genitori (nel caso in cui i genitori stessero causando un danno al bambino, ci sarebbe sempre la possibilità di applicare una causa di giustificazione) per seguire qualcuno che potrebbe non piacergli, sembra andare contro l'obiettivo voluto. Per questo, l'idea di considerare l'atipicità se il minore è vicino alla maggiore età è considerata sbagliata, perché la fattispecie non lo permette e perché questa linea, difesa da coloro che pensano che il bene giuridico sia l'interesse del minore, può finire per dare risultati indesiderati.

Infatti, la giurisprudenza ha ammesso l'esistenza del reato persino in quei casi in cui un adulto abbia offerto aiuto al minore per sottrarsi alla sfera di vigilanza del tutore, attraverso la promessa di un sostegno logistico, affettivo ed economico, proprio perché l'esercizio della responsabilità genitoriale è protetto fino al raggiungimento della maggiore età del minore, il che implica che le decisioni del minore saranno subordinate a quelle del genitore o del tutore, poiché la mancanza di maturità può portarlo a prendere decisioni che possono causargli danno[1765]. Al contrario, la giurisprudenza ha negato la realizzazione del reato in quei casi in cui si è intervenuti solo per dare ospitalità al minore,

[1762] DIPAOLA, L. *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina* (coord. GAMBARDELLA, M.), Vol. XI, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 85-86.
[1763] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 714.
[1764] *Ibidem*, pp. 714-715.
[1765] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* cit., p. 1615, citando Cassazione Sentenza sezione VI, 4 novembre 2014 - 10 febbraio 2015, n. 6058.

in un luogo conosciuto e accessibile al padre, senza impedire oppure ostacolare l'esercizio della potestà genitoriale[1766].

Decisamente, l'esistenza di questo tipo di sottrazione è davvero molto positiva. Il legislatore italiano ha ragione a introdurre un delitto in cui si tiene conto del consenso del bambino, cosa che non avviene nella legge spagnola ma che dovrebbe essere inclusa de *lege ferenda*. Come si è detto, in occasione della fattispecie spagnola, si è analizzato se il consenso del minore godesse di una qualche rilevanza e si è giunti alla conclusione che non poteva entrare nella cerchia delle persone con capacità di emetterlo perché il legislatore lo aveva lasciato completamente fuori dal reato. In seguito, è stata ammessa la possibilità di prenderla in considerazione come causa giustificabile, a condizione che il minore abbia una capacità sufficiente per essere in grado di prendere decisioni. Il legislatore italiano ha preso in considerazione l'opinione di un minore di quattordici anni, un criterio accettabile nella misura in cui implica un alto grado di certezza del diritto in quanto costituisce un elemento puramente oggettivo. Resta inteso che il minore a quell'età ha la capacità di decidere in certi ambiti della sua vita e, per questo, la sottrazione è punito con una pena più leggera che in altri casi.

Ora, essendo il consenso un elemento del reato, la sua assenza determinerà l'impossibilità di applicarlo, per cui la condotta potrebbe integrare un reato di sequestro di persona, tipizzato nell'articolo 605 del codice penale[1767]. Comunque, questa posizione deve essere analizzata con molta cautela, perché lo stesso comportamento potrebbe essere situato anche nella fattispecie seguente, nell'articolo 574, che regola due modalità di sottrazione: quello di minori di quattordici anni e di persone incapaci e quello di coloro che hanno più di quattordici anni e non sono consenzienti. Pertanto, sarà necessario guardare le circostanze del caso specifico per determinare in quale reato collocare la condotta.

Nel caso in cui il minore acconsenta e abbia più di quattordici anni, essendo trasferito o trattenuto all'estero, il reato applicabile non sarebbe questo, ma rientrerebbe nell'ambito dell'articolo 574 bis, essendo più specifico[1768]. È anche possibile che il genitore o il tutore acconsenta, anche se questo non sarà possibile nel caso di persone private o sospese dall'esercizio della responsabilità genitoriale, costituendo un errore di fatto nel caso in cui l'autore non sia a conoscenza di questa situazione[1769].

Inoltre, non fa differenza se il bambino sottratto è un bambino adottato o un bambino naturale, poiché l'adozione, che è in conformità con tutte le norme pertinenti, produce l'acquisizione di tutti gli effetti di un bambino, in modo che sono i genitori adottivi che sono danneggiati dal reato[1770] e, di conseguenza, che hanno il potere di autorizzare il trasferimento o il mantenimento. Nondimeno, parallelamente a quanto accade nella legislazione spagnola, una volta che il minore è stato emancipato, il delitto non può essere applicato perché l'emancipazione implica che il soggetto cessa di essere soggetto alla responsabilità genitoriale[1771].

---

[1766]LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1615, citando la sentenza della Cassazione, sezione VI, 2 maggio 2000 - 20 giugno 2000, n. 7292.
[1767] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1401.
[1768] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2781.
[1769] ANCESCHI, A. *La tutela penale...,* Ob. cit., p. 258.
[1770] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 711.
[1771] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 179; DELOGU, T. *Commentario al Diritto…*, Ob. cit., p. 713.

Parte della dottrina e della giurisprudenza sottolineano che la durata della sottrazione o del trattenimento è irrilevante ai fini del reato, anche se il reato si consuma nel momento in cui si interrompe il legame di attaccamento tra il minore e il genitore, indipendentemente dagli scopi perseguiti dal sottrattore dal minore e dalla durata della sottrazione o del[1772] trattenimento. Tuttavia, altri settori dottrinali preferiscono richiedere un periodo di tempo minimo per conformarsi alla natura di un reato permanente[1773]. Hanno ragione coloro che affermano che il requisito di una durata determinata comporta il rischio di non considerare come tipiche alcune condotte che, sebbene ridotte nel tempo, hanno finito per ledere il diritto legale; tuttavia, considerare del tutto irrilevante la durata temporale significa apprezzare automaticamente l'esistenza del reato, essendo che entrambi gli estremi sono pericolosi[1774].

Per quanto riguarda le cause di giustificazione, si applicano le regole generali, a differenza del reato spagnolo. Come abbiamo visto, la fattispecie spagnola include come elemento del reato l'assenza di una causa giustificata per sostenere la sottrazione, per cui era difficile apprezzare una causa di giustificazione, dato che questo fatto integrerebbe piuttosto una causa di atipicità, dato che era espressamente previsto dal legislatore nel reato.

Nel delitto italiano la situazione è diversa. Non esiste una clausola simile a quella spagnola, per cui, se la sottrazione risponde a qualche circostanza giustificatrice, si devono applicare le regole generali delle cause di giustificazione, cioè si deve prendere in considerazione la causa specifica che ha motivato il compimento dell'azione e si deve valutare se ha realmente efficacia giustificatrice. Tuttavia, questo non è sempre il caso. Anche se il reato non specifica l'atipicità del reato nel caso in cui ci sia una causa che giustifichi la sottrazione, è vero che un Tribunale di Firenze[1775] ha negato l'esistenza di un reato per il fatto che la condotta risponde all'obiettivo di porre fine a una situazione conflittuale e dolorosa imputabile all'altro genitore, purché il figlio ne sia consapevole.

### 3.4 *L'elemento soggettivo*

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, si è già visto che si tratta di una condotta intenzionale, non avendo riflesso, per ovvie ragioni, una modalità colposa. Si richiede quindi un dolo generico, che deve includere la volontà di sottrarre o trattenere il bambino e la conoscenza del rifiuto del comportamento da parte dei genitori, in modo che il reato sarebbe escluso se il soggetto crede erroneamente di avere il consenso dei genitori, poiché l'errore escluderebbe il dolo[1776]. Si difende anche il requisito di estendere l'intenzione alla consapevolezza che la sottrazione danneggerà gli interessi del bambino a causa della sua inesperienza e immaturità fisica e mentale se si capisce che è ugualmente protetto dal reato[1777].

È anche vero che la giurisprudenza impone di prendere in considerazione le circostanze legate alle consuetudini familiari, cioè la maggiore o minore sfera di libertà a

[1772] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., pp. 1615-1616.
[1773] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G., *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2780; IANELLI, V. "L'estremo della...", Ob. Cit., p. 144; SPENA, A. *Trattato di Diritto…,* Ob. cit., p. 398.
[1774] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 730.
[1775] Sentenza del 23 marzo 2015, n.1106.
[1776] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2781.
[1777] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 734.

disposizione del minore, così come la forma e i limiti dell'esercizio della responsabilità genitoriale[1778].

L'errore ha un posto in questo delitto. Così, si presume *iuris tantum* che l'autore conosca la minore età della persona sottratta, anche se è possibile addurre un errore dovuto allo sviluppo fisico di quest'ultima, tuttavia, non è ammesso un errore causato dalle false dichiarazioni del minore, perché la mancanza di certezza costituisce solo una situazione di dubbio che implica la conoscenza della probabilità che il minore sia realmente minorenne[1779].

3.5 *Consumazione*

Dato che le questioni comuni a questi reati sono state descritte sopra, qui si farà riferimento solo a ciò che è specifico di questo tipo di reato. Così, è necessario sottolineare che, il reato si consuma al momento della sottrazione, senza richiedere nessun altro elemento aggiuntivo per la realizzazione del reato, in modo che questo si completi nel momento in cui il bambino lascia la sfera di sorveglianza in cui si trova, ostacolando l'esercizio della responsabilità genitoriale[1780]. In altre parole, una volta che il legame tra il genitore e il bambino è rotto, indipendentemente dallo scopo perseguito dall'autore o dal bambino, il crimine è completato[1781]. Sono ammesse forme imperfette di esecuzione, come nelle altre due modalità e come detto sopra.

3.6 *Aspetti sanzionatori. Perseguibilità a querela*

Riguardo alla pena, è prevista una pena detentiva fino a due anni di reclusione. Eppure, la pena può essere ridotta se il sottrattore intende sposare la persona sottratta e aumentata se il primo agisce con intento libidinoso.

In termini di circostanze che modificano la responsabilità penale, spicca la possibile applicazione dell'articolo 62 del codice penale. Così, la dottrina ha fatto riferimento alla tradizionale interpretazione giurisprudenziale circa l'impossibilità di applicare la circostanza attenuante del quinto comma dell'art. 62 del codice penale, che prevede una riduzione di pena nel caso in cui il fatto fraudolento sia stato commesso dal soggetto passivo del reato, intendendo che questo non è il minore, ma il genitore o il tutore; tuttavia, si auspica un cambiamento di criterio alla luce della nuova interpretazione che pone il primo al centro della norma, configurandosi come nuovo soggetto passivo della condotta[1782].

Questa opinione è condivisa perché il minore non è il soggetto passivo del reato e questo è ciò che impedisce l'applicazione di questa circostanza. Tuttavia, dal punto di vista dell'interpretazione che sostiene il riconoscimento dell'interesse del minore come parte dell'interesse protetto dal reato, l'applicazione della circostanza attenuante non presenta alcun ostacolo. Però, dato che questa memoria prende la posizione opposta, questioni di coerenza rendono impossibile mitigare la pena sulla base dell'articolo 62.

---

[1778] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 668.
[1779] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1616.
[1780] FIORELLA, A. "Aspetti problematici del...", Ob. cit., p. 621; TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato...,* Ob. cit., p. 955.
[1781] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1616.
[1782] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2781.

In merito alle questioni di perseguibilità, il reato italiano è soggetto al requisito di una querela preventiva per il perseguimento del reato, il che significa che i due sistemi giuridici coincidono nello stabilire questo requisito. Così, la fattispecie italiana prevede un requisito procedurale simile a quello previsto per il reato spagnolo. In questo senso, è stato indicato che questo requisito della querela su richiesta di una parte ha una doppia funzione: da un lato, evidenzia l'attuale dimensione più individualista degli interessi in gioco nelle disposizioni incriminate; dall'altro, risponde alla necessità di cautela in un settore in cui i fatti riguardano aspetti molto personali di relazioni molto intime, che possono generare un ulteriore effetto indesiderato di distorsione dell'equilibrio familiare[1783].

Secondo l'articolo 573, è necessario che sia la persona che esercita la responsabilità genitoriale o la tutela a presentare la querela, e proprio per questo il minore non è legittimato a presentarla, poiché non è considerato una delle parti offese[1784] (cioè i soggetti passivi). Quindi, in ogni caso, è obbligatorio presentare una denuncia per poter procedere all'investigazione del reato. Proprio questa parte del precetto ha innescato un grave problema che ha messo in discussione l'uguaglianza tra i coniugi che appare nella Costituzione italiana.

La figura della sottrazione di minori era problematica a causa della formulazione originale del reato, al punto che la Corte costituzionale italiana è dovuta intervenire. La dottrina spiega che, prima della riforma apportata dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, la Corte[1785] aveva dichiarato incostituzionale il primo comma dell'articolo 573, limitando il diritto di querela per questi atti al padre che esercitava la potestà genitoriale, ignorando il diritto di uguaglianza di entrambi i coniugi, anche se la madre non esercitava la potestà genitoriale. Come risultato di questa decisione, il diritto di querela è stato legittimato sia per il padre che per la madre[1786]. Negli anni '70, l'articolo 144 del codice civile stabiliva che il marito era il capo della famiglia, nonostante la Costituzione riflettesse il principio di uguaglianza dei coniugi[1787]. In altre parole, prima della riforma del 1975, il padre non poteva mai essere condannato per questo crimine perché era quello che esercitava la patria potestà. Tuttavia, la madre poteva essere punita perché non esercitava questo diritto sui suoi figli, il che esprimeva una sfera discriminatoria tra i due genitori, finché finalmente la legislazione fu modificata per concedere uguali diritti e doveri al padre e alla madre[1788].

La disuguaglianza dei sessi, che era esistita praticamente sempre e ovunque, aveva avuto anche in Italia i suoi inconvenienti. Così, il reato di sottrazione di minori conteneva una disposizione ingiusta. Come detto, il problema è sorto perché la legislazione precedente al 1975 concepiva il padre come unico esercente della potestà genitoriale, dato che la madre non aveva gli stessi diritti, nonostante la Costituzione avesse già stabilito l'uguaglianza dei coniugi a quel tempo. Tuttavia, questo non veniva rispettato in tutti i settori, così che il codice civile continuava a stabilire il padre come capofamiglia e questo lo rendeva l'unica persona che esercitava l'autorità parentale e, di conseguenza, l'unica persona che poteva fare causa per questo reato. Questo non solo significava che la madre non poteva sporgere querela, ma anche che non poteva mai essere vittima del reato, cioè,

[1783] LANZA, E. *Diritto penale...,* Ob. cit., pp. 572-573.
[1784] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 710.
[1785] Nella sentenza 22 febbraio 1964, n. 9.
[1786] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1616.
[1787] PATERNITI, C. *La famiglia...,* Ob. cit., p. 90.
[1788] LARIZZA, S. "Sottrazione di minore…", Ob. cit., p. 525.

poiché il padre aveva l'esercizio esclusivo della potestà genitoriale, poteva portare via i bambini, senza che la madre potesse fare nulla, almeno attraverso un procedimento penale.

Di fronte a questa realtà, la Corte Costituzionale ha emesso una risoluzione che dichiarava incostituzionale l'articolo 573, poiché permetteva solo al padre e non alla madre di sporgere querela, indicando che ciò andava contro il principio costituzionale di uguaglianza dei coniugi. Questa sentenza ha segnato un punto di svolta nella storia del reato, in quanto le madri hanno iniziato ad avere la possibilità di presentare una denuncia e hanno iniziato ad avere gli stessi diritti del padre sul bambino.

Bisogna notare che il fatto che chi esercita la potestà genitoriale possa presentare la querela non implica che si tratti di una posizione giuridica congiunta, ma piuttosto che, nel caso in cui sia un terzo a sottrarre il bambino e sia il padre che la madre esercitano la potestà genitoriale, il diritto di presentare la querela corrisponde all'uno e all'altra, individualmente[1789]. Questo significa che non è necessario che entrambi siano sempre e in tutti i casi quelli che devono sporgere denuncia, ma che l'uno e l'altro possono sporgerla.

### 3.7 *La fattispecie aggravata e attenuata*

La formulazione tipica indica, in fine, che la pena sarà aggravata quando il colpevole ha agito con scopi libidinosi, ma attenuata quando il colpevole persegue scopi matrimoniali. Questo intento libidinoso deve essere inteso come l'intenzione dell'autore di soddisfare i suoi appetiti sessuali[1790]. A questo proposito, è stato sottolineato che è necessario che il bambino sia consapevole che la sottrazione risponde a tali interessi[1791].

È certamente difficile capire questa aggravante di scopi libidinosi, poiché è considerata superata per i tempi odierni. Questo non solo perché a partire dai 14 anni il minore ha raggiunto l'età del consenso sessuale[1792], ma anche perché ci sono altri elementi molto più gravi e pericolosi per il minore, come la droga o la prostituzione, che però non sono concepiti come aggravante[1793].

Quest'ultima disposizione mostra che il precetto è stato concepito molto tempo fa e puniva certi comportamenti che all'epoca erano considerati immorali, piuttosto che illegali. Oggi, un minore in Italia ha la capacità di acconsentire sessualmente a 14 anni e in Spagna a 16 anni, in ogni caso prima di raggiungere la maggiore età. Pertanto, il fatto che lo spirito libidinoso dell'autore sia considerato un'aggravante si scontra con gli approcci attuali, dato che è perfettamente possibile che un minore di 14 anni ceda liberamente alle relazioni sessuali con l'autore e non sembra che questo implichi una maggiore illegalità per giustificare un aumento della pena.

Tanto più che il matrimonio ha l'effetto opposto, cioè riduce la pena. Questo significa che se il rapporto sessuale avviene senza l'intenzione del matrimonio, serve ad aggravare.

---

[1789] CONSO, G. "Il nuovo regime della potestà parentale nelle sue incidenze di natura penalistica", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XXVI, 1983, p. 33.
[1790] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 668.
[1791] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 335.
[1792] Questo è stato introdotto dalla legge 1996, n. 66.
[1793] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 725.

Tuttavia, se il rapporto sessuale avviene in vista di un futuro matrimonio, serve a mitigare. Questo è il risultato di un'errata unione tra Diritto e Morale, dato che non si percepisce una maggiore violazione del diritto legale, né è minore per il fatto che si perseguono fini libidici o matrimoniali, poiché il nucleo della condotta risiede nella separazione del minore dai suoi genitori, cioè nell'ostacolo all'esercizio della potestà genitoriale. Pertanto, non è comprensibile né l'aggravamento né l'attenuazione.

Si difende che una *conditio sine qua non per l'*applicazione della circostanza attenuante è che il matrimonio deve essere il motivo principale, se non l'unico, che ha indotto il bambino ad acconsentire alla sottrazione o alla detenzione e l'autore a realizzarlo perché, se questo scopo ha motivato solo l'autore ma non il bambino, il consenso di quest'ultimo dovrebbe essere considerato invalido nella misura in cui non si estende al successivo matrimonio come scopo ultimo dell'autore[1794].

Questo è logico, perché la circostanza attenuante sia applicabile, il motivo della sottrazione deve effettivamente ruotare intorno all'aspettativa di matrimonio. Se la condotta non ha questo scopo, anche se è possibile nella mente dell'autore o del bambino di contrarlo ad un certo punto, la circostanza non può essere applicabile. La definizione chiarisce che è destinata al caso in cui la sottrazione è per lo scopo specifico del matrimonio.

Tuttavia, può essere discutibile richiedere che anche il minore agisca a questo scopo, perché non è il soggetto attivo del reato e quindi non sarà punito in base a questa disposizione. La norma prevede che la pena sia ridotta se l'atto è commesso a scopo di matrimonio. L'unico che è incaricato dell'atto, che commette il delitto, è il sottrattore, quindi, sarà in lui che deve risiedere quel proposito specifico.

La verità è che il più delle volte, in questi casi, il proposito sarà presente nell'autore e nel bambino o in nessuno dei due perché si capisce che se intendono sposarsi è perché entrambi hanno deciso di farlo. Tuttavia, si potrebbe considerare il caso in cui il bambino non è consapevole di questo fatto, anche se è disposto ad accettare la proposta di matrimonio ed è difficile capire perché in questo caso si dovrebbe applicare il reato base, quando in realtà lo scopo del matrimonio è la motivazione principale del sottrattore.

Un altro requisito importante per l'applicazione della circostanza attenuante è che il matrimonio possa avvenire, oggettivamente parlando, cioè che non ci sia nessun ostacolo che impedisca il matrimonio, poiché sarebbe difficile capire che la pena è ridotta per questo motivo anche se l'autore della sottrazione, per esempio, è già sposato con un'altra persona e deve ottenere un divorzio prima di poter risposare il bambino[1795].

Questa argomentazione è condivisibile, poiché non è credibile che la sottrazione fosse finalizzata al matrimonio se l'autore è già sposato e non ha ancora ottenuto il divorzio, il che dimostra che, sebbene sia innegabile che il fine ultimo o eventuale dell'autore possa essere quello di sposare il bambino, questo non è il motivo principale della condotta, poiché al momento della sottrazione non c'era la possibilità di realizzare il suddetto progetto matrimoniale. Sarà necessario che l'autore sposato svolga prima la procedura di divorzio e poi proceda alla sottrazione, nel qual caso l'applicazione della pena attenuata sembra più plausibile.

---

[1794] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 739.
[1795] *Ibídem,* p. 739.

### 4. Sottrazione non consensuale di minori o incapaci

L'articolo 574 del codice penale italiano prevede quanto segue: *Chiunque sottrae un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente, al genitore esercente la responsabilità genitoriale, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà dei medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la responsabilità genitoriale, del tutore o del curatore, con la reclusione da uno a tre anni. Alla stessa pena soggiace, a querela delle stesse persone, chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, senza il consenso di esso per fine diverso da quello di libidine o di matrimonio. Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544*[1796].

Questa seconda modalità è più simile a quella prevista nell'ordinamento giuridico spagnolo, poiché si tratta di minori o incapaci che, a causa delle loro evidenti circostanze, non possono dare il consenso alla condotta o, in mancanza, di una persona di più di quattordici anni che non dà il consenso, anche se è considerato parzialmente valido[1797]. In ogni caso, si tratta di sottrazioni in cui il consenso del minore non è preso in considerazione o brilla per la sua assenza e il cui perseguimento è subordinato alla presentazione di una querela da parte delle parti coinvolte, come avveniva nella modalità precedente.

Pertanto, tra le caratteristiche di questo reato, sono state evidenziate le seguenti: è un reato comune, perché può essere commesso da chiunque; di lesione, perché richiede la lesione effettiva del bene giuridico protetto; di mera attività, perché si perfeziona con la semplice esecuzione della condotta illecita; commesso liberamente, cioè con qualsiasi mezzo idoneo a realizzare la sottrazione; e pluriofensivo, dato che tutela la responsabilità dei genitori ma anche gli interessi del minore[1798], sebbene questa posizione non sia unanime.

Si configura una condotta alternativa, poiché da un lato si punisce la sottrazione di un minore di quattordici anni o di un incapace bisognoso di protezione speciale e, dall'altro, si punisce la sottrazione di un minore di quattordici anni che non ha dato il suo consenso, con cui i mezzi tipici possono consistere nella violenza, nella minaccia o nell'inganno[1799]. Pertanto, se nel precetto precedente il consenso del minore fallisce, la condotta deve essere reindirizzata a questo secondo precetto.

Ovviamente, sono due reati autonomi, cioè non è possibile sostenere che questo precetto si compone di un reato base e un altro subordinato, dato che entrambe le condotte sono punite con la stessa pena[1800]. Ciò significa che la norma contiene due fattispecie diversi, sebbene siano inclusi nello stesso precetto, due realtà diverse punite con la stessa pena tra le quali non c'è alcun rapporto di subordinazione, poiché sono casi molto diversi, nella misura in cui il soggetto dell'azione è molto diverso: da un lato, è possibile sottrarre un minore di quattordici anni o un incapace (collocati nello stesso gruppo perché

[1796] Ricordiamo quanto spiegato sopra a proposito della sottrazione consensuale di minori in relazione agli articoli 525 e 544 del codice penale, entrambi abrogati e quindi non più applicabili a nessuno dei due tipi di sottrazione. Infatti, la terza delle modalità, essendo di creazione più recente, non li menziona più.
[1797] È indicato come parzialmente valido perché, se fosse completamente valido, come nel caso degli adulti, l'articolo 573 non esisterebbe.
[1798] TRAMONTANO, L. *Codice penale spiegato...,* Ob. cit., p. 957.
[1799] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1403.
[1800] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 755.

condividono la mancanza di maturità, nel primo caso per la loro giovane età e nel secondo per la loro speciale situazione psichica o mentale) e, dall'altro, è possibile sottrarre un adulto di più di quattordici anni che non acconsente alla sottrazione, elemento questo dell'assenza di consenso, che determina la differenza più rilevante rispetto al precetto precedente.

D'altra parte, la pena è naturalmente più severa di quella dell'articolo precedente, poiché la condotta è più grave in assenza del consenso del minore o del disabile. Mentre l'articolo 573 prevedeva una pena fino a due anni di reclusione, l'articolo 574 punisce entrambe le condotte con una pena detentiva da uno a tre anni di reclusione. Il fatto che il minore non potesse o non volesse, se aveva più di 14 anni, acconsentire al rapimento ha portato il legislatore a punire la condotta con una pena più pesante.

4.1 *L'oggetto giuridico*

Qui abbiamo lo stesso problema per quanto riguarda l'oggetto protetto e, correlativamente, i soggetti passivi come nel caso spagnolo. Nell'articolo precedente era chiaro che i diritti dei genitori o tutori erano protetti. Ora, in questa seconda modalità, il fatto non sembra così chiaro, soprattutto per quanto riguarda il sequestro di una persona di più di quattordici anni che non è consenziente. Quindi, per quanto riguarda l'ipotesi del minore che non acconsente a fini diversi dal matrimonio o a fini di libidine, l'elemento essenziale è che non esiste un consenso dottrinale su chi sia il soggetto passivo[1801].

In questo secondo precetto si capisce che la condotta diventa plurioffensiva, dato che la dottrina include come soggetto passivo il minore o l'incapace sottratto e non solo i genitori o i tutori[1802], anche se altri settori dottrinali indicano solo il genitore e il tutore, compreso il curatore dell'incapace o chi ha la vigilanza o la custodia del soggetto[1803]; oppure solo l'interesse del minore, almeno nella seconda modalità, a beneficiare dell'assistenza familiare[1804]. C'è anche chi, nel gruppo di questi soggetti passivi, include lo Stato, in senso lato, come portatore di tutti gli interessi generali che devono essere salvaguardati per assicurare la loro soddisfazione[1805].

La questione non è pacifica, ci sono tre correnti molto diverse. Si può dire che, in realtà, ci sono due estremi e una teoria eclettica che cerca di conciliarli. Così, alcuni accademici scelgono di collocare il bene giuridico solo nell'interesse dei genitori, tutori o curatori; altri optano per collocare l'interesse protetto nell'interesse del minore; e, infine, altri considerano che la condotta è plurioffensiva e che tutti questi interessi rientrano nell'orbita della protezione del reato.

In linea con quanto detto sopra, non sembra che il legislatore abbia voluto proteggere il bambino, per due ragioni principali: in primo luogo, perché il consenso dei genitori o

---

[1801] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 336.
[1802] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1617; BELTRANI, S. *Corso di Diritto...,* Ob. cit., p. 770; DELPINO, L. *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 459; ANCESCHI, A. *La tutela penale...,* Ob. cit., p. 258; MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 753.
[1803] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 669; MANZINI, V. non comprende perché il minore o l'incapace non sia stato giuridicamente incluso come soggetto passivo del reato, visto che non dà il consenso o, anche se lo ha dato, non è valido. In *Trattato di diritto...*, Ob. cit., p. 957.
[1804] BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale…", Ob. cit., p. 139; DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 757.
[1805] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 757.

del tutore elimina la responsabilità penale, dato che l'interesse giuridico si configura intorno ai diritti di queste persone; in secondo luogo, perché sono loro e nessun altro che possono citare in giudizio l'autore, senza che sia prevista la possibilità che il bambino stesso abbia il diritto di agire in giudizio. Pertanto, se il padre e la madre sono d'accordo con l'allontanamento o il trattenimento del bambino, sia da parte di uno di loro che di un terzo, il sottrattore non sarà punito in base a questa disposizione; terzo, perché la condotta ruota intorno alla sottrazione del bambino dalla sfera di sorveglianza del genitore, tutore o curatore.

È innegabile che l'esercizio della responsabilità si realizza sempre a beneficio del bambino[1806], il che protegge indirettamente gli interessi del bambino, poiché ciò che è direttamente protetto è l'esercizio di questa responsabilità, che avrà poi un impatto positivo sullo sviluppo del bambino. Allo stesso modo, quando l'esercizio della tutela o della potestà genitoriale viene violato, interponendo ostacoli che possono impedire il corretto progresso dello stesso, questo avrà anche ripercussioni negative sul minore stesso, che non potrà continuare nella sfera di supervisione e controllo da parte dei genitori, non riuscendo così a ricevere la guida adeguata di cui ha bisogno per un corretto sviluppo e crescita personale. Nondimeno, tutto questo non implica una protezione diretta da parte della fattispecie, ma piuttosto sono ripercussioni negative causate dal delitto, così come l'omicidio di una persona nasce per proteggere la vita ma poi questa morte può finire per causare innumerevoli conseguenze negative, per esempio, se si tratta della persona che sosteneva l'economia familiare. Da qui la distinzione tra il soggetto passivo e la parte lesa di un reato.

Con tutto ciò, ciò che si vuole esprimere è che l'oggetto giuridico protetto non è altro che il diritto di responsabilità genitoriale dei genitori o, eventualmente, di tutela del tutore, senza che il minore sia costituito né come oggetto di protezione né, quindi, come soggetto passivo della condotta delittuosa.

### 4.2 *I soggetti*

Per quanto riguarda il soggetto attivo, come è stato ribadito, la natura di un reato comune significa che può essere commesso da chiunque. La dottrina ritiene che questa condotta possa essere realizzata anche da uno dei genitori. Dalla legge 19 maggio 1975, n.161, la responsabilità genitoriale è attribuita a entrambi i genitori, per cui la condotta può essere perpetrata da un genitore contro l'altro, in assenza di una decisione giudiziaria che determini che tale responsabilità genitoriale sia esercitata esclusivamente dal genitore affidatario, in modo che se entrambi esercitano questa responsabilità e uno di loro allontana il bambino, impedendone il corretto esercizio da parte dell'altro, allontanandolo dalla sua sfera personale per un tempo rilevante, la condotta è tipica, così come quando un genitore si trasferisce con il bambino e cambia casa (senza il consenso dell'altro genitore), ma non se questo allontanamento è durato solo poche ore, come determinato dai criteri giurisprudenziali[1807]. Pertanto, la dottrina italiana, seguendo la giurisprudenza e contrariamente a quanto maggiormente difeso nell'ordinamento spagnolo, include come possibili soggetti attivi del reato i genitori affidatari, purché non esercitano la responsabilità genitoriale esclusiva, dato che entrambi continuano ad esercitare questa

[1806] Così, per esempio, FIERRO CENDERELLI, F. F. *Profili penali del nuovo regime...,* Ob. cit., p. 31.
[1807] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., pp. 1617-1618.

responsabilità congiuntamente[1808]. Colla riforma del reato spagnolo, si prevede è previsto un riavvicinamento con l'interpretazione italiana.

In altre parole, è possibile che il genitore sia il soggetto attivo della condotta, purché non ci sia una decisione del tribunale che attribuisca la custodia esclusiva all'altro genitore, indipendentemente dal fatto che i genitori siano sposati o meno[1809]. Allo stesso modo, è anche possibile che il genitore affidatario sia il soggetto attivo, purché entrambi continuano ad esercitare la responsabilità genitoriale, poiché ci sono uguali diritti e doveri tra di loro[1810].

Questa interpretazione è fortemente legata a quella difesa in questo articolo e risponde, fondamentalmente, allo stesso argomento. Se entrambi i genitori esercitano l'autorità parentale, che ci sia o meno una decisione giudiziaria che concede la custodia a uno dei due, nessuno dei due ha il diritto di allontanare l'altro perché la custodia non implica avere maggiori diritti, ma semplicemente poter decidere sulle questioni quotidiane della vita del bambino, il che non include affatto decidere il luogo di residenza del bambino[1811].

Ancora, è necessario che la condotta sia seriamente grave perché la fattispecie sia applicabile, quindi non si può considerare che c'è sottrazione in una condotta di poche ore, cioè, di semplice ritardo in una consegna o restituzione, poiché quella implica qualcosa di più, l'oggetto giuridico protetto deve essere leso.

Pertanto, la Corte di Cassazione Penale[1812] ha capito che è possibile che questo reato sia commesso da un genitore, a condizione che avvenga durante un periodo di tempo significativo, impedendo l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'altro genitore, applicandolo nel caso di una madre che portò sua figlia per quindici giorni in un altro luogo all'insaputa del padre, che manteneva la custodia esclusiva, il che significava l'interruzione del contatto tra i due. Tuttavia, lo stesso tribunale ha annullato l'applicazione di questo articolo in un caso in cui la sottrazione era durato solo tre giorni[1813].

Questa idea ha portato ad un trattamento favorevole dei genitori del bambino quando si afferma che la sottrazione può essere anche momentanea, sebbene di una certa durata trattandosi di un reato permanente, mentre questa possibilità viene negata quando il sottrattore è uno dei genitori, richiedendo che in questi casi debba essere di una durata significativa, lasciando fuori dall'applicazione della fattispecie quei casi in cui il padre finisce per reintegrare il bambino dopo poche ore dalla sottrazione[1814].

Questa posizione è coerente e l'apprezzamento del trattamento favorevole non dovrebbe essere visto come qualcosa di negativo. Indubbiamente, il terzo che sottrae il bambino non è esattamente uguale al genitore, soprattutto nei casi di separazione o divorzio, quando c'è un certo orario da rispettare. Se qualsiasi ritardo nella consegna del bambino desse luogo all'applicazione del reato, l'idea del diritto penale minimo sarebbe

[1808] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1403.
[1809] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1617.
[1810] ANCESCHI, A. *La tutela penale...,* Ob. cit., p. 260.
[1811] En el mismo sentido, FILIPPIS, B. *Manuale di Diritto di Famiglia. Parte Penale*. CEDAM, Padua, 2006, p. 137.
[1812] Sentenza 28 marzo 2018, n. 28561.
[1813] Sentenza 19 ottobre 2016, n. 4186.
[1814] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1617-1618.

violata. Inoltre, l'interesse giuridico protetto, che consiste nei diritti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale, non è danneggiato in questo tipo di casi. Non è quindi irragionevole concedere un po' di libertà d'azione al padre e alla madre, poiché si tratta di un caso più specifico.

Illecito è anche il comportamento del genitore che si trasferisce all'estero con il consenso dell'altro genitore ma rimane più a lungo di quanto concordato, rifiutandosi di riportare il figlio nel luogo di residenza abituale; di conseguenza, la responsabilità penale non dovrebbe essere considerata in quei casi in cui uno dei genitori si trasferisce con il figlio per un breve periodo di tempo, riportando il figlio alla casa familiare[1815].

In conclusione, i genitori possono anche essere soggetti attivi del reato, senza distinguere tra il genitore affidatario e quello non affidatario, ponendo l'accento sull'impedimento dell'uno all'altro nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Così, la Corte di Cassazione Penale ha condannato ai sensi dell'articolo 574 una madre che aveva l'affidamento della bambina e la sottraeva al padre, acconsentendo al contatto tra loro solo per telefono[1816]. Infatti, anche in questa sottrazione non consensuale, il soggetto passivo non sarà la bambina, ma la persona che ha la tutela o la responsabilità genitoriale, che è la persona che sarà ostacolata nello svolgimento del suo lavoro ordinario, almeno nella prima delle due alternative tipiche. Questo è quello che succede, per esempio, nel caso di questa madre che permette al padre di avere contatti con il bambino solo per telefono, per cui viene considerata soggetto attivo del reato di sottrazione proprio per questo impedimento a poter esercitare normalmente la potestà genitoriale.

D'altra parte, c'è una corrente che indica che l'interesse all'adeguato funzionamento dell'assistenza a quelle persone che ne hanno bisogno, come i minori, anche quando hanno più di quattordici anni, o le persone disabili, è un interesse pubblico, *interesse reipublicae,* che trasforma lo Stato-persona in un soggetto passivo come portatore di tutti gli interessi di natura personale che devono essere protetti penalmente per assicurare la loro soddisfazione[1817].

### 4.3 *L'elemento oggettivo. La condotta*

Per quanto riguarda la condotta, ci sono tre ipotesi che si possono considerare incluse nel precetto: la sottrazione di un minore di quattordici anni, la sottrazione di un incapace, o la sottrazione di un minore ultraquattordicenne che non acconsente al trasferimento o al trattenimento, essendo che nei primi due casi non importa che il minore o l'incapace acconsenta, essendo irrilevante il consenso[1818].

È quindi preferibile fare delle valutazioni separate per ciascuna delle modalità. La prima categoria comprende la sottrazione di minori di quattordici anni o di persone disabili. Questi soggetti hanno una caratteristica comune: l'eventuale consenso che potrebbero dare non è valido perché non sono abbastanza maturi per farlo, o perché sono ancora troppo giovani o perché le loro facoltà sono compromesse.

---

[1815] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1618.
[1816] PADOVANI, T. *Codice Penale...*, Ob. cit., (2014), p. 3117, citando la decisione della Corte di Cassazione del 4 novembre 2009, numero 42370.
[1817] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 758.
[1818] MARINI, G., *et al. Commentario al...,* Ob. cit., p. 2664.

La disposizione italiana è più completa di quella spagnola, nel senso che si riferisce sia ai minori di quattordici anni che ai incapaci che necessitano di una protezione speciale. Questo permetterebbe di includere nel reato quei casi in cui il genitore sottrarre un bambino in una situazione di autorità parentale estesa, che di solito è dovuta alla mancanza di capacità del figlio adulto. Al contrario, la disposizione spagnola si riferisce solo ai minori, chiudendo la possibilità di applicare il reato ai casi appena menzionati.

In merito a la prova dell'età, il certificato di nascita è sufficiente, poiché si tratta di un fatto oggettivo; il caso delle persone disabili è più difficile da provare, il che obbliga il giudice a indagare specificamente su questo[1819]. Quindi, semplicemente con il certificato di nascita o anche la Carta d'Identità è facile scoprire l'età del minore, con l'obiettivo di affermare con certezza se ha già raggiunto i quattordici anni o no. Tuttavia, nel caso di una persona disabile, il giudice deve ottenere relazioni di esperti in questo campo per dimostrare che la persona ha davvero una disabilità.

L'assenza di violenza o inganno costituisce il presupposto principale del reato, mentre il consenso del sottratto diventa irrilevante, data la sua mancanza di maturità, non avendo ancora quattordici anni[1820], a cui si deve aggiungere la possibilità che questa incapacità derivi da qualche tipo di anomalia o malattia.

La seconda situazione è diversa, cioè quando il sottratto è un bambino di meno di quattordici anni che non dà il suo consenso. Per quanto riguarda questo caso, si è sostenuto che la mancanza di consenso non dovrebbe essere automaticamente associata all'opposizione alla sottrazione, per cui sembra piuttosto un caso in cui non c'è il consenso espresso del bambino[1821]. In effetti, alcuni sostengono che, anche se il consenso non è espresso, è perfettamente possibile estrarre l'opposizione del bambino che si ribella al sottrattore e che finisce per dover usare mezzi di commissione violenti, ingannevoli o fraudolenti per consumare la sottrazione[1822].

Il consenso è sempre una questione spinosa a causa della sua complessità. Quando il consenso è espresso, questa complessità diminuisce notevolmente, fino quasi a scomparire, ma non tutti i casi hanno questo tipo di consenso. In relazione alla prima delle due idee segnalate, non può essere condivisa per una ragione molto specifica e cioè che sembra affermare che sia necessario un consenso espresso del minore perché il reato non sia applicabile, nel qual caso non è che la condotta diventi atipica, ma che rientri nel primo degli articoli studiati, l'articolo 573[1823] . Il consenso tacito, anche se più problematico ai fini della prova, è ugualmente valido. Poi, una volta che il consenso esiste, indipendentemente dalla forma di espressione, la condotta dovrebbe cadere fuori dal reato. Per esempio, se il bambino non acconsente espressamente alla sottrazione ma prepara i suoi bagagli o assiste alla fuga, non c'è consenso espresso ma c'è un consenso tacito. Pertanto, non è che il reato si riferisce al consenso espresso.

---

[1819] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 764.
[1820] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., 1618.
[1821] MARINI, G., *et al. Commentario al...,* Ob. cit., p. 2664.
[1822] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 765.
[1823] Va ricordato che in Italia la sottrazione di un minore non è mai esente da responsabilità penale senza l'espressa autorizzazione dei genitori o dei tutori. La non applicazione di questo reato perché la persona sotratta ha più di quattordici anni, anche se questa ha acconsentito alla sottrazione, è punibile, anche se nella modalità di cui all'articolo 573.

Riguardo alla seconda delle idee, anche questa merita un commento. È vero che la mancanza di consenso non deve essere identificata con l'opposizione del minore, poiché è possibile non opporsi e, allo stesso tempo, non acconsentire. Non richiede una forte opposizione da parte del minore, né si può supporre che la mancanza di tale opposizione implichi la presenza del consenso, poiché questo rientrerebbe già nella capacità di reazione di ogni persona.

Il consenso deve esistere per eliminare l'atipicità della condotta in relazione a questa forma di sottrazione, essendo irrilevante che sia stato espresso espressamente o tacitamente, e in nessun caso il bambino può essere obbligato a presentare un'opposizione energica per interpretare che non c'è stato consenso.

Si è affermato che la mancanza di consenso potrebbe essere dedotta dall'opposizione del minore, e che l'autore potrebbe richiedere violenza o intimidazione per perpetrare la condotta. Tuttavia, sarà necessario osservare attentamente le circostanze specifiche del caso perché è possibile che, in questo caso, si cambi il delitto, orientando la condotta verso il reato di sequestro di persona o anche che ci sia un concorso di reati tra i due tipi, senza tener conto di un possibile terzo reato se questa violenza finisce per diventare una lesione. È così, perché se l'autore ha bisogno di usare la violenza o l'intimidazione, può anche succedere che la persona abbia bisogno di essere rinchiusa per impedirgli di scappare, il che violerebbe direttamente la libertà personale del bambino. In altre parole, può essere il caso che se il bambino è sottratto senza il suo consenso, l'articolo 605 sul reato di sequestro di persona sia applicabile[1824]. A priori, non è possibile dare una risposta ai reati penali applicabili a questi casi, dipenderà da come accadono gli eventi in ogni caso specifico.

D'altra parte, il reato richiede che il sottrattore, nella seconda condotta, agisca per fini diversi dalla soddisfazione dello spirito libidinoso o per sposare la persona sottratta, però, se la sottrazione dell'incapace è per questi fini, anche questo reato deve essere applicato, poiché l'articolo 524, che era specifico rispetto a quest'ultimo, è stato abrogato[1825].

Inoltre, la dottrina richiede per la sottrazione non consensuale non solo l'offesa alla patria potestà o all'autorità del tutore o curatore, ma anche agli interessi dell'incapace o del minore[1826]. Questa idea sarà in linea con la linea di pensiero sull'oggetto giuridico protetto, per cui sarà difendibile solo in una prospettiva di protezione che integri i diritti del minore, ma non nel caso in cui si consideri protetto solo il diritto di chi esercita la potestà genitoriale o la tutela.

Alla fine, bisogna ricordare che questo reato presenta anche la natura di un reato permanente perché è caratterizzato da una situazione iniziale costituita dalla sottrazione del minore ma mantenuta durante il trattenimento, che integra una condotta attiva volta a mantenere il controllo sul minore, con la possibilità di utilizzare questa situazione per vari scopi[1827], richiedendo anche che la condotta sia mantenuta per un certo periodo di tempo[1828].

---

[1824] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1403.
[1825] *Ibídem*, p. 1403.
[1826] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 766.
[1827] LATTANZI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1617; GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 669.
[1828] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 336.

Nel campo delle cause di giustificazione, bisogna ora fare riferimento a ciò che è stato sottolineato sopra a proposito della sottrazione consensuale. La presunta causa deve essere oggettivamente giustificabile, indipendentemente dal fatto che l'autore abbia agito con un'intenzione onesta o per uno scopo onesto. Così, la Corte di Cassazione ha punito per sottrazione di minore, applicando l'articolo 574, un padre che ha sequestrato sua figlia per impedirle di subire un'operazione chirurgica pericolosa e superflua, poiché l'operazione avrebbe potuto essere evitata semplicemente non acconsentendo ad essa[1829].

Questo caso è significativo della spiegazione data. Il padre ha agito con un motivo onesto, cioè evitare un'operazione su sua figlia che poteva fare poco per aiutarla ma che, al contrario, rappresentava un grande pericolo per lei. Il motivo, come si dice, è onesto, ma la Corte non vede una giustificazione oggettiva in questa causa, dato che c'erano altri modi per impedire che l'operazione avesse luogo, come il semplice rifiuto del consenso. Pertanto, non basta che sia presente l'elemento soggettivo della giustificazione, ma è necessario che sia presente anche l'elemento oggettivo, in modo che la presunta qualità giustificante esista effettivamente.

I motivi onesti non dovrebbero escludere il delitto, ma semplicemente mitigarlo; questo significa che il fatto che il sottrattore adduca un motivo onesto per la sottrazione non dovrebbe essere valutato come una circostanza scagionante, ma piuttosto dovrebbe essere valutato oggettivamente se la circostanza giustifica la condotta, piuttosto che l'onestà dello scopo[1830].

### 4.4 *L'elemento soggettivo*

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il dolo generico deve comprendere, nel caso della sottrazione di un incapace o di una persona minore di quattordici anni, lo stato mentale in cui si trova il primo e la giovane età della seconda, fermo restando che il consenso di nessuno dei due è valido per acconsentire alla sottrazione; nel caso della sottrazione della persona di più di quattordici anni, il dolo includerebbe la consapevolezza che la suddetta persona ha già raggiunto l'età di quattordici anni e che ha facoltà mentali normali corrispondenti alla sua età e, di conseguenza, che non acconsente alla sottrazione[1831].

Il dolo deve estendersi a tutti gli elementi tipici, il che determina che il soggetto attivo deve conoscere la situazione del minore di quattordici anni, del disabile e della possibilità di non acconsentire della persona maggiore di quattordici anni. Questo implica che ci può essere qualche tipo di errore, nel caso che lo stato mentale del soggetto sottratto sia sconosciuto, la sua minorità o, nel caso che abbia più di quattordici anni, la mancanza di consenso.

Tuttavia, si è sostenuto che l'errore rilevante sarà raro in questi casi, cioè che ha rilevanza scagionante, perché, nel caso della sottrazione del incapace, il soggetto può certamente sostenere di aver pensato di avere il consenso dei genitori, ma questo escluderà la colpevolezza solo se si potrà dire che il soggetto attivo ha agito non per il proprio vantaggio, ma nell'interesse della persona sottratta; quando l'autore afferma che pensava di sottrarre una persona già capace di capire e volere la situazione, la colpa può

[1829] Sentenza 16 marzo 2010, n. 12615.
[1830] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 768.
[1831] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 769.

essere esclusa solo quando la malattia mentale è nascosta e non può essere facilmente identificata da una terza persona[1832].

Questo argomento è parzialmente condiviso. Sono state appena affermate due idee alle quali bisogna fare un breve commento. Da un lato, il soggetto che crede di avere il consenso dei genitori può escludere il dolo se ha agito nell'interesse del bambino. D'altra parte, la persona che crede di sottrarre una persona mentalmente sana e che si scopre essere incapace, sarà in errore finché la malattia è nascosta.

Nel primo caso dipenderà dall'interesse giuridico che si considera protetto, perché se si considera che solo la responsabilità genitoriale o tutoria è l'interesse protetto, sarà sufficiente ritenere che il consenso dei genitori o del tutore sia dato per il verificarsi dell'errore (errore di fatto[1833]), perché in quel momento questo interesse non sarebbe violato (almeno, nella mente del soggetto); tuttavia, se è incluso l'interesse superiore del minore, allora sarà necessario agire a beneficio del minore per permettere che l'errore avvenga. La formulazione del precetto sembra essere più a favore della prima opzione.

Nel secondo caso, l'argomento è pienamente condiviso. Se il soggetto afferma di non essere a conoscenza della malattia del sottratto, sarà necessario che la malattia non sia immediatamente evidente, altrimenti l'argomento non può essere utilizzato. Una volta che è chiaro che l'handicap non era immediatamente evidente, sarà necessario analizzare se il soggetto avrebbe potuto conoscere la vera situazione del sottratto agendo diligentemente o meno per sapere se l'errore è di natura preponderante o invincibile.

Se quello che succede è che il soggetto crede che la persona sia più grande, a causa di quello sviluppo fisico o psicologico, credendo di sottrarre una persona di più di quattordici anni che acconsente, l'errore causerà l'applicazione dell'articolo 573, perché la frode si identifica con quella modalità delittuosa[1834].

### 4.5 *La consumazione*

Anche questa seconda modalità è suscettibile di essere un tentativo, purché gli atti siano idonei a rappresentare una situazione di pericolo attuale di lesione dell'oggetto giuridico protetto dalla norma[1835]. Così, il caso di una persona che si è recata in una scuola per cercare di impossessarsi di un minore, sostenendo insistentemente di essere responsabile del bambino perché i genitori non erano in grado di occuparsene, cosa che non è riuscita a fare a causa dell'opposizione dell'insegnante, è stato considerato un tentativo di sottrazione[1836].

### 4.6 *Rapporti con altre fattispecie*

In linea con la dottrina spagnola, è possibile un concorso di reati con l'articolo 605 di sequestro di persona, quando oltre alla responsabilità dei genitori o alla tutela del minore, è stata violata la libertà personale del minore o dell'incapace, anche se questo non è

[1832] DELOGU, T. *Commentario al Diritto...*, Ob. cit., p. 770.
[1833] Regolato nell'articolo 47 del codice penale.
[1834] MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale...,* Ob. cit., p. 771.
[1835] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1404.
[1836] ALIBRANDI, L. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1553, citando la Sentenza della Corte di Cassazione penale, numero 44260, 30 ottobre 2013.

qualcosa di pacifico nella giurisprudenza, potendo trovare risoluzioni che non applicano il reato di sequestro e altre che lo applicano, a seconda del concetto che ogni tribunale ha di "libertà" e se considera o meno che tale tutela si estende alle persone incapaci[1837]. Questo avverrà quando il minore ha sufficiente capacità di decidere e ha espresso verbalmente o in qualsiasi altro modo la sua volontà contro la rimozione o il mantenimento[1838].

A proposito della possibilità di concorso in relazione all'articolo 388, come si è già visto, per un certo periodo la giurisprudenza ha considerato un reato speciale rispetto alla sottrazione quando il genitore ha sottratto il bambino sotto l'affidamento dell'altro genitore, cosa che è stata criticata per la violazione del principio di uguaglianza, dato che, oltre alla sottrazione, in questi casi si viola anche una decisione giudiziaria, tuttavia, sarebbe punito con una pena inferiore (quella dell'articolo 388) a quella che corrisponderebbe al sottrattore che non viola alcuna decisione, essendo possibile, quindi, il concorso di reati[1839].

Entrambi i reati presentano, da un lato, un nucleo di elementi comuni e, dall'altro, elementi reciprocamente eterogenei che non formano un rapporto di identità o un rapporto di specialità, ma sono specifici a ciascuno di essi, il che ci porta a pensare che si tratti di un concorso di reati, essendo che nelle ipotesi in cui la sottrazione si produce in violazione di una decisione giudiziaria, sembra esserci un doppio reato[1840].

L'esistenza di questi elementi eterogenei permette di valutare il concorso di reati, distinguendo tra diversi reati che possono costituire diverse condotte antigiuridiche, e la valutazione del concorso di norme non rifletterebbe completamente la mancanza di valore della condotta.

### 5. Sottrazione e trattenimento di minori all'estero

L'articolo 574 bis del codice penale italiano prevede quanto segue: *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.*

Questo precetto contiene le stesse condotte degli articoli precedenti ma con l'introduzione di un nuovo elemento tipico: il minore viene trasferito o trattenuto all'estero. Così, è stato inteso come una sottospecie del precetto precedente[1841]. Sebbene

---

[1837] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., pp. 2786-2787.
[1838] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1404.
[1839] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2787.
[1840] BACCI, M. "Elusione del provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori e sottrazione di incapaci: concorso aparente di norme o conorso formale di reati?", *Casazzione Penale*, año XXVIII, 1988 (I), p. 869.
[1841] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 670.

questo precetto attinga alla stessa essenza dei precedenti, la dottrina italiana ha evidenziato tre differenze fondamentali tra esso e i suoi predecessori: è un reato perseguibile d'ufficio, contiene una sanzione più grave e prevede la pena accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale[1842]. Così, la disposizione si riferisce a due ipotesi molto diverse: o il minore viene trasferito illegalmente all'estero da una persona che non è autorizzata a farlo; o il minore non viene riportato nel paese di residenza abituale quando è stato trasferito legalmente all'estero[1843]. Si tratta di un reato residuale, poiché sarà applicabile finché la condotta non fa parte di un reato più grave. Di nuovo, la condotta tipica consiste nell'allontanare il minore contro la volontà del genitore o del tutore, impedendo l'esercizio della responsabilità genitoriale.

La dottrina sottolinea che questo terzo precetto è stato introdotto dalla legge 2009, n. 94, cercando di affrontare un fenomeno in crescita come la sottrazione e il trasferimento dei figli minori all'estero quando i genitori erano di nazionalità diversa, anche se mantiene lo stesso carattere plurioffensivo perché colpisce sia gli interessi familiari che i diritti del minore, configurandosi come una sorta di modalità speciale degli articoli precedenti[1844]. Si tratta quindi di una disposizione introdotta con l'obiettivo di arginare il fenomeno specifico della sottrazione internazionale di un bambino alla persona che esercita la potestà genitoriale o al tutore, in particolare quando questa proviene dall'altro genitore nel caso di separazioni conflittuali di coppie miste (di diverse nazionalità)[1845]. Il precetto è stato concepito come un modo per rafforzare la tutela delle persone più deboli e la tutela dei minori[1846].

Questa novità del 2009 dimostra ancora una volta che l'Italia è un paese che soffre di questo fenomeno di sottrazione parentale. Nonostante il fatto che il reato di sottrazione di minori sia un reato comune, la verità è che questo terzo precetto è stato creato per rispondere a un tipo molto specifico di sottrazione: la sottrazione parentale, che acquista sfumature internazionali quando uno dei genitori fugge con il bambino in un altro Stato, di solito lo Stato di origine. Questo esprime una profonda preoccupazione per questo reato, che è la ragione principale della riforma penale.

Infatti, uno studio condotto dalla dottrina italiana ha rivelato una serie di dati interessanti come i seguenti: se la sottrazione è internazionale, il bambino viene solitamente trasferito nel paese di origine dell'autore, e la durata della sottrazione è solitamente tra gli otto giorni e un mese se è all'interno del paese e tra i due mesi e un anno se è internazionale[1847].

Inoltre, bisogna notare che questo è l'unico articolo che si riferisce espressamente al genitore, non per circoscriverlo come unica persona capace di commettere il reato, dato che non si tratta di un tipo speciale di reato, ma lo menziona solo per includere una pena di sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale nel caso in cui sia il padre o la madre a realizzare la condotta contro il figlio minore. Questo perché questo reato comporta un abuso della responsabilità genitoriale, secondo le disposizioni dell'articolo 34, comma 2,

[1842] DIPAOLA, L. *Codice Penale...,* (vol. VI), Ob. cit., pp., p. 868.
[1843] SEMERARO, P. *Famiglia e…,* Ob. cit., p. 95.
[1844] BELTRANI, S. *Corso di Diritto...,* Ob. cit., p. 771.
[1845] MENEGHELLO, M. *Diritto penale...*, Ob. cit., p. 675.
[1846] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2790.
[1847] REDOGLIA, E. "La sottrazione di…", Ob. cit., pp. 15 y ss.

del Codice Penale, quindi, questo abuso è una circostanza aggravante che giustifica l'imposizione di tale pena accessoria[1848].

In questo modo, non è stato creato un reato specifico per i casi di sottrazione internazionale dei genitori, ma semplicemente è stato incluso una nuova fattispecie tra i reati di sottrazione, che colpisce quelli esistenti, in quanto la pena è aggravata proprio per questa componente internazionale che rende difficile localizzare e riportare il bambino nel luogo di residenza abituale. Allo stesso tempo, si introduce una pena molto specifica per il caso in cui il soggetto attivo sia il padre o la madre del bambino sottratto, per cui questa pena non colpirà i terzi che potrebbero perpetrare il reato, ma solo il padre e la madre. La stessa Corte di Cassazione ha applicato questa disposizione in un caso in cui uno dei genitori trasferisce il figlio minore fuori dallo Stato di residenza abituale[1849].

### 5.1 *L'oggetto giuridico*

In merito all'oggetto giuridico tutelato, secondo la dottrina, è sia la responsabilità genitoriale, la potestà dei genitori, sia l'interesse del minore, configurandosi così come un reato plurioffensivo[1850], comprendente quel diritto del minore a vivere in un certo ambiente, nel suo habitat naturale, seguendo le indicazioni dei genitori[1851].

Tuttavia, il precetto sembra continuare a indicare come bene giuridico solo i diritti del genitore o del tutore, per cui si esclude, con gli stessi argomenti addotti in relazione agli articoli precedenti, che il bene giuridico protetto siano gli interessi del minore.

### 5.2 *L'elemento oggettivo. La condotta*

Trattandosi di un reato misto alternativo, non solo copre l'atto di sottrarre un minore, ma include anche una seconda variante penale: in alternativa, è possibile commettere questo reato sottraendo un minore di età superiore ai quattordici anni che ha acconsentito alla sottrazione, il che è punibile con una pena più moderata. In questo caso, come nel caso dell'articolo 573, il minore deve aver dato il suo consenso liberamente, senza violenza, inganno o minaccia, e sempre prima che la condotta sia realizzata[1852].

In questo senso, l'articolo 573 condivide elementi del reato con l'articolo 574 bis nella seconda delle modalità. La condotta è identica, solo che in quest'ultima disposizione viene introdotto un diverso elemento oggettivo, consistente nel fatto che il minore viene portato all'estero, e finisce fuori dai confini italiani. È proprio per questo rapporto di identità tra la sottrazione consensuale di minori e la sottrazione consensuale di minori all'estero che gli elementi studiati nella fattispecie dell'articolo 573 possono essere considerati comuni, poiché l'unica differenza è l'elemento di internazionalità, che non è presente in quella disposizione.

---

[1848] BARTOLI, R. "Sospensione della responsabilità genitoriale e ragionevolezza: cadono ulteriori automatismi e si affaciano nuove questioni di leggitimità", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno LXIII (4), 2020, p. 1968.
[1849] Sentenza 14 ottobre 2014, n. 45266.
[1850] TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di...*, Ob. cit., p. 337.
[1851] LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro...,* Ob. cit., p. 67.
[1852] SEMERARO, P. *Famiglia e...,* Ob. cit., p. 98.

In questo caso, neanche il minore sarà punito perché il legislatore non lo ha incluso nel reato, anche se si difende la possibilità di attribuirgli la responsabilità penale come complice nel caso che sia stato proprio il minore a istigare all'autore a compiere il reato[1853]. Il legislatore non ha previsto che il bambino sia l'autore della condotta, ma si riferisce in tutto all'essere il sottrattore, anche se è possibile che sia stato la persona che ha fatto nascere la volontà criminale nella mente dell'autore, nel qual caso potrebbe essere considerato un istigatore, il che rafforza la teoria che non è il soggetto passivo del delitto.

Non appena viene incluso un elemento internazionale, vale la pena di fare un breve riferimento ad esso. Come tutti i paesi aderenti alle convenzioni internazionali in materia, l'Italia ha un'Autorità centrale dedicata a questa cooperazione tra Stati, così importante in un crimine come la sottrazione di minori. Questa Autorità Centrale è il Dipartimento per la Giustizia Minorile, collegato al Ministero della Giustizia[1854]. Anche l'Italia ha impiegato alcuni anni per aderire ai vari strumenti internazionali. Ha ratificato la Convenzione di Lussemburgo del 1980 e la Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 con la legge 15 gennaio 1994, n. 64[1855].

Si sostiene che questa convenzione è lo strumento più semplice, più diretto e più efficace nella lotta contro la sottrazione di minori, perché offre soluzioni senza preoccuparsi di questioni giuridiche: una volta che la sottrazione è stata commessa da una persona che cerca di ledere i diritti dell'altro genitore, si pone rimedio alla situazione illegale e il bambino viene riportato nel suo paese di residenza abituale, con il triplice risultato di eliminare i vantaggi che l'autore cerca di ottenere; evitare che il bambino subisca danni, che viene rapidamente riportato nel suo luogo di residenza; e lasciare le questioni di custodia al giudice competente dello Stato di residenza abituale[1856].

### 5.3 *L'elemento soggettivo*

L'elemento soggettivo è anche specificato in un dolo generico che deve cadere su tutti gli elementi, cioè la conoscenza e la volontà di allontanare il bambino, di trasferirlo all'estero, così come la certezza della volontà contraria da parte di chi esercita la potestà genitoriale, volendo effettivamente impedire l'esercizio della[1857] potestà genitoriale.

Secondo la giurisprudenza italiana[1858], questo reato richiede un dolo che deve includere la consapevolezza e la volontà di sottrarre il bambino alla sfera di controllo dell'altro genitore, per cui il semplice trasferimento in un luogo diverso non sarebbe sufficiente, e l'allontanamento deve durare per un periodo di tempo ragionevole per impedire l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'altro genitore.

[1853] SEMERARO, P. *Famiglia e...,* Ob. cit., pp. 98-99.
[1854] RIONDATO, S. *Trattato di Diritto...,* Ob. cit., p. 684.
[1855] ROMANO, B. "La sottrazione del...", Ob. cit., p. 718.
[1856] REDOGLIA, E. "La sottrazione di...", Ob. cit., p. 8.
[1857] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 670.
[1858] Sentenza Tribunale di Chieti 17 maggio 2018, n. 653.

5.4 *La consumazione*

Come abbiamo visto sopra, questo tipo di sottrazione di minori continua ad essere considerato un reato permanente, anche se questa posizione non è unanime, con alcuni settori dottrinali che sostengono che è un reato istantaneo[1859].

Così, in termini di consumazione, si è sostenuto che si tratta di un reato istantaneo che si consuma nel momento in cui il minore viene illecitamente trasferito all'estero, momento in cui non è più possibile per chi esercita la potestà genitoriale esercitare l'esercizio della stessa; nella seconda ipotesi, riferita a quei casi in cui il minore viene trasferito con il consenso iniziale del genitore o del tutore, ma non viene successivamente riportato nel luogo di residenza abituale, la condotta si perfezionerebbe in questo momento, cioè nel momento in cui dovrebbe essere riportato nella sfera di controllo del responsabile[1860].

Pertanto, la consumazione avverrà all'estero, anche se il reato deve considerarsi commesso in Italia perché una parte della condotta è stata commessa in Italia (la sottrazione prima del trasferimento all'estero)[1861]; invece, se il minore si trovava legittimamente all'estero e gli è stato poi impedito di rientrare in Italia, si dovranno applicare le norme degli artt. 9 e 10 del codice penale, facendo riferimento alle condizioni di applicazione della legge italiana al reato comune commesso dal cittadino o dallo straniero all'estero, e ciò perché il reato si è consumato interamente fuori dal territorio italiano[1862].

Come al solito, sono ammesse forme imperfette di esecuzione[1863], in modo che si possa fare riferimento a ciò che è stato indicato a questo proposito per le modalità precedenti. Il reato sarebbe tentato se il minore, per esempio, non viene trasferito fuori dai confini italiani.

5.5 *Aspetti sanzionatori e perseguibilità*

Per quanto riguarda la pena, il primo caso prevede la reclusione da uno a quattro anni, una pena molto più alta che per gli altri tipi di sottrazione, in un tentativo del legislatore di stabilire un regime molto più severo, includendo anche una pena accessoria di sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale[1864].

Questo elemento internazionale ha portato a un aumento significativo delle pene, ed è proprio in questo terzo precetto che il Codice menziona espressamente la possibilità che il genitore stesso realizzi la condotta. Così, la pena sarà la privazione della libertà da uno a quattro anni nella fattispecie base, ma è inclusa una modalità attenuata che riduce la pena a una durata da sei mesi a tre anni se il minore ha già raggiunto i quattordici anni e acconsente alla sottrazione. Infine, il precetto determina che se è il genitore a realizzare la sottrazione, la pena includerà la sospensione dell'esercizio della responsabilità

[1859] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 670.
[1860] *Ibidem*, p. 670.
[1861] BELTRANI, S. *Corso di Diritto...,* Ob. cit., p. 771-772.
[1862]SCORDAMAGLIA, I. "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: overo della lettura costituzionalmente orientata del delitto di sottrazione di persone minori o incapaci", *Cassazione Penale*, núm. 55 (4), 2015. P. 497.
[1863] GRECO, R., *et al. Codice Penale...,* Ob. cit., p. 670.
[1864] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2792.

genitoriale. Per quanto riguarda quest'ultima pena, il reato non chiarisce se il genitore è punito con la stessa pena dello straniero, più la sospensione per l'esercizio della responsabilità genitoriale o solo con quest'ultima. La dottrina la considera una pena accessoria[1865], il che indica che sarà una pena aggiunta alla pena detentiva, che fungerà da pena principale[1866].

La sospensione della responsabilità genitoriale appare nell'articolo 34 del codice penale e implica l'incapacità del genitore di esercitare qualsiasi tipo di diritto sul bambino. Come nel diritto penale spagnolo, la sospensione implica che il genitore sia privato dei diritti, ma le visite si configurano come un dovere, per cui devono essere mantenute finché ciò non sia dannoso per l'interesse del bambino. Per quanto riguarda la sua durata, l'articolo 574 bis non ne indica espressamente nessuna, quindi si devono seguire le regole generali di estensione per il doppio del tempo della pena principale inflitta in ogni caso specifico.

È una novità recente che la Corte Costituzionale italiana abbia dichiarato incostituzionale il terzo comma del precetto, cioè l'imposizione di una sanzione automatica di sospensione del diritto di esercitare la potestà genitoriale per il genitore che perpetra la condotta sul figlio minore[1867].

Secondo la Corte, il giudice deve valutare caso per caso se tale sospensione corrisponde ai diritti del bambino, ma l'imposizione automatica della pena accessoria della sospensione comporterebbe una violazione molto significativa del diritto del bambino a mantenere relazioni personali con entrambi i genitori. In effetti, questo punto è legato all'idea che sarà presentata di seguito.

La pronuncia giunge in occasione della sentenza di condanna del Tribunale di Grosseto (del 30 aprile 2016) a una donna, che è stata punita con la pena di due anni e un mese di reclusione, unita alla sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, per aver commesso un reato di disobbedienza dell'articolo 388 del codice penale, avendo ripetutamente disatteso le disposizioni del provvedimento del giudice in merito all'affidamento dei figli; e un reato di sottrazione di minore dell'articolo 574 bis del codice penale, poiché li ha trasferiti in Austria senza il consenso del padre.

Questa condanna non solo è stata confermata dalla Corte d'Appello di Firenze con sentenza del 6 aprile 2018, ma la pena è stata addirittura estesa a due anni e mezzo di reclusione su richiesta del pubblico ministero. Successivamente, il condannato ha presentato un ricorso in cassazione, adducendo, tra gli altri motivi, l'illegittimità costituzionale dell'applicazione automatica della pena accessoria della sospensione per l'esercizio della responsabilità genitoriale.

In risposta, la Corte Costituzionale ha dichiarato che quando questa misura, che sia la sospensione o la privazione, è adottata da un tribunale della famiglia, il giudice ha l'opportunità di decidere sull'opportunità di tale adozione, opportunità alla quale i

[1865] Per quanto riguarda le pene accessorie, MANTOVANI indica che, sebbene abbiano avuto il carattere di pene infamanti, hanno più che una finalità general-preventiva, hanno nella maggior parte dei casi una funzione special-preventiva, nel senso non tanto di rieducazione quanto di eliminare oggettivamente quelle condizioni che potrebbero portare a una ricaduta nel crimine. In *Diritto penale...,* Ob. cit., p. 777.
[1866] PEZZANO, R. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 1405.
[1867] Sentenza 29 maggio 2020, n. 102.

tribunali penali pongono il veto, senza tener conto del fatto che questa applicazione automatica della pena accessoria si confronta con il principio di rieducazione della pena. Inoltre, la previsione di una durata fissa della pena accessoria solleva dubbi costituzionali perché viola il principio di proporzionalità e il principio di individualizzazione della pena.

La Corte Costituzionale elenca poi le tre ragioni per cui il giudice a quo dubita della legittimità della disposizione: impone al giudice penale l'obbligo di imporre la pena anche quando questa è contraria all'interesse del minore; viola il diritto del minore a mantenere i rapporti con entrambi i genitori; introduce un automatismo che contraddirebbe la necessità di valutare caso per caso l'adozione di una decisione vantaggiosa per il minore.

Pertanto, si conferma che questa pena accessoria ha caratteristiche molto specifiche, poiché colpisce non solo il condannato, ma anche il bambino, che è il coprotagonista della relazione. Inoltre, si scopre che questa pena accessoria non è sempre conforme all'interesse del minore, come presuppone il legislatore.

Dopo tutta questa ampia argomentazione, tra l'altro molto corretta, la Corte Costituzionale rileva l'incostituzionalità di questa disposizione automatica, cosa che è anche contraria al diritto internazionale e al diritto dell'Unione Europea sulla tutela dei minori, essendo entrambi i corpi normativi vincolanti per l'ordinamento italiano, per cui si modifica questo automatismo e si impone la necessità di osservare, caso per caso, se la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale sia la soluzione più adatta al minore.

In relazione alla sospensione della pena e in linea con quanto appena detto, si può sollevare lo stesso dibattito che nel caso della legislazione spagnola. Questa sospensione può o non può comportare anche la sospensione del regime di comunicazione. Sembra che la risposta sia la stessa del nostro sistema giuridico: se il diritto di visita si configura come un dovere per il padre[1868], il bambino non dovrebbe perdere il suo diritto anche se è stato sospeso nell'esercizio della potestà genitoriale, nella misura in cui una pena non può intaccare i diritti del bambino, che è la persona che si tratta realmente di proteggere. Ciò che può accadere, tuttavia, è che tali visite possano essere dannose per il bambino, nel qual caso si dovrebbe applicare la sospensione, ma questa sospensione non risponderebbe alla sospensione del padre dall'esercizio della potestà genitoriale ma alla cattiva influenza che genera, che comporta la possibilità che il bambino possa essere danneggiato se mantiene la comunicazione con il soggetto attivo.

Colla nuova sentenza della Corte Costituzionale[1869], sembra che l'idea che si riflette è che la sospensione comporta sempre la rottura del legame del genitore condannato con il bambino. Per questo motivo, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del precetto, evitando così che in ogni caso il genitore sottrattore finisca per rompere i legami con il bambino. Come soluzione, il fatto che questa sentenza di sospensione è facoltativa per il giudice, che deve valutare in ogni caso specifico se il mantenimento della comunicazione tra genitori e figli contribuisce o meno all'interesse del bambino.

Sia come sia, la Corte Costituzionale italiana finisce per concludere la stessa idea che si difende in questo articolo: non è possibile stabilire la regola generale che una sottrazione di minore debba sempre comportare una rottura dei legami tra genitori e figli, ma si dovrà valutare caso per caso. Questo perché la sospensione della responsabilità

[1868] FACCI, G. *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, IPSOA, 2004, p. 82.
[1869] Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102.

genitoriale non serve solo a proteggere il bambino, ma ha anche effetti dannosi per il bambino, quindi non dovrebbe essere adottata solo con il semplice abuso del diritto da parte del genitore, ma quando tale abuso costituisce un danno alle relazioni tra il bambino e il genitore[1870].

Di conseguenza, si propongono due opzioni: o si applica automaticamente la sanzione della sospensione, tenendo conto che questa sanzione può essere compatibile con il mantenimento di un regime di comunicazione in misura maggiore o minore; o si ritira l'automaticità della sanzione della sospensione, rendendola facoltativa per il giudice, che deve valutare in ogni caso se l'interesse superiore del bambino è servito dal continuare ad avere contatti con il genitore sottrattore, nel qual caso la sanzione non deve essere applicata, poiché ciò comporterà la suddetta rottura.

Quest'ultima è quella che sembra adattarsi meglio ai postulati giurisprudenziali italiani, che raccomandano di modificare l'obbligatorietà della pena della sospensione e di renderla facoltativa, in modo che il giudice possa decidere se imporla o meno, secondo le circostanze del caso. L'opzione è assolutamente corretta dato che la gravità di queste condotte è molto variabile, permette una gamma molto ampia di danni al diritto giuridico protetto ed è giusto dare un certo margine di manovra al giudice affinché possa decidere secondo le circostanze specifiche del caso.

Resta da aggiungere che questa pena, a differenza di quella spagnola, non è una pena di interdizione, ma di sospensione, anche se si è già stabilito che la pena spagnola di interdizione speciale per l'esercizio della potestà genitoriale ricorda più un caso di sospensione perché l'esercizio del diritto si recupera automaticamente non appena è trascorso il tempo della pena stabilito nella sentenza.

Sulle questioni procedurali, questa disposizione differisce dalle precedenti. Finora, i diversi tipi di sottrazione stabilivano il requisito di querela da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela. Tuttavia, in questa occasione, la fattispecie non dice nulla sul fatto che sia necessaria una denuncia, quindi il reato può essere perseguito d'ufficio.

Quindi, a differenza degli altri tipi di sottrazioni, la sottrazione all'estero può essere perseguito d'ufficio[1871] (probabilmente per la sua maggiore offensività nei confronti del diritto legale[1872]) e permette l'adozione di misure cautelari[1873].

### 5.6 *Rapporti con altre fattispecie*

Come possibile concorso di reati, come si usa si ha detto nel resto delle sottrazioni, spicca la relazione con l'articolo 388 del codice penale, che si riferisce all'inosservanza di una risoluzione giudiziaria, essendo che entrambi i precetti regolano realtà diverse e proteggono interessi diversi, il che porta più a un possibile concorso di reati che a un

[1870] BARTOLI, R. "Sospensione della responsabilità…", Ob. cit., p. 1969.
[1871] DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale...,* Ob. cit., p. 2793.
[1872] PADOVANI, T. *Codice Penale...*, Ob. cit., (2014), p. 3120.
[1873] FRANCHI, L., FEROCI, V., y FERRARI, S. *Codice Penale e di Procedura Penale*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2018, p. 114.

concorso di norme[1874]. Ci potrebbe essere anche un concorso con il reato di sequestro di persona negli stessi termini menzionati sopra.

## 6. Studio della Sentenza del Tribunale Provinciale di Granada 7 marzo 2019, n. 98.

Quando una sottrazione di minori ha elementi internazionali, diventa estremamente complessa, con la conseguente difficoltà di ottenere il ritorno del minore, nonostante la disponibilità di strumenti giuridici utili come quelli descritti sopra. Come esempio, verrà presentato il caso risolto dal Tribunale Provinciale di Granada, nella Sentenza 7 marzo 2019, n. 98, un caso particolarmente mediatico, sia in Spagna che in Italia, i due principali paesi su cui ruota questo studio, conosciuto come il "Caso Juana Rivas". Questo caso ha tenuto la Spagna divisa tra sostenitori e non sostenitori di Juana per mesi. Centinaia di cittadini si sono persino mobilitati a sostegno del fatto che la donna è tenuta nascosta insieme ai suoi due figli, con l'hashtag "Juana è in casa mia" che è diventato virale. Ecco perché sembra interessante raccontare questo caso dall'inizio.

Francesco Arcuri (nazionalità italiana) e Juana Rivas (nazionalità spagnola) hanno mantenuto una relazione sentimentale, risiedendo in Spagna. Nel 2006 è nato il loro primo figlio. Nel 2009 hanno deciso di separarsi e Francesco è stato condannato per un reato di abuso. Nel 2012, si sono dati una seconda possibilità e si sono trasferiti in Italia, stabilendo di comune accordo la casa di famiglia in quel paese europeo. Nel 2014 è nato il loro secondo figlio. Entrambi i bambini erano iscritti nelle scuole italiane ed erano registrati come cittadini italiani.

Il 18 maggio 2016, Juana si trasferì a Granada con i bambini con il pretesto di voler visitare la sua famiglia, assicurando che sarebbe tornata in Italia il mese successivo. Non solo non è tornata, ma il 12 luglio dello stesso anno ha presentato una denuncia per abuso contro Francesco davanti al Tribunale della violenza di genere, numero 2, di Granada. Allo stesso tempo, Juana disse a Francesco che non sarebbe tornata in Italia perché era malata, quando in realtà non aveva intenzione di tornare, ma di rimanere a Granada. Infine, il 2 agosto 2016, Juana comunicò a Francesco la sua decisione di non tornare alla casa famigliare italiana e il 16 e il 30 dello stesso mese gli inviò due email in cui affermava che avrebbe potuto vedere i figli quando voleva (a Granada) e chiamarli quando lo riteneva opportuno.

Quasi un mese prima, il Tribunale della Sardegna ha emesso una sentenza che ordina che i bambini siano monitorati dai servizi sociali una volta rientrati nella casa dei genitori e questo a causa di quella condanna per maltrattamenti di Arcuri nel 2009 e la nuova denuncia fatta da Rivas nel 2016, insieme alla richiesta che il figlio torni a testimoniare in tribunale[1875].

Francesco ha intentato una causa in Italia e ha ottenuto l'affidamento provvisorio di entrambi i bambini davanti al Tribunale della Sardegna, promuovendo anche la procedura di ritorno dei bambini prevista dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980. Lo Stato italiano elaborò la richiesta al Ministero della Giustizia spagnolo e quest'ultimo al Tribunale di prima istanza n. 1 di Granada, che accettò di restituire i bambini all'Italia.

[1874] SEMERARO, P. *Famiglia e...,* Ob. cit., p. 102.
[1875] Sentenza Camera Civile 3 luglio 2016.

Questa decisione è stata appellata e il Tribunale Provinciale di Granada ha respinto il ricorso e ha confermato la decisione di restituire i bambini al territorio italiano.

L'11 luglio 2017, il Tribunale di prima istanza numero 3 di Granada ha emesso un mandato di esecuzione, visto il rifiuto di Juana di consegnare i bambini, e le è stato dato un nuovo termine di tre giorni per consegnare i bambini, che non ha rispettato. Il 24 luglio, un'altra richiesta è stata fatta dallo stesso tribunale affinché Juana lasciasse i bambini in un Punto d'incontro familiare due giorni dopo. Da parte sua, Francesco si è recato al Punto d'incontro familiare di Granada insieme a un'autorità consolare e a una forza di polizia. Anche Juana non si è presentata.

Fu a questo punto che Juana iniziò una campagna mediatica e si circondò di consulenti legali che la portarono a prendere decisioni sbagliate. Si guadagnò l'appoggio di gran parte della popolazione spagnola, ma cominciò ad avere un comportamento criminale sempre più grave. Il 26 luglio 2017, Juana ha deciso di nascondersi con i bambini e le autorità non sono state in grado di trovarla, il che ha portato Francesco a presentare una denuncia di scomparsa. Il Juzgado de Instrucción numero 2 di Granada richiese nuovamente la consegna dei bambini e questo finalmente avvenne il 28 agosto, quando Juana si presentò al Comando della Guardia Civile di Granada. I bambini sono stati consegnati al loro padre. All'inizio non volevano lasciare la madre, ma si sono calmati quando hanno iniziato a prendere contatto con il padre.

Juana sosteneva continuamente che la sua condotta non era illegale perché il trasferimento era dovuto agli abusi subiti da lei e dai suoi figli. Tuttavia, il giudice afferma che *tranne l'episodio di abuso avvenuto nel 2009, non è stato accreditato nessun altro episodio successivo, né in Álvaro, il maggiore dei due figli, sono stati rilevati disturbi psicologici legati all'abuso contro di lui o per averne assistito verso la persona della madre, né è stato rilevato che il ritorno nel contesto genitoriale, pone un grave pericolo per la loro integrità fisica o mentale*[1876].

La Corte sottolinea che dopo la condanna nel 2009, si sono dati un'altra possibilità e Juana è partita per l'Italia, dove è nato il secondo figlio. Francesco aveva negato qualsiasi tipo di abuso dopo quella data e Juana non ha denunciato nessun altro episodio né ha potuto provare nessuna delle sue affermazioni, ma la denuncia è stata fatta una volta che l'imputato non voleva più tornare in Italia, e nessun tribunale aveva ritenuto vere le accuse, credibilità che si riduce ulteriormente perché il perito medico legale non ha trovato alcuna traccia di abuso nei bambini né alcun segno che essi avessero assistito ad alcun abuso nei confronti della madre.

Infatti, la Corte è severa con Juana quando afferma quanto segue: *Il suo preteso desiderio di proteggere i suoi figli è in contraddizione con le sue azioni, poiché non ha tenuto conto del danno futuro che potrebbe essere causato loro dall'apparire in vari media accusando il padre di essere un torturatore, mentre gruppi di persone mostrano sconsideratamente e visceralmente il loro sostegno a lei. In un mondo in cui tutte le informazioni sono registrate e documentate e disponibili a chiunque, queste informazioni potrebbero essere conosciute anche dai suoi figli in futuro e l'impatto su di loro non sarà certamente buono. I fatti dimostrano che decide di separarsi nell'estate del 2016 e o da sola o perché qualcuno la consiglia, si rende conto che c'è un grosso inciampo con la*

[1876] Sentenza Tribunale penale Granada 18 luglio 2018, n. 257.

*custodia dei due bambini e per ottenerla a suo favore, decide di sfruttare l'argomento dell'abuso.*

Per tutti questi motivi, Juana è stata condannata per due reati di sottrazione di minori (optando per un vero e proprio concorso composto da tanti reati quanti sono i bambini colpiti, anche se la decisione giustifica ampiamente perché applica due reati e non uno solo), comprendendo che il reato è applicabile non solo quando una decisione giudiziaria non viene rispettata, ma anche quando uno dei genitori affidatari sposta il bambino dal luogo di residenza senza il consenso dell'altro genitore con cui vive abitualmente.

In questo caso, l'imputata rispetta le due modalità: prima con il trasferimento quando porta i bambini in Spagna senza il consenso del padre, tutta la famiglia residente in Italia e, successivamente, con la modalità del trattenimento quando successivamente non rispetta le risoluzioni giudiziarie di consegna. Per quanto riguarda il reato di disobbedienza, la Corte comprende che si tratta di un concorso di norme risolto dal principio di alternatività, per cui solo la sottrazione di bambini è punito perché rappresenta un reato più grave. La pena finale era di due anni e mezzo di reclusione per ogni reato e sei anni di privazione della potestà genitoriale. Inoltre, un risarcimento di 30.000 euro doveva essere pagato al padre, importo calcolato tenendo conto, in particolare, del grave deterioramento della sua immagine pubblica.

Anche se siamo d'accordo con l'argomentazione di questa sentenza, una delle migliori dal punto di vista tecnico in materia di sottrazione di minori, dato che la Corte spiega uno per uno perché considera presenti tutti gli elementi della fattispecie e ne fa una squisita giustificazione giuridica, la pena non può essere condivisa per due motivi: Il primo è perché in questo lavoro si rifiuta il ricorso al concorso reale, dato che la ragione per configurare questi casi come concorso ideale sarà giustificata *in seguito*; e il secondo è perché la privazione della potestà genitoriale non è una pena prevista dalla fattispecie penale specifico, che opta per la pena di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, essendo che la pena della privazione è definitiva e il Tribunale la impone per un periodo di sei anni. Così, sembra che la Corte si riferisca piuttosto alla pena di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale (di natura temporanea) ma ha sbagliato la nomenclatura e si è riferita alla privazione della potestà genitoriale.

Questa decisione è stata appellata e la sentenza è arrivata dal Tribunale Provinciale di Granada[1877]. La sentenza si riferisce al fatto che Juana è incorsa nel reato di sottrazione di minore, dovendo essere accreditata la finalità di alterazione permanente del regime d'affidamento in considerazione della severità delle pene previste dal reato, cosa che avviene perché è stata la stessa Juana a indicare a Francesco la sua volontà di non tornare in Italia, rimanendo in luoghi sconosciuti per mesi.

Di fatto, il Tribunale Provinciale non considera reato il trasferimento dei bambini da parte di Juana, considerando che non è possibile commettere quel tipo di reato mentre lei ha l'affidamento dei bambini, ma vede la responsabilità penale per non averli consegnati quando c'era già una decisione giudiziaria di consegnarli. In altre parole, la Corte Provinciale (ignorando i criteri stabiliti dall'Alta Corte Nazionale e dalla Corte Suprema riguardo all'esistenza di una responsabilità penale anche in questi casi) mostra un'interpretazione molto più severa della Corte Penale e apprezza solo la modalità di

[1877] Nella risoluzione di 7 marzo 2019, n. 98, il cui contenuto viene studiato in questa rubrica.

ritenzione, anche se finisce per concludere la stessa cosa: ci sono due reati di sottrazione di minori. Così, questo organo giudiziario accoglie solo parzialmente il ricorso, poi conferma la sentenza e modifica solo la responsabilità civile, riducendola a 12.000 euro, per cui il criterio giuridico-criminale seguito dalla Corte sembra essere corretto.

Nel luglio 2019, la Corte Suprema ha ammesso il ricorso presentato dalla difesa di Juana Rivas contro la sentenza del Tribunale Provinciale di Granada. Dopo circa due anni, il 15 febbraio, la Corte Suprema ha decretato con un'ordinanza che il ricorso presentato da Juana Rivas sarebbe stato elevato a plenaria, il che è indicativo del fatto che si tratta di un caso molto complesso. Infine, l'Alta Corte si è pronunciata il 23 aprile[1878], introducendo una nuova tesi in termini di sottrazione di minori. Questo perché uno dei motivi addotti nel ricorso presentato dalla difesa, sostenuto anche dalla Procura, consisteva nell'apprezzamento di un solo reato di sottrazione di minore e non due, come era stato applicato nelle varie decisioni dei precedenti gradi di giudizio, dato che l'autore aveva sottratto i bambini contemporaneamente, essendo che il reato non tutela beni di natura personale, ma consiste in una disobbedienza di tipo qualificato.

Di conseguenza, la Corte Suprema, dopo aver affermato che il diritto legale è il diritto all'affidamento, alla pace nelle relazioni familiari, incarnato nel rispetto dei mezzi legali disponibili per risolvere i conflitti, e il diritto del bambino ad avere contatti regolari con entrambi i genitori in situazioni di crisi familiare, affronta la questione del trattamento del reato quando più bambini vengono rapiti allo stesso tempo.

In primo luogo, si riferisce al fatto che la famiglia nel suo insieme viene colpita ogni volta che viene commesso un crimine di sottrazione di minori, in modo che, anche se ci fossero più bambini che non vengono sottratti, il deterioramento delle relazioni familiari, essendo privati della relazione con gli altri fratelli, li rende colpiti, anche se non sono titolari del diritto giuridico protetto, che è il diritto di custodia. Allo stesso modo, la Corte ammette che il genitore privato della compagnia dei suoi figli sarebbe più afflitto quanto più i figli gli vengono tolti, il che può tradursi in una pena più grave. Tuttavia, il fatto di rapire più bambini allo stesso tempo, o solo alcuni di loro, non modifica significativamente la violazione della pace nelle relazioni familiari causata dal rapimento.

Pertanto, considera la presenza di un solo reato perché, pur essendo nell'interesse del bambino, non protegge i beni personali, ma si concentra sulla protezione del diritto di custodia, quindi non ritiene opportuno ricorrere al concorso di reati, ma alla punizione per uno solo. Questo porta a modificare la pena iniziale di due anni e mezzo di prigione per ciascuno dei bambini sequestrati, in una sola pena della stessa durata, senza pregiudicare la pena dell'interdizione speciale dall'esercizio dell'autorità parentale per sei anni. Al momento, Juana Rivas sta scontando la sua pena, in attesa di sapere se sarà finalmente graziata.

Mentre questa era la sentenza della maggioranza, due dei giudici se ne sono separati e hanno emesso un'opinione dissenziente. Questi due magistrati capiscono che il reato di sottrazione di minori ha un ambito di protezione più ampio, che comprende il diritto alla vita privata e familiare dei bambini, proiettato sul loro diritto a mantenere le relazioni con entrambi i genitori, quindi ci saranno tanti reati quanti sono i bambini sottratti, e si dovrebbe applicare un vero concorso formato da tutti loro, dato che i beni hanno una

[1878] Cassazione Penale, 23 aprile 2021, n. 339.

natura personale. Pertanto, il criterio maggioritario di considerare che il tipo di reato protegge esclusivamente il diritto del padre è respinto.

In breve, è chiaro che il diritto legale determina grandi conseguenze. Così, se si considera che l'interesse giuridico del minore, che sia specificato in un modo o nell'altro, può essere considerato un vero e proprio concorso (dato che la giurisprudenza ammette tale concorso quando si tratta di beni personali) e, se si considera che solo il genitore è il soggetto passivo, si dovrà considerare un unico reato, anche se nessuna delle due opzioni è difesa in questo studio, per le ragioni che sono state esposte prima.

# CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

A lo largo de todo este estudio, se han podido apreciar verdaderas lagunas que incitan a confusión y conducen a interpretaciones ambiguas. Es por ello que ahora se expresan una serie de ideas encaminadas a llamar la atención del legislador sobre aquellos elementos más conflictivos o que adolecen de falta de claridad al objeto de que sean reformados convenientemente, intercaladas con las principales conclusiones alcanzadas tras la realización del estudio:

1. El delito de sustracción de menores ha existido desde siempre en la Codificación penal española, incluso en normas más antiguas, como el Fuero Juzgo o las Partidas ya se aludía al robo de niños. Desapareció con el Código Penal de 1995 y se reinstauró mediante la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, si bien con una estructura diferente a la tradicional, estructura parcialmente modificada recientemente por medio de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Por tanto, no cabe afirmar que este delito sea nuevo, sino que es una vieja figura actualizada, que bebe del sustrato de la anterior, aunque presenta elementos novedosos fruto de la realidad imperante.

2. La sustracción parental de menores se refiere a aquellos casos en los que el padre o la madre traslada ilícitamente al hijo menor o lo retiene indebidamente, de forma que se bloquea el ejercicio de los derechos provenientes de la responsabilidad parental o de guarda y custodia de la persona a la que correspondiera el cuidado del menor en el momento de la sustracción. De esta manera, en el momento en que se traslada a un menor sin autorización para hacerlo o se le retiene, no entregándolo a la persona con la que debería estar, se impide el legítimo ejercicio derivado de la patria potestad que tenga el padre no sustractor o, en el caso de que el niño esté encomendado a algún organismo público o a otra persona, se vulnera el derecho de custodia de dicho organismo.

3. La sustracción parental de menores es una conducta que afecta a un amplio número de países a lo largo del globo. Este tipo de acciones han ido proliferando como consecuencia de la posibilidad para las parejas de poner fin a su unión y, sobre todo, con motivo de la facilidad de movilidad, que en muchos casos implica una unión entre personas de distinto origen que, ante una crisis sentimental, deciden regresar al lugar del que provenían, llevando consigo a los hijos menores. Cuando esto ocurre, la sustracción pasa a denominarse "sustracción internacional".

   Estos casos escapan de las fronteras nacionales, de ahí que se creasen mecanismos de cooperación internacional destinados a conseguir, principalmente, el retorno del menor al lugar de residencia habitual. De entre ellos, destaca el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, que es el instrumento más utilizado debido a la gran cantidad de Estados que se han ido adhiriendo al Convenio a lo largo del tiempo, pues siempre será necesario que el menor se haya trasladado desde un Estado parte y acabe localizado en otro Estado parte. A nivel europeo, también se han creado algunos mecanismos, como el Convenio de Luxemburgo de 1980 de reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a la custodia o el Reglamento Bruselas II bis. El principal inconveniente es su reducido ámbito de aplicación, por lo que resulta más útil el Convenio de La Haya, teniendo también en cuenta que el Convenio de Luxemburgo se centra en el

reconocimiento de decisiones y, en un gran número de casos, el traslado se produce antes de que exista resolución alguna acerca de la custodia del menor, lo que hace inoperante el mencionado mecanismo. Igualmente, es posible la conclusión de acuerdos bilaterales entre distintos Estados, como el que existe entre España y Marruecos.

4. La alta incidencia de sustracción de un menor por el padre o la madre hizo, pues, que se recuperara el antiguo delito de sustracción de menores, si bien con elementos típicos renovados, constituyendo las principales diferencias entre ambas figuras, en primer lugar, que el sujeto activo es el padre, la madre o los parientes más cercanos, siendo que la tradición española la había mantenido como delito común y estaba más bien pensado para aquellos supuestos en que los padres eran precisamente los sujetos pasivos, aunque nada obstaba a estimar la posibilidad de que uno de los dos realizase la conducta frente al otro, pese a que ya se ha analizado que no toda la doctrina se mostraba conforme a esta idea, en vista de la ubicación de la figura entre los delitos contra la libertad y la seguridad; y, en segundo lugar, que el menor, actualmente, podrá ser sustraído siempre que sea menor de dieciocho años, siendo que la figura anterior situaba el límite de edad en siete años.

   Una vez que desapareció la figura con el Código Penal de 1995, este tipo de supuestos eran reconducidos a los delitos de detención ilegal y secuestro o de desobediencia, lo cual era extremadamente problemático por dos motivos principales: el bien jurídico protegido por estas figuras no casaba bien con las conductas de sustracción parental; y no siempre existía una resolución judicial anterior a la sustracción, lo que hacía inviable la apreciación del delito de desobediencia. Así las cosas, se valora muy positivamente la entrada de este delito específico de sustracción de menores y, con acierto, entre los delitos contra las relaciones familiares, aunque la redacción elegida no haya sido la más adecuada, dando lugar a un gran número de lagunas que han quedado concretadas a lo largo de esta investigación.

   En primer lugar, debería modificarse la propia nomenclatura del tipo. La expresión "sustracción de menores" alude a una realidad bien distinta a la que perciben las personas ajenas al mundo jurídico. Se puede confundir el delito de sustracción de menores con los casos de bebés robados en conventos, casos acontecidos en España hace varias décadas. Por este motivo, se propone la adición del término "parental" en la denominación del tipo, al objeto de que sea más intuitivo, pasando a conocerse como "sustracción parental de menores". La palabra secuestro en el Ordenamiento español expresa siempre la exigencia de una condición, lo cual hace que tampoco se presente como la mejor opción.

5. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, parece dar a entender que la figura delictiva que está creando ha sido pensada para proteger los derechos del menor, en línea con la normativa nacional e internacional, que se inclina por un reconocimiento cada vez mayor de los derechos de los niños. Así, a primera vista parece que el bien jurídico protegido es el interés superior del menor, concretado en el derecho a relacionarse con sus familiares.

   Sin embargo, un estudio más profundo de esta temática pondrá en tela de juicio la hipótesis anterior y arrojará un resultado consistente en que la figura de sustracción

de menores se limita a proteger los derechos derivados de la patria potestad de los progenitores, que se ven notablemente vulnerados a raíz de la sustracción. Esos derechos pueden ser o bien el derecho de custodia o bien el derecho de visitas, puesto que ambos son formas de ejercer la patria potestad y ambos derechos merecen ser igualmente protegidos. Alternativamente, si los padres no gozan de patria potestad o, por cualquier motivo, el niño se encuentra bajo el cuidado de un organismo público o de un tercero, lo que se protege es el derecho de custodia de ese centro o tutor. En definitiva, el delito de sustracción de menores tutela los derechos de las personas o instituciones encargadas del cuidado de aquellos, fundamentalmente serán los padres, aunque también cabe la posibilidad, como se ha dicho, de que aquellos estén bajo la protección de un organismo público o de una tercera persona.

Por consiguiente, existe un conflicto entre lo que debería ser y lo que es. El tipo debería proteger los intereses del menor pero la realidad es que protege a los padres y los custodios, como muestra el hecho de que el consentimiento de aquel no haya sido tenido en cuenta en ningún caso y de que la conducta sea atípica cuando existe acuerdo entre los padres, con independencia de cómo pueda verse afectado el menor por la sustracción, especialmente en la modalidad de traslado. Si un traslado afecta al menor porque implica un nuevo lugar, un nuevo entorno, un nuevo ambiente, etc., las consecuencias se producirán igualmente, medie o no medie acuerdo de los padres, pero lo cierto es que la redacción típica solo permite la atipicidad por la vía de acuerdo entre los padres o custodios, por lo que se ha despreciado el interés del menor, en pos de los intereses de los cuidadores principales.

6. En la modalidad de retención, puede encontrarse un bien jurídico adicional. Configurada como una modalidad específica de desobediencia, la conducta de retención exige el incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa. Ello conduce a que la comisión de dicha actuación acabe también lesionando el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, concretado en el principio de autoridad, paralelamente a cuanto acontece en el delito de desobediencia.

7. El delito de sustracción de menores se caracteriza por ser un delito de naturaleza especial porque solo los padres o ciertos parientes pueden cometerlo, configurándose como un delito especial propio. Sin embargo, el legislador no ha utilizado el término más correcto para referirse a estos sujetos. Así, el vocablo "progenitor" ha ocasionado una fuente de problemas, al transmitir una pura realidad biológica, por lo que se propone cambiar la expresión por "el que…", dado que el resto de la redacción del tipo indicará que son los padres (u otros parientes) los sujetos activos del delito, configurándose este como delito especial propio.

8. Por otra parte, solo los hijos menores de edad pueden ser objeto material del delito y esto implica que hay ciertos supuestos en los que el interés protegido será lesionado, al no incluir a otras personas que, por sus especiales características, deberían quedar amparadas por la conducta típica, como son los hijos en situación de patria potestad prorrogada.

Para terminar de dotar de una adecuada protección al bien jurídico, se pretende paliar otra de las lagunas del tipo, por lo que se propone incluir dentro de los sujetos objeto del delito a los mayores de edad que se encuentren bajo una patria potestad prorrogada, algo que suele ocurrir frecuentemente porque estas personas presentan algún tipo de deficiencia o discapacidad que les impide ser totalmente independientes y les fuerza a seguir dependiendo de sus padres. Los mayores de edad que permanecen bajo la patria potestad de sus padres son vulnerables y necesitan la misma protección que otorga el Derecho penal a los menores de edad. El hecho de que el legislador haya obviado estos supuestos es incompatible con la completa protección del bien jurídico. Esto conduce a la necesidad de un párrafo como el que sigue: *el que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor o en situación de patria potestad prorrogada…* Así, se incluiría expresamente como sujetos pasivos a estas personas vulnerables que merecen el mismo grado de protección.

9. Además, la conducta debe recaer sobre un menor de 18 años. A propósito de la edad, el hecho de que la sustracción se extienda hasta los dieciocho años parece un ámbito de aplicación demasiado amplio, que además no casa con los parámetros establecidos por los instrumentos internacionales. De esta manera, otra de las propuestas consiste en acotar la edad del menor. Téngase en cuenta que la legislación internacional acerca de la sustracción de menores, tanto la regional a nivel de la Unión Europea como la de fuera de las fronteras de la Unión, marca el final de la conducta de sustracción cuando el niño ha cumplido los dieciséis años, muy probablemente sobre la base de que llegados a esta edad, es harto complicado cometer un delito de sustracción de menores contra la voluntad del ya adolescente y, en el momento en que esto ocurra, la conducta integrará más bien un caso de detención ilegal en el que el bien jurídico lesionado sea la libertad ambulatoria.

   La edad de dieciséis años es la más oportuna, al objeto de unificar directrices con la legislación supranacional, de forma que no exista disparidad de criterios entre los Ordenamientos internos y externos, sobre todo debido a que la sustracción de menores es un problema que trasciende de las fronteras del país y que, precisamente por ello, es por lo que se han creado tantos instrumentos internacionales que buscan la restitución del menor cuando este ha sido sustraído, estableciendo mecanismos que tratan de obtener un equilibrio entre lo que el menor decida si tiene cierta capacidad y lo que indica el interés superior del menor y las resoluciones judiciales al efecto si las hubiera. Si la legislación supranacional más relevante coincide en que a partir de los dieciséis años el menor ya no puede ser sustraído, si el legislador español decidiese acotar la edad en que la sustracción puede llevarse a cabo, debería regirse por lo ya dispuesto por los mecanismos internacionales, limitando el tipo a los casos en que el menor cuente con una edad inferior a los dieciséis años.

10. El tipo recogido en el artículo 225 bis CP expresa un tipo mixto alternativo en el que la sustracción puede realizarse mediante un traslado o mediante una retención. En el primer caso, se exige que el menor sea trasladado desde el lugar de residencia, sin que se aporte ninguna otra pista acerca del significado de aquel.

    Por esta razón, el legislador debería especificar el concepto de "lugar de residencia" para definir mejor la extensión del tipo, de forma que se sepa claramente qué tipo

de traslado se exige para cumplir el precepto y teniendo en cuenta que, cuanto más estricto se sea en este aspecto, menor incidencia tendrá el delito, lo cual puede ser positivo en vista de establecer una relación de adecuada proporción entre la gravedad del comportamiento y las penas fijadas.

11. A propósito de la conducta, ya se ha dicho que la sustracción se puede realizar de dos maneras: trasladando o reteniendo al menor. El traslado, antes de la reforma, había de producirse sin el consentimiento de la persona que convive habitualmente con el menor o de la persona o institución que tenga atribuida la custodia. La retención requiere el incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa.

    De esta forma, el tipo estaba redactado de forma que se otorgaban más derechos a quien asumía la guarda y custodia, en perjuicio de quien solo tenía atribuido un régimen de comunicación, contradiciendo todas las normativas internacionales e incluso la legislación civil interna. Con la redacción antigua del delito de sustracción de menores, podrían considerarse sustracción los traslados efectuados por cualquiera de los miembros de la pareja si ambos convivían habitualmente con el menor en el momento de la sustracción y los perpetrados por quien no ejercía la guarda y custodia, lo que dispensaba carta blanca al custodio para trasladar al hijo sin ningún tipo de consecuencia penal, sin perjuicio de que el otro progenitor pudiera perfectamente arbitrar mecanismos civiles e internacionales (estos últimos si el hijo llegaba a ser trasladado fuera de las fronteras españolas). Esto suponía una falta absoluta de protección para el bien jurídico, en vista de que los derechos del otro progenitor o de la persona a la que corresponda el cuidado de aquel en el momento de la sustracción se ven igualmente lesionados sea quien sea el que efectúe el traslado, sin contar con que la conducta afecta al menor tanto en un caso como en otro, máxime cuando la Jurisprudencia ha interpretado desde siempre, con contadas excepciones, que cuando el que trasladaba al menor también convivía habitualmente con el niño (el recurrente caso de una pareja que se encuentra en mala situación y uno de los dos se muda con el menor a otra ciudad o, incluso, a otro país), la conducta es atípica y ello porque entendía que ese progenitor tenía derecho a trasladarse en compañía del hijo. Si bien la Audiencia Nacional indicó en la Sentencia 10/2016, de 15 de marzo la inadecuación de este criterio, lo cierto es que existen sectores jurisprudenciales que seguían empecinados en mantener la atipicidad de tales supuestos. Con la retención sucedía prácticamente lo mismo, en vista de que el criterio doctrinal y jurisprudencial dominante consistía en bloquear la entrada del tipo en los supuestos en que la retención se produce por parte de quien ostenta la guarda y custodia.

12. El problema de negar la entrada al tipo en los casos en que el sujeto activo era el progenitor custodio ha desaparecido radicalmente a consecuencia de la reforma introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio, que incluye una nueva redacción mediante la cual el traslado es ilícito cuando es realizado sin el consentimiento del otro progenitor, sin ninguna otra exigencia.

    Con esta modificación, se consiguen incluir en el tipo todos aquellos casos en que el traslado lo verifica una persona que no ha tenido en cuenta el consentimiento del

otro progenitor, un extremo ajustado tanto a la normativa internacional como a los dictados de la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado.

De esta forma, ambos progenitores tendrán la misma responsabilidad y los mismos derechos, incluyéndose igualmente como posibles sujetos activos del delito los parientes mencionados en el quinto apartado del artículo 225 bis. Por otro lado, el menor obtendrá mayores dosis de protección, impidiéndose traslados o retenciones injustificadas por ninguna de las partes, pues debe recordarse que el ejercicio de la guarda y custodia solo se refiere a los aspectos cotidianos del menor y no atribuye derechos a un progenitor sobre el otro.

En este sentido, se aprecia que la mencionada reforma es muy positiva, si bien es cierto que la misma constituye una mezcla de luces y sombras. Ello es así, en tanto en cuanto el legislador acierta a la hora de introducir definitivamente al progenitor custodio como sujeto activo. No obstante, no realiza ningún otro tipo de apreciación, lo que podría dar lugar a la interpretación de que siempre y en todo caso se necesita el consentimiento del otro progenitor, algo que tampoco es coherente, dada la posibilidad de que aquel se encuentre privado o inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso su consentimiento no debe ser exigido, pudiendo, en consecuencia el otro progenitor, con ejercicio exclusivo, decidir unilateralmente el lugar de residencia del menor. Empero, este obstáculo es salvable atendiendo a la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica que aclara que, en casos de suspensión, inhabilitación, privación o atribución exclusiva de esta facultad a uno de los progenitores, no se necesitará el consentimiento del otro progenitor.

13. Uno de los elementos típicos de la modalidad de traslado es el consentimiento, que puede provenir, bien del otro progenitor, bien de quien posea la custodia del mismo, pero nada se dice acerca del consentimiento del menor, ni siquiera cuando este ya presente capacidad de raciocinio y madurez suficiente para la toma de ciertas decisiones.

    Por este motivo, se propone dar entrada en el tipo al consentimiento del menor que posee raciocinio y grado de madurez suficiente, en aras de evitar la imposición de una pena tan grave para un presunto sustractor que simplemente se limita a seguir las inclinaciones de quien se encuentra legitimado para decidir con quién desea estar. Como se sabe, el tipo hace referencia en todo momento al consentimiento de otras personas distintas del propio menor en el supuesto del traslado, no se requiere falta de consentimiento en la modalidad de retención. Empero, al principio de la descripción típica, se menciona la inexistencia de una causa justificada como elemento típico. Se ha defendido, por las razones *supra* esgrimidas, que el consentimiento del menor con capacidad para decidir sería una de las causas justificadas. Sin embargo, si se incluyera expresamente este consentimiento, se le otorgaría el protagonismo que merece, al tiempo que se establecería un criterio jurisprudencial fijo, dado que los juzgadores tendrían que incluir este evento como causa de atipicidad.

    Ello podría conseguirse de diversas maneras, tomando siempre en consideración que dicho consentimiento debe reflejarse fuera de la modalidad de traslado, de

suerte que aquel pueda afectar a cualquier tipo de sustracción, incluida la retención. Se ofrecen distintas posibilidades:

- Añadir una cláusula final en el primer apartado, de manera que se establezca: *el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años, salvo que el menor sustraído preste su consentimiento teniendo este capacidad de raciocinio suficiente para adoptar dicha decisión.*
- Añadir una referencia al consentimiento del menor en el segundo apartado cuando se expresa el concepto de sustracción, de manera que el tipo quedaría de la siguiente forma: *a los efectos de este artículo, se considera sustracción, salvo que el menor objeto de la sustracción preste su consentimiento a la misma en los supuestos en que posea capacidad de raciocinio suficiente.*
- Incluir una cláusula expresa al final del tipo, a modo de apartado sexto, en la que se indique lo siguiente: *a los efectos de este artículo, no se considera sustracción el traslado o retención efectuados con el consentimiento del menor si este presenta la capacidad de juicio necesaria para emitir un consentimiento jurídicamente válido*.
- Optar por establecer un criterio objetivo, como ha hecho Italia, estableciendo una edad a partir de la cual el consentimiento será tenido en cuenta, ya sea para rebajar o eximir de pena.

14. El delito de sustracción de menores presenta, además de un tipo básico, un tipo agravado y un tipo privilegiado. El primero se caracteriza por el aumento de pena cuando el traslado desemboca en la salida del menor del territorio español y si la entrega de este pasa por la exigencia de una condición. Quiere decirse, el tipo agravado plantea dos escenarios posibles: o bien el traslado se produce fuera del territorio español, o bien el sustractor ha exigido algún tipo de condición para la entrega del menor. En ambos casos, la pena habrá de imponerse en la mitad superior.

    El problema se refleja en que, en el primero de ellos, esto es, cuando el niño logra salir de España, el tipo agravado hace referencia solo a la modalidad de traslado, siendo que debería permitirse también la aplicación del mismo a los supuestos en que la retención se produzca en el extranjero, acabando así con la problemática de si aplicar o no aplicar la agravación cuando el traslado es inicialmente lícito, pero después no se devuelve al menor cuando correspondía. Por esta razón, se propone una modificación del tipo de forma que ese elemento de internacionalidad sirva para agravar ambas modalidades delictivas.

    Asimismo, el segundo de los supuestos agravatorios, requiere una apreciación. La agravación consiste, como ya se ha dicho, en la exigencia de una condición a cambio de la entrega del menor a quien corresponda. La mayor pena obedece a la lesión de otro bien jurídico protegido adicional, que no es otro que la libertad de decisión del sujeto pasivo. En el momento en que una decisión se toma bajo presión, aquella no ha sido adoptada libremente. Empero, el tipo no menciona qué tipo de condición ha de ser, por lo que ha de entenderse que cualquiera sería apta para incardinarse en el tipo agravado. Ello supone un grave atentado al principio de proporcionalidad, dado que la misma pena agravada será aplicable con

independencia de la naturaleza de la condición, pudiendo esta ser lícita o ilícita. Por este motivo, se propone una modificación de la figura, de forma que la pena atienda al tipo de condición exigida.

15. Al igual que pueden encontrarse supuestos agravados, también el legislador ha previsto una situación concreta que determina una rebaja de la pena, esto es, se ha incluido la presencia de un tipo privilegiado. Esto ocurrirá si la sustracción no se prolonga más allá de quince días, aunque no se haya comunicado a quien corresponda el cuidado del menor el lugar en el que este se encuentra. Sin embargo, el tipo debería contemplar el supuesto de que se produzca la comunicación a quien corresponda del lugar donde se encuentra el menor y la ausencia sea inferior a quince días, un supuesto más grave que el que plantea la causa de exclusión de la pena, pero menos grave que el que prevé el tipo privilegiado, por cuanto no se exige que se comunique a la persona que corresponda la ubicación del niño. Se ha visto más arriba que esto provocaba algunos inconvenientes, sobre todo, acerca de si debía incluirse en el tipo privilegiado o si, por el contrario, debería considerarse una conducta atípica, algo a todas luces incorrecto.

    Se propone la inclusión de este supuesto con una pena inferior, dado que la comunicación y el compromiso de restitución del menor son elementos importantes que redundarán en beneficio del sujeto pasivo. Por consiguiente, es un supuesto que debería contemplarse como un tipo más privilegiado aún que el tipo atenuado que ya aparece en el precepto.

16. El delito queda consumado, en el caso del traslado, una vez que se consigue dicho traslado, es decir, una vez que se logra sacar al menor de la esfera de control de la persona con derecho a ejercitar la responsabilidad parental sin el obstáculo que genera la sustracción o, en su caso, de la persona que cuenta con un derecho de custodia; en el caso de la retención, el delito se consuma una vez que se produce dicha retención y la misma implica un incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa.

17. El delito de sustracción de menores no prevé el castigo de los actos preparatorios, pero sí admite formas imperfectas de ejecución, por lo que el delito quedará en grado de tentativa si no se logra el traslado o la retención. La diferente naturaleza de las modalidades hace necesario una puntualización: en el caso del traslado, al ser un delito de resultado, puede quedar en grado de tentativa acabada o inacabada, dependiendo de si se llegan a producir todos los actos que objetivamente debieran dar lugar al resultado, al traslado; sin embargo, la modalidad de retención, como delito de mera actividad, solo podría quedar en grado de tentativa inacabada, dado que, la realización de todos los actos, dará lugar a la consumación. Además, debe tenerse en cuenta que los supuestos intentados deben ser reconducidos a la causa de exclusión de la pena en tanto los hechos ya realizados no superen la duración de 24 horas, pues lo contrario implicaría la posibilidad de castigar más duramente un delito intentado que consumado.

18. En cuanto a la autoría y participación, la sustracción puede ser realizada por un único sujeto, en autoría inmediata mayoritariamente, sin que quepa rechazar plenamente los supuestos de autoría mediata. Igualmente, también es posible que se produzca una coautoría si el tipo viene realizado por varias personas, siempre y

cuando las mismas presenten las características de parentesco con el menor sustraído que exige el tipo. Cabe también el supuesto, y existen casos jurisprudenciales en ese sentido, de que sean ambos padres los que realicen conjuntamente la conducta cuando el menor está designado a una tercera persona o a un organismo público.

La participación, a modo de inducción o cooperación (necesaria o no necesaria) presenta en este delito dos cuestiones muy relevantes: la primera es que, debido a la naturaleza especial del tipo, sería posible aplicar a los eventuales partícipes la rebaja facultativa prevista en el artículo 65.3 CP, una atenuante creada para los casos en que en el partícipe no concurren las especiales cualidades que fundamentan la culpabilidad del autor, en tanto, verdaderamente, la especial situación de deber de cuidado del padre con respecto al hijo no se produce en terceros que pudieran intervenir en la realización de la conducta típica.

La segunda cuestión importante proviene de la calificación del delito de sustracción de menores como delito permanente, que determinará que la situación antijurídica se mantenga en el tiempo hasta que el menor sea entregado a quien corresponde, lo cual permite actuaciones de participación durante todo ese tiempo, mientras se mantenga el estado consumativo.

19. Por cuanto respecta a la pena con la que se castiga el delito, este incluye tanto pena de prisión como de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, si bien esta última desaparece en el tipo privilegiado. Pues bien, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad debería ser potestativa y no imperativa, por cuanto esto no siempre redunda en el beneficio de los menores, además de adolecer de una absoluta desproporción. Recuérdese que es una pena que debe asimismo imponerse a los cooperadores, por lo que sería mucho más apropiado que el juzgador pudiese elegir, atendiendo al caso concreto y especialmente al interés superior del menor, si impone o no dicha pena, sobre todo teniendo en cuenta que la horquilla plasmada en el tipo va desde los cuatro hasta los diez años, penas graves que solo se justifican atendiendo a una especial gravedad de la conducta. De esta manera, se propone una modificación del tipo en este sentido.

20. El legislador ha previsto una causa de exclusión de la pena, más conocida como excusa absolutoria, por lo que el autor del delito (y sus respectivos partícipes) podrán quedar exentos de pena en dos situaciones. La primera de ellas es que la sustracción presente una duración inferior a veinticuatro horas. Esta condición es de naturaleza puramente objetiva, no requiere de una actividad específica del autor, razón por la cual se puede aplicar incluso aunque el motivo de la escasa duración sea la localización policial del menor sustraído. La segunda de ellas es que el sustractor comunique a la persona encargada del cuidado del menor (el otro progenitor o la eventual institución) en el plazo de veinticuatro horas el lugar en el que aquel se encuentra, comprometiéndose a entregarlo y cumpliendo dicho compromiso. A diferencia de la anterior, esta cláusula sí implica una actividad por parte del sujeto, un comportamiento postdelictivo positivo, como suele ocurrir en todas las causas de levantamiento de la pena, algo que no es necesario en las excusas absolutorias consistentes en causas de anulación de la pena.

21. En lo relativo a las cuestiones concursales, cabe la posibilidad de aparición de un concurso aparente de normas entre el delito de sustracción de menores y el delito de detención ilegal o secuestro, con la aplicación preferente del primero en tanto los bienes jurídicos protegidos por uno y otro son distintos. Se aplicará un concurso con el delito de detención ilegal o secuestro cuando, además, se haya lesionado la libertad del menor, encerrándolo o deteniéndolo.

    No existe obstáculo para apreciar un concurso con el delito de desobediencia en la modalidad de traslado, opción vetada para la modalidad de retención, que ya incluye, entre sus elementos típicos, el incumplimiento grave de una resolución.

    Cualquier otra conducta producida sobre el sujeto sustraído, tales como abusos sexuales, lesiones, vejaciones, etc., serán penadas en concurso real con el delito de sustracción de menores.

    Ha de insistirse nuevamente en la importante apreciación conducente a la observancia de un concurso ideal, y no real, para el supuesto de que sean dos o más menores los sustraídos en una misma línea espacio-temporal, debiendo rechazarse la tendencia jurisprudencial de apreciar un concurso real, imputando tantos delitos como niños haya, conduciendo a una excesiva punición de la conducta, si bien es posible esperar un cambio jurisprudencial en esta tendencia a raíz de la STS 339/2021, de 23 de abril, resolución en la que el Alto Tribunal se decanta por el rechazo al concurso y la estimación de la existencia de un único delito.

    Finalmente, ha de recordarse esa conexión tan íntima entre el delito de sustracción de menores y el delito de inducción al abandono del domicilio familiar del artículo 224 CP, en tanto, en niños de corta edad se producirá la sustracción, mientras que en niños adolescentes, ante la mayor dificultad de trasladarlos o retenerlos contra su voluntad, al poseer ya una cierta capacidad de resistencia, será más sencillo inducirles a que abandonen su hogar familiar para trasladarse con el otro progenitor.

22. El delito de sustracción de menores es un delito perseguible a instancia de parte, como lo demuestra el hecho de que el cuarto apartado establezca la medición de los plazos temporales de la excusa absolutoria y del tipo privilegiado con referencia a la interposición de la denuncia. Por tanto, no es un delito perseguible de oficio, sino que el mecanismo penal se pondrá en marcha solo y exclusivamente si la persona cuyos derechos se ven lesionados por la conducta delictiva así lo desea, y ello porque dicha persona será quien, con mayor frecuencia, interponga la denuncia.

23. En el apartado final del delito de sustracción de menores, se recoge una cláusula extensiva de sujetos que pueden perpetrar la conducta, haciéndose referencia a que se castiga con las mismas penas a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad que llevasen a cabo la sustracción. Si ya el tipo presentaba grandes inconvenientes, el último apartado del tipo, aumenta aún más la dosis de confusión. El quinto apartado del artículo 225 bis resulta problemático en tanto no queda claro si el legislador, al referirse a los parientes del progenitor que incurran en la conducta (para imponerles las mismas penas) son los parientes del progenitor sustractor o si también cabe entender que el precepto se extiende a los parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de ambos progenitores, con independencia de cuál de

ellos verifique la sustracción o incluso aunque ninguno de los dos intervenga en la misma.

Como se analizó en el apartado correspondiente, esta laguna interpretativa podría solventarse con una redacción más clara en la que el legislador se muestre abiertamente a favor de una u otra teoría, por lo que se propone una redacción que aluda a "los parientes del progenitor sustractor" o a "los parientes de cualquiera de los progenitores", si bien es preferible esta última opción. De acuerdo con las razones expuestas *supra,* no se encuentra motivo alguno que permita excluir a los parientes del progenitor sustractor, toda vez que se defiende que ese quinto apartado del precepto permite supuestos de coautoría o de auténtica autoría al convertir en *intraneus* a ciertas personas que, en principio, eran *extraneus*, por lo que sería posible que no existiese progenitor sustractor; y tampoco tendría sentido, aun sosteniendo que este último apartado del artículo 225 bis solo refleja supuestos de participación en los que no puede aplicarse la rebaja facultativa penológica del artículo 65.3, asumir la idea de que solo se refiere a los parientes del progenitor sustractor, dado que el legislador previamente no ha realizado distinciones entre ascendientes, aludiendo genéricamente a los ascendientes del menor (con independencia de si proceden de la rama del progenitor sustractor o del otro progenitor), por lo que carecería de sentido exigir que el resto de parientes que el precepto menciona (los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) sean única y exclusivamente del progenitor sustractor, antes al contrario, debe englobar a cualquier persona que guarde una relación de parentesco de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con alguno de los progenitores del menor sustraído.

24. Si se compara el delito de sustracción de menores con otros países del entorno, pueden encontrar diversos sistemas. Por ejemplo, en el caso de Italia, se configura como un delito común, y, por tanto, puede ser cometido por cualquier persona, incluidos los padres. Esto soluciona varios de los distintos problemas que se han ido apreciando a lo largo de este trabajo con el tipo español. Sin embargo, cuestiones importantes para cualquier delito, verbigracia el bien jurídico protegido, siguen siendo objeto de discusión entre la doctrina italiana, que aboga mayoritariamente por incluir los derechos del menor como objeto de tutela, si bien parece que la descripción típica, al reservar el derecho de querella solo a los padres y tutores y considerar el consentimiento de aquellos como causa de atipicidad, junto con el hecho de que el consentimiento del menor que cuente con más de catorce años solo sirve para atenuar la pena, sugiere más bien que se protege exclusivamente el derecho de responsabilidad parental o, en su caso, del tutor o curador.

25. En el mundo anglosajón, alejado del sistema penal continental de otros países de alrededor, como el español, cuenta con un delito específico de sustracción de menores en lo que respecta a Reino Unido, habiéndose creado una ley solo para la regulación del mismo. Es un delito pensado para que pueda ser cometido por cualquier persona, incluidos los padres, asimilándose en este sentido al delito italiano. En otros países como Estados Unidos o Australia, la conducta también aparece recogida como delito en el Código Penal, siendo que en el primero de los dos países mencionados el problema de sustracción parental de menores es acuciante, dada la facilidad de movilidad entre un Estado y otro.

# CONCLUSIONI E PROPOSTE DE LEGE FERENDA

Nel corso di questo studio, è stato possibile apprezzare delle vere e proprie lacune che incitano alla confusione e portano a interpretazioni ambigue. Per questo motivo esprimiamo ora una serie di idee volte a richiamare l'attenzione del legislatore sugli elementi più conflittuali o poco chiari affinché possano essere adeguatamente riformati, intervallati dalle principali conclusioni raggiunte dopo aver realizzato lo studio:

1. Il reato di sottrazione di minori è sempre esistito nel codice penale spagnolo, anche in normative più antiche, come il Fuero Juzgo o le Partidas, si parlava già di sottrazione di minori. Scomparve con il Codice Penale del 1995 e fu ripristinato dalla Legge Organica 9/2002, del 10 dicembre, anche se con una struttura diversa da quella tradizionale, struttura parzialmente modificata di recente con la Legge Organica 8/2021, del 4 giugno. Pertanto, non si può affermare che questo crimine sia nuovo, ma è una vecchia figura aggiornata, che si abbevera al substrato del precedente, anche se presenta elementi nuovi come risultato della realtà prevalente.

2. La sottrazione di minori da parte dei genitori si riferisce a quei casi in cui il padre o la madre trasferisce illegalmente il figlio minorenne o lo trattiene ingiustamente, in modo tale da bloccare l'esercizio dei diritti derivanti dalla potestà genitoriale o dalla tutela e custodia della persona a cui corrisponde la cura del minore al momento della sottrazione.

   Così, quando un bambino viene portato via senza autorizzazione a farlo o viene trattenuto e non consegnato alla persona con cui dovrebbe stare, viene impedito il legittimo esercizio dei diritti genitoriali del genitore non rapitore o, se il bambino viene affidato a un ente pubblico, viene violato il diritto di custodia di tale ente.

3. La sottrazione di minori da parte dei genitori è una condotta che colpisce un gran numero di paesi in tutto il mondo. Questo tipo di azione è proliferato come conseguenza della possibilità per le coppie di porre fine alla loro unione e, soprattutto, a causa della facilità di mobilità, che in molti casi implica un'unione tra persone di origini diverse che, di fronte a una crisi sentimentale, decidono di tornare nel luogo da cui sono venuti, portando con sé i figli minori. Quando questo accade, il rapimento viene definito "rapimento internazionale".

   Questi casi preoccupavano la geografia in generale, da cui la creazione di meccanismi di cooperazione internazionale volti a ottenere, principalmente, il ritorno del bambino nel luogo di residenza abituale. Tra questi, la Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione di minori si distingue come lo strumento più utilizzato a causa del gran numero di Stati che hanno aderito alla Convenzione nel corso del tempo, poiché sarà sempre necessario che il bambino si sia trasferito da uno Stato parte e si trovi in un altro Stato parte.

   A livello europeo, sono stati creati anche alcuni meccanismi, come la Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di custodia o il regolamento Bruxelles II bis. L'inconveniente principale è il loro campo di applicazione ristretto, che rende la Convenzione dell'Aja più utile, tenendo anche conto che la Convenzione di Lussemburgo si

concentra sul riconoscimento delle decisioni e, in un gran numero di casi, il trasferimento avviene prima che ci sia una decisione sulla custodia del bambino, il che rende inoperante il suddetto meccanismo.

È anche possibile concludere accordi bilaterali tra diversi Stati. Per esempio, la Spagna ha un accordo in questo senso con il Marocco, in modo che entrambi i paesi cooperino tra loro nei casi di sottrazione di minori in cui un bambino spagnolo viene trasferito in territorio marocchino e viceversa.

4. L'alta incidenza della sottrazione di un minore da parte del padre o della madre ha portato, quindi, al recupero del vecchio reato di sottrazione di minori, anche se con rinnovati elementi tipici, le principali differenze tra le due figure essendo, in primo luogo, che il soggetto attivo è il padre, la madre o i parenti più prossimi, La tradizione spagnola lo aveva mantenuto come reato comune ed era piuttosto pensato per quei casi in cui proprio i genitori erano i soggetti passivi, anche se nulla impediva di considerare la possibilità che uno dei due realizzasse la condotta contro l'altro, anche se è già stato analizzato che non tutta la dottrina era d'accordo con questa idea, vista la collocazione della figura tra i delitti contro la libertà e la sicurezza; In secondo luogo, il minore può ora essere rapito fino a quando ha meno di diciotto anni, mentre la figura precedente poneva il limite di età a sette anni.

   Una volta scomparsa la figura con il codice penale del 1995, questo tipo di casi è stato reindirizzato ai reati di detenzione illegale e sequestro o disobbedienza, il che era estremamente problematico per due ragioni principali: il diritto legale protetto da queste figure non si adattava bene alle condotte di sequestro parentale; e non sempre c'era una decisione giudiziaria prima del sequestro, il che rendeva impraticabile la valutazione del reato di disobbedienza.

   Così, l'ingresso di questo specifico reato di sottrazione di minori è molto positivo e, giustamente, tra i reati contro le relazioni familiari, anche se la formulazione scelta non è stata la più appropriata, dando luogo a un gran numero di lacune che sono state specificate durante questa ricerca.

   Per cominciare, la denominazione del reato stesso dovrebbe essere modificata. L'espressione "rapimento di bambini" allude a una realtà molto diversa da quella percepita dalle persone al di fuori del mondo legale. Il crimine di rapimento di bambini può essere confuso con i casi di bambini rubati nei conventi, casi che si sono verificati in Spagna diversi decenni fa. Per questo motivo, si propone l'aggiunta del termine "parentale" nella denominazione del delitto, per renderlo più intuitivo, diventando noto come "rapimento parentale di minori".

   La parola "sequestro" nel diritto spagnolo esprime sempre l'esigenza di una condizione, il che significa che non è la migliore opzione. I paesi vicini, per esempio l'Italia, hanno anche optato per il verbo sustraer, mentre il Regno Unito ha optato per altri termini, come abduction. Tutti regolano la stessa realtà, ma usano parole diverse.

5. Il memorandum esplicativo della Legge Organica 9/2002, del 10 dicembre, sembra implicare che il reato penale che crea è stato progettato per proteggere i diritti dei minori, in linea con la legislazione nazionale e internazionale, che tende

verso un sempre maggiore riconoscimento dei diritti dei bambini. Così, a prima vista, sembra che il diritto giuridico protetto sia l'interesse superiore del minore, concretizzato nel diritto di relazionarsi con i suoi parenti.

Tuttavia, uno studio più approfondito della questione metterà in discussione l'ipotesi di cui sopra e porterà al risultato che la sottrazione di minori si limita a proteggere i diritti derivati dall'autorità parentale dei genitori, che sono significativamente violati in seguito alla sottrazione. Questi diritti possono essere sia il diritto di custodia che il diritto di visita, poiché entrambi sono forme di esercizio dell'autorità parentale ed entrambi i diritti meritano di essere ugualmente protetti. In alternativa, se i genitori non hanno l'autorità parentale o, per qualsiasi motivo, il bambino è affidato a un ente pubblico o a un terzo, sono i diritti di custodia di quell'ente o del tutore ad essere protetti. In breve, il reato di sottrazione di minori protegge i diritti delle persone o delle istituzioni responsabili della cura del minore, principalmente i genitori, sebbene sia anche possibile, come si è detto, che il minore sia sotto la protezione di un ente pubblico o di un terzo.

C'è quindi un conflitto tra ciò che dovrebbe essere e ciò che è. Il reato dovrebbe proteggere gli interessi del bambino, ma la realtà è che protegge i genitori e i tutori, come dimostra il fatto che il consenso del tutore non è stato preso in considerazione in nessun caso e che la condotta è atipica quando c'è accordo tra i genitori, indipendentemente da come il bambino possa essere colpito dalla sottrazione, soprattutto nella forma di un trasferimento.

Se un trasferimento colpisce il bambino perché implica un nuovo luogo, un nuovo ambiente, un nuovo circondario, ecc., le conseguenze si verificheranno anche, che ci sia o meno l'accordo dei genitori, ma il fatto è che la formulazione tipica permette l'atipicità solo a titolo di accordo tra i genitori o i tutori, in modo che gli interessi del bambino siano stati trascurati, per perseguire gli interessi dei tutori primari.

6. Un ulteriore diritto legale può essere trovato sotto forma di ritenzione. Configurata come una forma specifica di disobbedienza, la condotta di ritenzione richiede una grave inosservanza di una decisione giudiziaria o amministrativa. Ciò significa che la commissione di un tale atto finisce per danneggiare anche il buon funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, come incarnato dal principio di autorità, parallelamente a quanto accade nel reato di disobbedienza.

7. Il reato di sottrazione di minori si caratterizza come un reato speciale perché solo i genitori o alcuni parenti possono commetterlo, rendendolo un reato speciale a sé stante. Tuttavia, il legislatore non ha usato il termine più corretto per riferirsi a questi soggetti. Così, il termine "genitore" ha causato una fonte di problemi, in quanto trasmette una realtà puramente biologica, per cui si propone di cambiare l'espressione in "colui che...", dato che il resto della formulazione della fattispecie indicherà che i genitori (o altri parenti) sono i soggetti attivi del reato, configurandolo come un reato speciale a sé.

8. D'altra parte, solo i minori possono essere l'oggetto materiale del reato e questo implica che ci sono alcuni casi in cui l'interesse protetto sarà danneggiato, non includendo altre persone che, per le loro caratteristiche speciali, dovrebbero essere

coperte dalla condotta tipica, come i bambini in una situazione di estesa potestà genitoriale.

Per finire di fornire una protezione adeguata al diritto legale, si intende alleviare un'altra delle lacune del reato, per cui si propone di includere tra i soggetti oggetto del reato quegli adulti che sono sotto un'estesa potestà genitoriale, cosa che spesso accade perché queste persone hanno qualche tipo di deficienza o disabilità che impedisce loro di essere totalmente indipendenti e li costringe a continuare a dipendere dai loro genitori. Gli adulti che rimangono sotto l'autorità dei loro genitori sono vulnerabili e hanno bisogno della stessa protezione dei minori secondo il diritto penale. Il fatto che il legislatore abbia ignorato questi casi è incompatibile con la piena protezione del diritto legale. Questo porta alla necessità di un paragrafo come il seguente: chiunque, senza giusta causa, rapisca il proprio figlio minorenne o con potestà genitoriale estesa... Così, queste persone vulnerabili che meritano lo stesso grado di protezione sarebbero espressamente incluse come soggetti passivi.

9. Inoltre, la condotta deve coinvolgere un minore di 18 anni. Per quanto riguarda l'età, il fatto che il rapimento si estenda fino ai diciotto anni sembra un campo di applicazione troppo ampio, che inoltre non si adatta ai parametri stabiliti dagli strumenti internazionali. Così, un'altra proposta è quella di limitare l'età del bambino. Bisogna tener presente che la legislazione internazionale in materia di sottrazione di minori, sia quella regionale a livello dell'Unione Europea che quella al di fuori dei confini dell'Unione, segna la fine della condotta di sottrazione quando il minore ha raggiunto i sedici anni, molto probabilmente sulla base del fatto che a questa età è molto difficile commettere un reato di sottrazione di minori contro la volontà dell'adolescente e, quando ciò accade, la condotta costituirà piuttosto un caso di detenzione illegale in cui il diritto legale violato è la libertà di movimento.

   L'età di sedici anni è la più appropriata, per unificare le linee guida con la legislazione sovranazionale, in modo che non ci sia disparità di criteri tra i sistemi giuridici interni ed esterni, soprattutto perché la sottrazione di minori è un problema che trascende le frontiere del paese e che, proprio per questo, è il motivo per cui sono stati creati così tanti strumenti internazionali che cercano di restituire il bambino quando è stato sottratto, è precisamente il motivo per cui sono stati creati tanti strumenti internazionali che cercano il ritorno del bambino quando è stato rapito, stabilendo meccanismi che cercano di trovare un equilibrio tra ciò che decide il bambino se ha una certa capacità e ciò che indicano l'interesse superiore del bambino e le decisioni giudiziarie in tal senso, se esistono. Se la legislazione sovranazionale più pertinente è d'accordo sul fatto che a partire dai sedici anni il bambino non può più essere rapito, se il legislatore spagnolo decide di limitare l'età in cui si può effettuare la sottrazione, dovrebbe essere regolato dalle disposizioni dei meccanismi internazionali, limitando la fattispecie ai casi in cui il bambino ha meno di sedici anni.

10. Il reato di cui all'articolo 225 bis del codice penale esprime un reato misto alternativo in cui il rapimento può essere realizzato con un allontanamento o con un trattenimento. Nel primo caso, si esige che il bambino sia allontanato dal luogo di residenza, senza nessun altro indizio sul significato di quest'ultimo.

Per questo motivo, il legislatore dovrebbe specificare il concetto di "luogo di residenza" per definire meglio la portata del reato, in modo che sia chiaro quale tipo di allontanamento è richiesto per rispettare il precetto e tenendo presente che più è severo in questo senso, minore è l'incidenza del reato, il che può essere positivo in vista di stabilire una relazione di proporzione adeguata tra la gravità del comportamento e le sanzioni stabilite.

11. Per quanto riguarda la condotta, si è già detto che la sottrazione può essere realizzata in due modi: con l'allontanamento o il mantenimento del bambino. Prima della riforma, l'allontanamento doveva avvenire senza il consenso della persona che vive abitualmente con il bambino o della persona o dell'istituzione con custodia. La conservazione richiede la grave violazione di una decisione giudiziaria o amministrativa.

    In questo modo, il tipo è stato redatto in modo tale da concedere più diritti alla persona che ha assunto la custodia e la tutela, a scapito della persona che aveva solo un regime di comunicazione, contraddicendo tutte le norme internazionali e anche la legislazione civile interna. Con la vecchia formulazione del reato di sottrazione di minori, potevano essere considerati sottrazione i trasferimenti effettuati da uno dei due membri della coppia se entrambi vivevano abitualmente con il bambino al momento della sottrazione e quelli perpetrati da quello che non aveva la custodia, il che dava carta bianca al tutore per trasferire il bambino senza alcuna conseguenza penale, fermo restando che l'altro genitore poteva benissimo arbitrare meccanismi civili e internazionali (questi ultimi se il bambino veniva trasferito fuori dai confini spagnoli). Ciò ha significato una mancanza assoluta di protezione del diritto legale, in considerazione del fatto che i diritti dell'altro genitore o della persona a cui corrisponde la custodia del bambino al momento della sottrazione sono ugualmente lesi da chi esegue l'allontanamento, senza tener conto che la condotta colpisce il bambino sia in un caso che nell'altro, soprattutto quando la giurisprudenza ha sempre interpretato, con poche eccezioni, che quando il bambino è sottratto all'altro genitore o alla persona a cui corrisponde la custodia del bambino al momento della sottrazione, i diritti dell'altro genitore sono ugualmente lesi, senza tener conto che la condotta colpisce il bambino in entrambi i casi, soprattutto quando la giurisprudenza ha sempre interpretato, con poche eccezioni, che quando la persona che trasferisce il bambino viveva anche abitualmente con il bambino (il caso ricorrente di una coppia in una brutta situazione e uno dei due si trasferisce con il bambino in un'altra città o addirittura in un altro paese), la condotta è atipica e questo perché si è capito che il genitore aveva il diritto di trasferirsi in compagnia del bambino. Anche se l'Audiencia Nacional ha indicato nella sentenza 10/2016, del 15 marzo, l'inadeguatezza di questo criterio, la verità è che ci sono settori giurisprudenziali che rimangono ostinati nel mantenere l'atipicità di questi casi. Con la ritenzione è successa praticamente la stessa cosa, visto che il criterio dottrinale e giurisprudenziale dominante consisteva nel bloccare l'entrata del tipo nei casi in cui la ritenzione è prodotta dalla persona che detiene la custodia e la tutela.

12. Il problema di negare l'ingresso al reato nei casi in cui il soggetto attivo era il genitore affidatario è radicalmente scomparso in seguito alla riforma introdotta dalla LO 8/2021, del 4 giugno, che include una nuova formulazione per cui il

trasferimento è illegale quando si realizza senza il consenso dell'altro genitore, senza nessun altro requisito.

Con questa modifica, rientrano nella tipologia tutti quei casi in cui il trasferimento è verificato da una persona che non ha tenuto conto del consenso dell'altro genitore, un estremo adeguato sia alla normativa internazionale che ai dettami della circolare 6/2015 dell'Avvocatura dello Stato.

In questo modo, entrambi i genitori avranno la stessa responsabilità e gli stessi diritti, includendo anche come possibili soggetti attivi del reato i parenti di cui al quinto comma dell'articolo 225 bis. D'altra parte, il bambino riceverà una maggiore protezione, impedendo trasferimenti o trattenimenti ingiustificati da una delle parti, poiché bisogna ricordare che l'esercizio della custodia e della tutela si riferisce solo agli aspetti quotidiani del bambino e non attribuisce diritti a un genitore sull'altro.

In questo senso, la suddetta riforma è molto positiva, anche se è vero che è un misto di luci e ombre. È così, nella misura in cui il legislatore ha ragione quando si tratta di introdurre definitivamente il genitore affidatario come soggetto attivo. Tuttavia, non fa nessun altro tipo di valutazione, che potrebbe dare luogo all'interpretazione che il consenso dell'altro genitore sia sempre e comunque necessario, cosa che non è nemmeno coerente, data la possibilità che l'altro genitore sia privato o interdetto dall'esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso il suo consenso non dovrebbe essere richiesto, e di conseguenza l'altro genitore, con esercizio esclusivo, può decidere unilateralmente il luogo di residenza del minore. Tuttavia, questo ostacolo può essere superato in conformità con il memorandum esplicativo della suddetta Legge Organica, che chiarisce che nei casi di sospensione, decadenza, privazione o attribuzione esclusiva di questo potere a uno dei genitori, non sarà necessario il consenso dell'altro genitore.

13. Uno degli elementi tipici della modalità di trasferimento è il consenso, che può venire o dal convivente del minore o dalla persona che ha la custodia del minore, ma nulla si dice sul consenso del minore, nemmeno quando il minore ha già la capacità di ragionamento e la maturità sufficiente per prendere certe decisioni.

    Per questo motivo, si propone di includere nel reato il consenso del bambino che ha sufficiente ragione e maturità, per evitare di imporre una pena così severa per un presunto rapitore che segue semplicemente le inclinazioni della persona che ha il diritto di decidere con chi vuole stare. Come è noto, il reato si riferisce sempre al consenso di persone diverse dal bambino stesso nel caso del trasferimento; la mancanza di consenso non è richiesta nel caso del mantenimento. Tuttavia, all'inizio della descrizione tipica, la mancanza di giusta causa è menzionata come elemento tipico. Si è argomentato, per le ragioni date sopra, che il consenso del minore con la capacità di decidere sarebbe una delle cause giustificate. Tuttavia, se questo consenso fosse espressamente incluso, gli si darebbe il rilievo che merita, pur stabilendo un criterio giurisprudenziale fisso, poiché i giudici dovrebbero includere questo evento come causa di atipicità.

    Questo potrebbe essere realizzato in vari modi, sempre tenendo conto che tale consenso deve riflettersi al di fuori della modalità di rimozione, in modo che possa

riguardare qualsiasi tipo di rimozione, compresa la ritenzione. Sono offerte diverse possibilità:

- Aggiungere una clausola finale nel primo paragrafo, in modo che sia stabilito: il genitore che, senza giustificato motivo, rapisce il proprio figlio minorenne è punito con una pena detentiva da due a quattro anni e l'interdizione speciale dall'esercizio della potestà genitoriale per un periodo da quattro a dieci anni, a meno che il minore rapito dia il suo consenso, avendo sufficiente capacità di ragionamento per prendere tale decisione.
- Aggiungere un riferimento al consenso del bambino nel secondo paragrafo quando si esprime il concetto di rapimento, in modo che la descrizione sia la seguente: ai fini del presente articolo, si considera il rapimento, a meno che il bambino oggetto del rapimento vi acconsenta nei casi in cui abbia sufficiente capacità di ragionamento.
- Includere una clausola esplicita alla fine della norma, come sesto paragrafo, che dichiari quanto segue: ai fini del presente articolo, il trasferimento o il mantenimento con il consenso del bambino non è considerato rapimento se il bambino ha la capacità di ragionamento per dare un consenso legalmente valido.
- Optare per stabilire un criterio oggettivo, come ha fatto l'Italia, stabilendo un'età a partire dalla quale il consenso sarà preso in considerazione, sia ai fini della riduzione che dell'esenzione dalla pena.

14. Il reato di sottrazione di minori ha, oltre a un reato base, un reato aggravato e un reato privilegiato. La prima è caratterizzata da un aumento della pena quando l'allontanamento comporta l'uscita del bambino dal territorio spagnolo e se la consegna del bambino è soggetta a una condizione. In altre parole, la fattispecie aggravata solleva due possibili scenari: o l'allontanamento avviene fuori dal territorio spagnolo, o il rapitore ha preteso qualche tipo di condizione per la consegna del bambino. In entrambi i casi, la pena dovrà essere imposta nella metà superiore.

    Il problema si riflette nel fatto che, nel primo di questi casi, cioè quando il bambino riesce a lasciare la Spagna, l'aggravante si riferisce solo alla modalità di trasferimento, essendo che dovrebbe permettere l'applicazione della stessa anche ai casi in cui il trattenimento avviene all'estero, ponendo così fine al problema di applicare o meno l'aggravante quando il trasferimento è inizialmente legittimo, ma successivamente il bambino non viene restituito quando avrebbe dovuto esserlo. Per questo motivo, si propone una modifica della fattispecie in modo che questo elemento di internazionalità serva ad aggravare entrambi i tipi di reato.

    Allo stesso modo, la seconda delle circostanze aggravanti richiede una valutazione. L'aggravante consiste, come già detto, nel richiedere una condizione in cambio della consegna del minore a chi può riguardare. La pena maggiore è dovuta alla lesione di un ulteriore interesse giuridico protetto, che non è altro che la libertà di decisione del soggetto passivo. Quando una decisione viene presa sotto pressione, non è stata presa liberamente. Tuttavia, la definizione non menziona che tipo di condizione deve essere, quindi si deve intendere che qualsiasi condizione sarebbe adatta per essere inclusa nella fattispecie aggravata.

Si tratta di una grave violazione del principio di proporzionalità, dato che la stessa pena aggravata sarà applicabile indipendentemente dalla natura della condizione, che può essere legittima o illegittima. Per questo motivo, si propone una modifica della figura, in modo tale che la sanzione sia in linea con il tipo di condizione richiesta.

15. Così come si possono trovare casi aggravati, il legislatore ha anche previsto una situazione specifica che determina una riduzione della pena, cioè ha incluso la presenza di una fattispecie privilegiata. Questo avverrà se il rapimento non dura più di quindici giorni, anche se la persona responsabile della cura del bambino non è stata informata del luogo in cui si trova il bambino. Tuttavia, il reato dovrebbe contemplare il caso in cui la persona responsabile del luogo in cui si trova il bambino sia stata avvisata e l'assenza sia inferiore a quindici giorni, un caso più grave di quello della causa di esclusione della pena, ma meno grave di quello previsto dal reato privilegiato, poiché non si richiede che la persona responsabile del luogo in cui si trova il bambino sia stata avvisata. Si è visto sopra che questo ha causato alcuni problemi, soprattutto per quanto riguarda l'inclusione nella fattispecie privilegiata o se, al contrario, debba essere considerato un comportamento atipico, che è chiaramente scorretto.

    Si propone di includere questo caso con una pena inferiore, dato che la comunicazione e l'impegno a restituire il bambino sono elementi importanti che andranno a beneficio del colpevole. Si tratta quindi di un caso che deve essere considerato come una fattispecie ancora più privilegiata della fattispecie attenuata che già appare nel precetto.

16. Il reato si consuma, nel caso del trasferimento, una volta che il trasferimento è realizzato, cioè una volta che il minore è sottratto alla sfera di controllo della persona abilitata ad esercitare la potestà genitoriale senza l'ostacolo generato dalla sottrazione o, eventualmente, della persona titolare del diritto di affidamento (il genitore con affidamento giudiziario o il centro responsabile del minore); nel caso del mantenimento, il reato si consuma una volta che il mantenimento ha luogo e comporta una grave violazione di una decisione giudiziaria o amministrativa.

17. Il reato di sottrazione di minori non prevede la punizione degli atti preparatori, ma consente forme imperfette di esecuzione, in modo che il reato rimanga un tentativo se non si ottiene l'allontanamento o il mantenimento. La diversa natura delle modalità rende necessaria una precisazione: nel caso del trasferimento, essendo un reato di risultato, può essere un tentativo compiuto o incompiuto, a seconda che si compiano tutti gli atti che oggettivamente dovrebbero portare al risultato, il trasferimento; invece, la modalità della ritenzione, come reato di mera attività, potrebbe essere solo un tentativo incompiuto, dato che il completamento di tutti gli atti porterà alla consumazione. Inoltre, bisogna tener presente che i casi tentati devono essere ricondotti alla causa di esclusione della pena nella misura in cui gli atti già compiuti non superano la durata di 24 ore, poiché il contrario implicherebbe la possibilità di punire più severamente un crimine tentato che uno compiuto.

18. Per quanto riguarda la perpetrazione e la partecipazione, il rapimento può essere effettuato da un solo individuo, per lo più in perpetrazione immediata, senza

respingere completamente i casi di perpetrazione con mezzi. Allo stesso modo, è anche possibile la co-perpetrazione se il crimine è commesso da più persone, purché presentino le caratteristiche di parentela con il minore rapito che il crimine richiede. È anche possibile, ed esiste una giurisprudenza in questo senso, che entrambi i genitori siano quelli che realizzano congiuntamente la condotta quando il bambino è designato a una terza persona o a un ente pubblico.

La partecipazione, a titolo di induzione o di cooperazione (necessaria o non necessaria) presenta due questioni molto rilevanti in questo reato: la prima è che, a causa della natura speciale del delitto, sarebbe possibile applicare ai possibili partecipanti la riduzione facoltativa prevista dall'articolo 65. 3 del codice penale, una circostanza attenuante creata per i casi in cui le qualità speciali che sono alla base della colpevolezza dell'autore non esistono nel partecipante, in quanto, veramente, la situazione speciale di dovere di cura del padre nei confronti del bambino non si verifica nei terzi che potrebbero intervenire nella realizzazione della condotta tipica.

La seconda questione importante deriva dalla classificazione del reato di sottrazione di minori come reato permanente, che determinerà che la situazione antigiuridica si mantenga nel tempo fino alla consegna del bambino alla persona a cui appartiene, il che permette la partecipazione durante tutto questo tempo, finché si mantiene lo stato consumativo.

19. Per quanto riguarda la pena prevista per il reato, essa comprende sia la reclusione che l'interdizione dall'esercizio della patria potestà, anche se quest'ultima scompare nella fattispecie privilegiata. Ebbene, la pena dell'interdizione speciale per l'esercizio della patria potestà dovrebbe essere facoltativa e non obbligatoria, dato che non sempre i minori ne traggono beneficio, oltre ad essere totalmente sproporzionata. Ricordiamo che si tratta di una pena che deve essere inflitta anche a chi collabora, quindi sarebbe molto più opportuno che il giudice potesse scegliere, in base al caso specifico e soprattutto all'interesse del minore, se comminare o meno tale pena, soprattutto considerando che il tempo previsto dalla fattispecie va da quattro a dieci anni, pene gravi che si giustificano solo in considerazione della particolare gravità della condotta. Si propone quindi di modificare il reato di conseguenza.

20. Il legislatore ha previsto una causa di esclusione della pena, meglio conosciuta come eccezione di assoluzione, per cui l'autore del reato (e i rispettivi partecipanti) può essere esentato dalla pena in due situazioni. Il primo è che il rapimento dura meno di 24 ore. Questa condizione è di natura puramente oggettiva, non richiede un'attività specifica da parte dell'autore, per cui può essere applicata anche se la ragione della breve durata è la localizzazione da parte della polizia del bambino rapito. La seconda clausola è che il rapitore informi la persona incaricata della custodia del bambino (l'altro genitore o l'eventuale istituzione) entro ventiquattro ore del luogo in cui si trova il bambino, impegnandosi a consegnarlo e rispettando tale impegno. A differenza della precedente, questa clausola implica un'attività da parte del soggetto, un comportamento positivo post-criminale, come accade di solito in tutte le cause di revoca della pena, cosa che non è necessaria nelle scuse assolutorie costituite da cause di annullamento della pena.

21. Per quanto riguarda le questioni di concorso, si può verificare un concorso apparente di norme tra il reato di sottrazione di minori e il reato di detenzione o sequestro illegale, con l'applicazione del primo a preferenza del secondo, poiché gli interessi giuridici protetti dai due reati sono diversi. Il concorso con il reato di detenzione o sottrazione illegale si applica quando, inoltre, la libertà del minore è stata lesa rinchiudendolo o trattenendolo.

    Non c'è nessun ostacolo a valutare un concorso con il delitto di disobbedienza nella modalità di trasferimento, un'opzione vagliata per la modalità di mantenimento, che già include, tra i suoi elementi tipici, la grave inosservanza di una risoluzione.

    Qualsiasi altra condotta prodotta sul soggetto rapito, come abusi sessuali, lesioni, umiliazioni, ecc. sarà punita in concorso reale con il reato di sottrazione di minori.

    È importante insistere ancora una volta sull'importante valutazione che porta all'osservanza di un concorso formale e non materiale, nel caso in cui due o più bambini siano rapiti nella stessa linea spazio-temporale, respingendo la tendenza della giurisprudenza a valutare un concorso materiale, imputando tanti reati quanti sono i bambini, portando a una punizione eccessiva della condotta.

    Infine, bisogna ricordare l'intima connessione tra il reato di sottrazione di minori e il reato di induzione all'abbandono della casa familiare dell'articolo 224 del codice penale, nella misura in cui, nei bambini piccoli si verificherà la sottrazione, mentre nei bambini adolescenti, data la maggiore difficoltà di trasferirli o trattenerli contro la loro volontà, poiché possiedono già una certa capacità di resistenza, sarà più facile indurli a lasciare la casa familiare per trasferirsi con l'altro genitore.

22. Il reato di sottrazione di minori è un reato perseguibile a richiesta di parte, come dimostra il fatto che il quarto comma prevede la misurazione dei termini per l'escussione e la fattispecie privilegiata con riferimento alla presentazione della denuncia. Pertanto, non si tratta di un reato perseguibile d'ufficio, ma il meccanismo penale scatterà solo ed esclusivamente se la persona i cui diritti sono lesi dalla condotta criminale lo desidera, e questo perché sarà quella persona che, il più delle volte, presenterà la denuncia.

23. Nella parte finale del reato di sottrazione di minori, si inserisce un'ampia clausola di soggetti che possono perpetrare la condotta, facendo riferimento al fatto che le stesse pene si applicano agli ascendenti del minore e ai parenti del genitore fino al secondo grado di consanguineità o affinità che ha effettuato la sottrazione. Se il reato presentava già grandi inconvenienti, l'ultima sezione della fattispecie, aumenta ancora di più la dose di confusione. La quinta sezione dell'articolo 225 bis è problematica in quanto non è chiaro se il legislatore, quando si riferisce ai parenti del genitore che commettono la condotta (per imporre le stesse pene) si riferisca ai parenti del genitore sequestrante o se si possa anche intendere che il precetto si estende ai parenti fino al secondo grado di consanguineità o affinità di entrambi i genitori, indipendentemente da chi di loro verifica la sottrazione o anche se nessuno dei due è coinvolto nella sottrazione.

Come discusso nella sezione corrispondente, questa lacuna interpretativa potrebbe essere colmata da una formulazione più chiara in cui il legislatore sia apertamente a favore dell'una o dell'altra teoria, per cui si propone una formulazione che si riferisca ai "parenti del genitore sequestrante" o ai "parenti di uno dei due genitori", sebbene sia preferibile la seconda opzione.

Secondo le ragioni esposte sopra, non c'è motivo di escludere i parenti del genitore sequestrante, poiché si sostiene che questa quinta sezione del precetto permette casi di co-perpetrazione o di vera e propria paternità convertendo in intraneus certe persone che, in principio, erano extraneus, per cui sarebbe possibile che non ci sia un genitore sequestrante; né avrebbe senso, anche se si sostiene che quest'ultima sezione dell'articolo 225 bis riflette solo casi di partecipazione in cui non si può applicare la riduzione penale opzionale dell'articolo 65. 3, assumere l'idea che si riferisce solo ai parenti del genitore sequestrante, dato che il legislatore non ha fatto in precedenza distinzioni tra ascendenti, riferendosi genericamente agli ascendenti del bambino (indipendentemente dal fatto che provengano dal ramo del genitore sequestrante o dell'altro genitore), Pertanto, non avrebbe senso richiedere che il resto dei parenti menzionati nel precetto (parenti fino al secondo grado di consanguineità o affinità) siano solo ed esclusivamente del genitore rapitore, al contrario, dovrebbe includere qualsiasi persona che sia imparentata fino al secondo grado di consanguineità o affinità con uno dei genitori del bambino rapito.

24. Se confrontiamo il reato di sottrazione di minori con altri paesi vicini, possiamo trovare sistemi diversi. Per esempio, nel caso dell'Italia, è configurato come un reato comune, e quindi può essere commesso da qualsiasi persona, compresi i genitori. Questo risolve diversi problemi che sono stati apprezzati in tutto questo lavoro con la fattispecie spagnola. Tuttavia, questioni importanti per qualsiasi reato, come il diritto giuridico protetto, sono ancora in discussione nella dottrina italiana, che è per lo più a favore dell'inclusione dei diritti del minore come oggetto di protezione, anche se sembra che la descrizione tipica, riservando il diritto di reclamo solo ai genitori e ai tutori e considerando il loro consenso come causa di atipicità, insieme al fatto che il consenso del minore ultraquattordicenne serve solo ad attenuare la pena, suggerisce piuttosto che solo il diritto di responsabilità dei genitori o, eventualmente, del tutore o curatore è protetto.

25. Nel mondo anglosassone, lontano dal sistema penale continentale di altri paesi circostanti, come la Spagna, esiste un reato specifico di sottrazione di minori nel Regno Unito, dove è stata creata una legge unicamente per regolamentarlo. È un reato concepito in modo che possa essere commesso da chiunque, compresi i genitori, e in questo senso è simile al reato italiano. In altri paesi come gli Stati Uniti o l'Australia, la condotta è anche inclusa come reato nel codice penale, essendo che nel primo dei due paesi citati il problema della sottrazione di minori da parte dei genitori è pressante, data la facilità di mobilità tra uno Stato e l'altro.

# BIBLIOGRAFÍA


ABAD ARENAS, E. "Notas sobre la privación de la patria potestad en el Derecho Común", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. BLASCO GASCÓ, F. et al.), tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

ACALE SÁNCHEZ, Mª. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.

— "Los delitos de mera actividad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 10, 2002.

ALASTUEY DOBÓN, C. "Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 5, 2011.

ALBERDI, I. "Divorcio y sociedad en la España actual", *Sistema,* núm. 70, 1986.

ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002.

— *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.

ALCARO, F. *Diritto privato,* 4ª ed., Wolters Kluwer-CEDAM, Milán, 2019.

ALIBRANDI, L. *Codice Penale commentato con la Giurisprudenza,* La Tribuna, Piacenza, 2017.

ALONSO ÁLAMO, M. "Bien jurídico penal: más allá del Constitucionalismo de los derechos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009.

ALONSO-CARVAJAL, A. "La sustracción internacional de menores", *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo* (coord. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., ORTUÑO MUÑOZ, P. y CALVO BABÍO, F.), La Ley – Actualidad, Madrid, 2005.

— *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005.

ALONSO PÉREZ, M. "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil*, núm. 1, 1997.

ALSINA, J.M. "El valor personal y social de la familia", *Retos del siglo XXI para la familia* (coord. BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M. y LLOPIS GINER, J.M), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española", *Dereito*, vol. 14 (2), 2005.

ANCESCHI, A. *Illeciti penali nei rapporti di famiglia e responsabilità civili,* Maggioli Editore, 2012.

— *La tutela penale dei minori*, Giuffrè Editore, Milán, 2007.

ANTÓN, ONECA, J. – RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. *Derecho Penal,* vol. II, Madrid, 1949.

ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A. *Derecho Romano, sección II: Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18ª ed., Edersa, Madrid, 1986.

ARIÈS, P. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen* (trad. GARCÍA GUADILLA, N.), Taurus, Madrid, 1987.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. - MIRAT HERNÁNDEZ, P. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. 4, 1ª ed., Pamplona, 2011.

ARROYO ALFONSO, S. "Tendencias del Derecho Penal", *Derecho y conocimiento*, vol. 2, 2002.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, julio 2015.

BACCI, M. "Elusione del provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori e sottrazione di incapaci: concorso aparente di norme o concorso formale di reati?", *Casazzione Penale*, año XXVIII (I), 1988.

BACIGALUPO ZAPATER, E. "Principio de culpabilidad e individualización de la pena", *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (coord. CEREZO MIR, J., *et al*.), Comares, Granada, 1999.

— *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 1999.
— *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), 4ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2018.

BARLETTA VILLARÁN, M.C. "Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho,* núm. 55, 2002.

BARQUÍN SANZ, J. "Nuevo impulso expansionista de la pena de prisión. Así se distribuyen las penas en el Código Penal español tras las reformas de 2015. Especial atención a la prisión perpetua", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo* (dir. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016.

BARREIRO, A. J. *Comentarios al Código Penal* (dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.), Civitas, Madrid, 1997.

BARTOLI, R. "Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 44, 2001.

— "Sospensione della responsabilità genitoriale e ragionevolezza: cadono ulteriori automatismi e si affaciano nuove questioni di leggitimità", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año LXIII (4), 2020.

BELLO LANDROVE, F. "La familia en el Código Penal Español", *Revista de Derecho Penal,* núm. 17, 2006.

BELLOSO MARTÍN, N. "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, núm. 10, 2017.

BELTRANI, S. *Corso di Diritto Penale. Parte generale e parte speciale,* 4ª ed., CEDAM, Padua, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid, 1997.

— *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2020.

BERROCAL LANZAROT, A. I. "La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011.

BERTOLINO, M. "La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año LI, 2008.

BLAY GIL, E., CID MOLINÉ, J., ESCOBAR MARULANDA, G., LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA GÓMEZ, D. *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M.), La Ley, Madrid, 2012.

BOIX REIG, J. *Derecho Penal. Parte Especial* (dir. BOIX REIG, J.), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012.

BORGIANI, C. "La sottrazione consensuale di minorenni. La sottrazione d'incapaci", *Reati contro la famiglia e i minori* (dir. FORTUNA, F. S.), Giuffrè Editore, Milán, 2006.

BORRÁS, A. "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales* (dir. ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

BUENO ARÚS, F. "Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad de los menores", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 70, enero-abril 2007.

BUSTOS RAMÍREZ - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999.

CADOPPI, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S. MANNA, A. PAPA, M.), vol. VI, UTET, Milanofiori, 2009.

CADOPPI, A. – VENEZIANI, P. *Elementi di Diritto penale. Parte Especiale*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2016.

CALABUIG COSTA, Mª. L. *Comentarios al Código Penal* (coord. CRUZ DE PABLO, J. A.), 1ª ed., vol. I, Difusión, Madrid, 2008.

CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (dir. CALVO CARAVACA, A. L. – CASTELLANOS RUIZ, E.), Colex, Madrid, 2004.

— "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *Sustracción internacional de menores y adopción*

*internacional* (dir. ADAM MUÑOZ, Mª. D. y GARCÍA CANO, S.), Colex, Madrid, 2004.

CALVO CARACAVA, A.L. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. Mª., *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M), vol. VI, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. "Contribución de Derecho comparado a la interpretación del delito de sustracción parental de menores", *Revista del Poder Judicial*, núm. 83, 2006.

CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal, parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.)*,* 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia", *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, (coord. DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CARINGELLA, F., FARINI, S., DE PALMA, M. e TRINCI, A. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale.,* 2ª ed., DIKE, Roma, 2011.

CARRARA, F. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, 2ª ed., (trad. ROMERO GIRÓN, V.), Analecta Editorial, Navarra, 1926.

CARRILLO CARRILLO, B. L. "Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980", *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (dir. CALVO CARAVACA, A. L. – CASTELLANOS RUIZ, E.), Colex, Madrid, 2004.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª. *La patria potestad*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1960.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. *Instituciones de Derecho Privado* (dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.), vol. 2º, 2ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2010.

CASTIÑEIRA PALOU, Mª. T. "El error sobre los presupuestos de las causas de justificación", *Studia Iuridica*, núm. 1, 1992.

CASTIÑEIRA PALOU, Mª T - MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª), 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.

CEREZO MIR, J. "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación", *Estudios de Derecho y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa* (tomo I), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "El principio de culpabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (coord. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

— "La autoría y la participación", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 1, 1996.

CICU, A. *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914.

COBO DEL ROSAL, M. "Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores" (primera parte), *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 14, núm. 2, 1961.

— "Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores" (continuación), *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 14, nº3, 1961.

CONSO, G. "Il nuovo regime della potestà parentale nelle sue incidenze di natura penalistica", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XXVI, 1983.

COPPI, F. "Reato permanente", *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol, XI, 1996.

CORTÉS BECHIARELLI, E. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores,* Edersa, Madrid, 1996.

CRUZ BLANCA, Mª J. *Derecho Penal de Menores*, Editoriales de Derecho Reuindas. EDERSA, Madrid, 2002.

CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal conforme al nuevo Código Penal*, texto refundido de 1944, 4ª ed., Tomo II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1945.

— *Derecho penal conforme al Código penal, texto refundido de 1944,* vol. II, 9ª ed., Bosch, 1955.

CUELLO CONTRERAS, J. "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 97, 2009.

— "Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 60 (1), 2007.

CUELLO CONTRERAS, J. – MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

CUGAT MAURI, M. *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CZAPANSKIY, K. "Child Support and Visitation: Rethinking the Connections", *Rutgers Law Journal*, Vol. 20, 1989.

D'AGOSTINO, A. "Il delitto di sottrazione consensuale di minorenni nella teoría del reato plurisoggetivo", *La Giustizia Penale,* 1962.

DALIA, A. A. "Sottrazione di minori o di incapaci", *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990.

DE LAMO RUBIO, J. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código,* Bosch, Barcelona, 1997.

DE LA ROSA CORTINA, J. M. "El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia", *Repertorio Jurídico-Científico del Centro de Estudios Jurídicos*, 2017.

— "El nuevo tratamiento penal de la participación del extraneus en delitos especiales", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 2005.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. "La autoría conforme al Código Penal", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 2, 2000.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. DEMETRIO CRESPO, E.), 2ª ed., tomo II, Iustel, Madrid, 2015.

DEL ROSAL BLANCO, B. *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 3ª ed., Madrid 2020.

DELGADO, B. *Historia de la infancia*, Ariel, Barcelona, 1998.

DELOGU, T. *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia* (dir. CIAN, G. *et al.*), Vol. 7, CEDAM, 1995.

DELPINO, L. *Diritto penale. Parte speciale*, 19ª ed., Simone, Nápoles, 2012.

DEMAUSE, L. *The history of childhood,* Souvenir Press, Londres, 1976.

— *Historia de la infancia* (trad. LÓPEZ MARTÍNEZ, Mª. D.), Alianza Editorial, Madrid, 1982.

DEMETRIO CRESPO, E. *Curso de Derecho Penal. Parte General* (coord. DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.), 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

DÍAZ PITA, Mª. M. *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "El error de prohibición: pasado, presente y futuro", *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (coord. CEREZO MIR, J., *et al*.), Comares, Granada, 1999.

— *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.
— "Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, 2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

— "El nuevo delito de sustracción parental de menores", *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón* (coord. DE TOLEDO y UBIETO, E. O.; GURDIEL SIERRA, M; y CORTÉS BECHIARELLI, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
— *Política Criminal y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DIPAOLA, L. *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina* (coord. GAMBARDELLA, M.), Vol. XI, primer tomo, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

— *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina* (dir. LATTANZI, G. y LUPO, E.), Vol. VI, Giuffrè Editore, Milán, 2016.

DOLCINI, E. – GATTA, G. L. *Codice penale commentato*, Tomo II, 4ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015

DOLCINI, E. - MARINUCCI, G. *Codice Penale Commentato,* 4ª ed., Wolters Kluwer, Milanofiori, 2015.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. "Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Época II, mayo 2014.

— *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005.

— *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, EDERSA, Madrid, 2002

DONNA, E. A. *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003.

DOVAL PAÍS, A. *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ECHARRI CASI, F. "Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunibilidad", *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 7, 2002.

ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial,* Comares, Granada, 2000.

ELÍAS, J. A. *Aplicación práctica del Código Penal de España,* Imprenta de Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848.

ENRICH MAS, M. "La protección de la infancia en el seno de la familia", *50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño* (coord. CARMONA LUQUE, Mª. R.), Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 1999.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J. *Todo Penal,* 2ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

ESPINAR VICENTE, J.M. "Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala primera del Tribunal Supremo. Recurso en interés de la Ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya", *Actualidad Civil,* núm. 1, 1999.

ESPINOSA CEBALLOS, E. *El delito de sustracción de un menor por su progenitor,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FACCI, G. *I nuovi danni nella famiglia che cambia,* IPSOA, 2004.

FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M. "Concepto y fuentes", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002.

FELIP I SABORIT, D. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (dir. CORCOY BIDASOLO, M.)*,* 2ª ed., Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M. *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español*, EDERSA, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ NIETO, J. "Sustracción internacional de menores e indisponibilidad del principio universal 'interés superior del menor' en los procesos de violencia de género y custodia: los verdaderos obstáculos en la armonización del derecho de familia europeo", *La Ley Penal*, núm. 130, enero-febrero 2018.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P. "Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, MORILLAS CUEVA, L. (dir)., Dykinson, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ PINÓS, J. E. – DE FRUTOS GÓMEZ, C. *Delitos contra el honor, delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. et al.), 6ª ed., Trotta, Madrid, 2004.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Curso de Derecho Penal. Parte General* (coord. DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.), 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

— "Autoría y delitos especiales", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (coord. NIETO MARTÍN, A.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

FIERRO CENDERELLI, F. *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè Editore, Milán, 1984.

FILIPPIS, B. *Manuale di Diritto di Famiglia. Parte Penale*. CEDAM, Padua, 2006.

FIORELLA, A. "Aspetti problematici del reato di sottrazione consensuale di minorenni", *Cassazione Penale*, año 17, 1977.

FLAQUER, L. "La familia española: cambio y perspectivas", *España: sociedad y política,* 1990.

FLORES RODRÍGUEZ, J. "La privación de la patria potestad en los delitos sexuales contra menores", *La Ley Penal*, nº 90, 2012.

FOREHAND, R., LONG, N., ZOGG, C., y PARRISH, E. "Child Abduction. Parent and Child Functioning Following Return", *Clinical Pediatrics,* vol. 28, núm. 7, 1989.

FRANCHI, L., FEROCI, V., y FERRARI, S. *Codice Penale e di Procedura Penale*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2018.

FUENTE NORIEGA, M. *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986.

GALGANO, F. *Istituzioni di Diritto Privato,* 9ª ed., Wolters Kluwer – CEDAM, Milán, 2019.

— *Diritto privato*, 18ª ed., Wolters Kluwer, Milán, 2019.

GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA CANTERO, G. "¿Derecho de familia europeo?", *Derecho Privado Europeo* (Coord. CÁMARA LAPUENTE, S.), Colex, Madrid, 2003.

GARCÍA MEDINA, J. *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA PÉREZ, O. "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2010.

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C. *Lecciones de derecho penal, parte especial,* 1ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

— *Lecciones de derecho penal, parte especial,* 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2017.

GARCÍA RIVAS, F. J. "Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006.

GAROFOLI, R. *Codice Penale e delle leggi penali speciali*, 9ª ed., Neldiritto Editore, Roma, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966.

— "El desistimiento en la tentativa acabada", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 51, 1998.

GIORDANO, E. A. – DE MASELLIS, M. *Violenza in Famiglia. Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffré Editore, Milán, 2011.

GIULIANO, U. *La struttura del reato permanente*, CEDAM, Padua, 1967.

GLENNON, T. "Divided parents, shared children. Conflicting approaches to relocation disputes in the USA", *Utrecht Law Review,* vol.4, núm. 2, 2008.

GOIRIENA LEKUE, A. "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 16, 2005.

GOLDEN, M. *Children and Childhood in Classical Athens*, The Johns Hopkins University Press, Londres, 1990.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ MARTÍN, V. "La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP", *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Reus, Madrid, 2006.

— *Los delitos especiales*, B de f, Buenos aires, 2006.

GÓMEZ RIVERO, Mª. C. "Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 66 (1), 2013.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. "El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2), 2010.

GONZÁLEZ MATEOS, J. C. "La penalidad de la tentativa", *Revista del Poder Judicial*, núm. 61, 2001.

GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (coord. COBO DEL ROSAL), Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005.

— *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011.
— "La supresión de la pena de interdicción civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984, núm. 4.

GONZÁLVEZ VICENTE, P. "Sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 1980 y su conexión con el Reglamento Comunitario 2201/03", *Estudios jurídicos*, núm. 8, 2008.

GRECO, R., NOCERA, A. y ZEULI, S. *Codice Penale Illustrato*, 8ª ed., Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2015.

GREIF, G. L. "A parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent", *Child Psychiatry and Human Development,* vol. 31 (1), 2000.

— "The long-term impact of parental abduction on children: implications for treatment", *The Journal of Psychiatry & Law,* núm. 26, 1998.

GREIF, G. L. - HEGAR, R. L. "International Parental Abduction and Its Implications for Social Work Practice: Great Britain to the United States", *Children & Society,* vol. 7 (3), 1993.

— *When parents kidnap,* The Free Press, Nueva York, 1993.

GUARDIOLA GARCÍA, J. "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008.

GUINARTE CABADA, G. "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. - PUENTE ABA, L. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

HAREVEN, T. K., "Historia de la familia y la complejidad del cambio social" (trad. SVEN REHER, A. - GARCÍA ORTIZ, E.), *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica,* XIII, 1, 1995.

HASSEMER, W. "Los elementos característicos del dolo" (trad. DÍAZ PITA, Mª. M.), *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 43 (3), 1990.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *Derecho Penal. Parte General,* (coord. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), 2ª ed., Comares, Granada, 2016.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias,* Marcial Pons, Madrid, 1993.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.

— "Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Serta in Memoriam Alexandri Baratta* (dir. PÉREZ ÁLVAREZ, F.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

HUERTA TOCILDO, S. "A vueltas con la prescripción penal", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

— *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984.

HUTCHINSON, A. - ROBERTS, R. *International Parental Child Abduction,* Family Law, 1998.

IANELLI, V. "L'estremo della sottrazione nei reati di ratto e di sottrazione consensuale di minorenni", *Studi in Onore di Ernesto Eula*, vol. II, Giuffrè Editore, Milán, 1957.

IGLESIAS DE USSEL, J. - FLAQUER, L. "Familia y análisis sociológico: el caso de España", *Reis: Revista Española de investigaciones sociológicas,* núm. 61, 1993.

INGRASCÌ, M. *Le responsabilità penali nel diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Turín, 2004.

IÑESTA PASTOR, E. *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ, M.), Civitas, Navarra, 1996.

— "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (coord. MONTEALEGRE LYNETT, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JAREÑO LEAL, A. "La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995", *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, segundo volumen, Universitat de Valencia, Institut de Criminología,Valencia, 1997.

JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970.

JIMÉNEZ FRANCO, E. *Legislación del menor,* Tecnos, Madrid, 1999.

JOSHI JUBERT, U. "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo*"*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* núm. 40 (3), 1987.

KRUGER, T. *International Child Abduction: The Inadequacies of the Law*, Hart Publishing, Londres, 2011.

LACABA SÁNCHEZ, F. "La culpabilidad y el error de prohibición", *Las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica: los límites de la culpabilidad. Enfermedad mental y capacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Cataluña, 2000.

LACRUZ LÓPEZ, J. M. *Curso de Derecho Penal Parte General,* 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

LANSKEY, C., LÖSEL, F., MARKSON, L., y SOUZA, K. "Children's contact with their imprisoned fathers and the father-child relationship following release", *Families, Relationships and Societies,* vol. 5, núm.1.

LANDECHO VELASCO, C. M, - MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

LANZA, E. *Diritto penale. Parte speciale – I* (dir. ALEO, S. – PICA, G.), CEDAM, Milán, 2012.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R. "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008.

LARIZZA, S. "Sottrazione di minore o di incapace", *Digesto delle Discipline Penalistiche,* vol. XIII, 1997.

LASARTE ÁLVAREZ, C. "Constitución y Derecho de familia", *Academia Matritense del Notariado*, Tomo LIII, 2012/2013.

LASSO GAITE, J. F. *Crónica de la Codificación española. 4, Codificación civil: (génesis e historia del código),* vol.1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LATTANZI, G. *Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza*, 13ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2017.

LEMBO, M. S. - CIANCIOLA, G. *I reati contro le donne e i minori,* Giuffrè Editore, Milán, 2012.

LEONE, G. *Del reato abituale, continuato e permanente,* Nicola Jovene & C., Nápoles, 1933.

LEWIS, J. A. "Legalized Kidnapping Of Children By Their Parents", *Dickinson and Law Review,* núm. 80, 1975.

LIÉBANA ORTIZ, J. R. "El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores", *REDUR*, núm. 13, diciembre 2015.

LLORIA GARCÍA, P. *Derecho Penal Parte Especial* (dir. BOIX REIG, J.)*,* 1ª ed., vol. II, Iustel, Madrid, 2012.

— "Introducción", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008.

— "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel, Madrid, 2008.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "Las penas privativas de derechos", *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ PELÁEZ, P., RUIZ JIMÉNEZ, J., y PERALTA ORTEGA, J. C. *Practicum Familia 2016* (coord. ARANDA RODRÍGUEZ, R,), 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015.

LÓPEZ SUÁREZ, M. A. "Algunas certezas y no pocas incertidumbres en relación con la privación de la patria potestad", *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Civitas, Pamplona, 2010.

LOWE, N.; EVERALL QC, M; y NICHOLLS, M. *International Movement of Children,* Family Law, Bristol, 2004.

LOWE, N. "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abudction: An English Viewpoint", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics,* vol. 33, 2000.

— "A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October on the Civil Aspects of International Child Abducrion. Part I-Global Report", Hague Conference on Private International Law, noviembre 2011.

LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015.

LUZÓN PEÑA. D. M. "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la

tipicidad penal", *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, (dir. CARBONELL MATEU, J. C. et al.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

— "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008.
— "Dolo y dolo eventual: reflexiones", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (dir. ARROYO ZAPATERO, L. A. - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
— "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal", *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (dir. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.), Constitutio Criminalis Carolina, 2013.
— "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012.
— "Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (dir. VIEIRA MORANTE, F. J.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
— "La punibilidad", *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (dir. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.), Tecnos, Madrid, 2002.
— *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MAGNANI, L. *El sobrino de Beethoven* (trad. ZAPATA, M.), Edhasa, Barcelona, 1985.

MALLANDRICH MIRET, N. "El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2019.

MANTOVANI, F. *Diritto penale. Parte generale,* 7ª ed., CEDAM, 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal español,* La Ley, Madrid, 2016.

MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5ª ed., vol. VII, UTET, Turín, 1984.

MAÑALICH RAFFO, J. P. "La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004.

MARINI, G., LA MONICA, M. y MAZZA, L. *Commentario al Codice Penale,* tomo III, UTET, 2002.

MARINUCCI, G. "Finalismo, responsabilidad objetiva, objeto y estructura del dolo" (trad. COBO DEL ROSAL, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 82, 2004.

MARTÍ, J. Mª. *Evolución del Derecho de Familia en Occidente* (coord. CATALÁ RUBIO, S.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España Peninsular y Ultramarina*, tomo II, 5ª ed., Administración de Madrid, Madrid, 1892.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *El desistimiento en Derecho Penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios prácticos al Código penal,* vol. II (dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

MARTÍNEZ SAPIÑA, F. "El régimen de visitas: criterios para su determinación en los diversos supuestos fácticos". *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis* (dir. VILADRICH, P. J.), 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982

MARZAL RAGA, R. "La Administración ante la sustracción parental de menores", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar.* Madrid, 2008.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, (dir. DEMETRIO CRESPO, E. et al.), 2ª ed., tomo II, Iustel, Madrid, 2015.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. "Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (dir. ARROYO ZAPETERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

MENEGHELLO, M. *Diritto penale della famiglia* (dir. RIONDATO, S.), VOL. 4, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011.

MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal* (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

— *Tratado de derecho penal* (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), Tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

MIRALLES SANGRO, P. P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

MIR PUIG, S. "Conocimiento y voluntad en el dolo", *Elementos subjetivos de los tipos penales* (dir. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

— *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Comentarios al Código Penal* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Edersa, Madrid, 2000.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento Práctico Penal 2017* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016

MONFORT FERRERO, M. J. "Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P), Iustel, Madrid, 2008.

MONGE FERNÁNDEZ, A. *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017.

MONJE BALMASEDA, O. "Medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio", *Compendio de Derecho Civil.* Tomo IV (dir. LLEDÓ YAGÜE, F.), Dykinson, Madrid, 2005.

MONTICELLI, L. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. VI, (dir. CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M.), UTET, Milanofiori, 2009.

MONTÓN GARCÍA, M. La sustracción o "secuestro" internacional de menores: causas y soluciones", *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado* (dir. CUERDA RIEZU, A.), Dykinson, Madrid, 2008.

MORAGUES VIDAL, C. Mª. *Ser Juez en Marruecos y en España* (coord. TERRAB, M., ONGHENA, Y. y GÓMEZ MARTÍNEZ, C.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2008.

MORALES PRATS, F. "Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 85 (1), 1986.

MORENO-TORRES HERRERA, Mª R. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORILLAS CUEVA, L. "La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007.

— "Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo?", *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (coord. ALVÁREZ GARCÍA, *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
— "La pena de prisión en la sociedad actual", *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo* (dir. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2016.
— *Sistema de Derecho Penal. Parte General,* Dykinson, Madrid, 2018.

MUÑOZ CONDE, F. "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Navarra, 2001.

— *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
— *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NEWISS, G. - TRAYNOR, M. *Taken. A study of child abudction in the UK,* PACT, Londres, 2013.

NYGH, P. *Children on the Move. How to Implement Their Right to Family Life,* Kluwer Law International, 1996.

OLMEDO CARDENETE, M. *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, 3ª ed., Madrid 2020.

ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

— ORTS BERENGUER, E. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

OTAEGUI AIZPURUA, I. *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas* (dir. GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

OTERO, A. "La patria potestad en el Derecho histórico español", *Anuario de historia del derecho español*, nº 26, 1956.

PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000.

— *El Código penal concordado y comentado,* Tomo III, Madrid, 1849.

PADOVANI, T. *Codice Penale,* tomo II, 5ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011.

— *Codice penale,* tomo II, 6ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2014.

PATERNITI, C. *La famiglia nel diritto penale,* Giuffrè Editore, Milán, 1970.

PECORARO-ALBANI, A. "Del reato permanente", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año 3, 1960.

PECORELLA, G. *Il nuevo diritto di famiglia*, Giuffrè Editore, Milán, 1976.

PÉREZ ALONSO, E. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ MARTÍN, A. J. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. – CUENA CASAS, M.), Tomo I, Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2007.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M. *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos y procesales* (coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. - GONZÁLVEZ VICENTE, P.), Sepín, Madrid, 2005.

PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, CEDAM, Padua, 1955.

PEZZANO, R. *Codice Penale Operativo. Annotato con dottrina e giurisprudenza* (dir. PETRUCCI, R.), 11ª ed., Edizioni Giuridiche Simone, Nápoles, 2015.

PISAPIA, D. *Delitti contro la famiglia,* Unione Tipográdico-Editrice Torinese, Torino, 1953.

PIVA TORRES, G. E. *Teoría del delito y el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2019.

POLAINO NAVARRETE, M. "El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado", *Revista del Poder Judicial*, núm. 72, 2003.

— *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. POLAINO NAVARRETE, M.), Tomo I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

PORTILLA CONTRERAS, G. "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos", *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (edit. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. - GARCÍA AMADO, J. A.), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006.

POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998.

PRAMBS, C. "Qué es el dolo penal y qué es el error penal", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 10, 2008.

PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 5ª ed., tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2008.

PRIETO SANCHÍS, L. "Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico", *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (edit. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. - GARCÍA

AMADO, J. A.), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006.

PROSDOCIMI, S. *Profili penali del postfatto*, Giuffrè Editore, Milán, 1982.

QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTANAR DÍEZ, M. - ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. "La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* núm. 14, 1961.

— *Comentarios al Código Penal,* 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, G. *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. et al.), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, CYMIS, Barcelona, 1974.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Búsqueda de soluciones efectivas en un ámbito europeo e internacional a la sustracción del menor por uno de los padres", *Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián* (ed. SOROETA LICERAS, J.), vol. IV, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2003.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

RAGNO, G. *I reati permanenti*, vol. I, Giuffrè Editore, Milán, 1960.

RAMÓN RIBAS, E. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016.

RAMOS TAPIA, I. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAMPIONI, R. *Contributo alla teoría del reato permanente,* CEDAM, Padua, 1988.

REAÑO PESCHIERA, J. L. "El error de tipo … como reverso del dolo", *Ius Et Veritas,* núm. 37, 2008.

REBOLLO VARGAS, R. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (dir. CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

REDOGLIA, E. "La sottrazione di minori nei casi di separazione e divorzio", *Psicologia e Giustizia,* año 3, núm. 1, 2002.

REIG FABADO, I. "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. LLORIA GARCÍA, P.), Iustel Madrid, 2008.

REY HUIDOBRO, L. F. "La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento", *Diario La Ley*, núm. 6007, Año XXV, 29 abril 2004.

REYES ALVARADO, Y. "La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008.

RIONDATO, S. *Trattato di Diritto di Famiglia,* 2ª ed., Vol. 4, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

— "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis* (dir.VILADRICH, P. J.*)*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.
— *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2007.
— *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, J. L.), Civitas, Madrid, 1982.

ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

— *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español Parte Especial* (I), 2ª ed. (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, J. "Evolución histórica de los derechos del niño", 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño (coord. CARMONA LUQUE, Mª. R.), Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Cádiz, 1999.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S. "La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menos. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)", *Revista boliviana de derecho*, núm. 19, 2015.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (coord. LAMARCA PÉREZ, C.)*,* Dykinson, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. - SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 1993.

ROGEL VIDE, C. *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1993.

ROMANO, B. "La sottrazione del minore da parte di un genitore: profili penalistici ed implicazioni internazionalistiche", *L' índice penale,* núm. 7, 2004.

— "Pretura pen. Di Rovereto 19 maggio 1999 – Est. DIES – imp. F. B. e I. M.", *Il diritto di famiglia e di personne*, vol. XXIX, 2000.

ROMEO CASABONA, C. M. "Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

ROVIRA SUEIRO, Mª. *Manual de Derecho Civil, Derecho de familia*, 4ª ed. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Bercal, Madrid, 2015.

ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. CUELLO CONTRERAS, J. – SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

— "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena" (trad. POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992.

— *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª ed. alemana, (trad. LUZÓN PEÑA, D. et al.), Civitas, Madrid, 2006.

RUEDA MARTÍN, Mª A. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*, Comares, Granada, 2010.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

RUIZ ANTÓN, L. F. *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982.

SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal* (dir. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C), 1ª ed., tomo III, Bosch, Barcelona, 2007.

SACHS, C., *Child Abduction,* Family Law, Bristol, 1987.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (dir. QUINTERO OLIVARES, G. et al.), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SÁNCHEZ LINDE, M. "La sustracción de menores en el Código Penal", *La Ley Penal*, núm. 101, marzo-abril 2013.

SÁNCHEZ MELGAR, J. *Constitución y garantías penales* (dir. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. "Delito de infracción del deber", *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (coord. MONTEALEGRE LYNETT, E.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

— *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. "Delito habitual y el delito permanente: fase post-consumativa en los delitos de duración", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.

SAN ROMÁN, J.R. *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

SANZ MARTÍN, L. "Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 88, 1997.

SANZ MORÁN, A. "Reflexiones sobre el bien jurídico", *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, (dir. CARBONELL MATEU, J. C. et al.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico* (trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, J.), Bosch, Barcelona, 1960.

SCHUZ, R. *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Hart Publishing, Londres, 2013.

SCORDAMAGLIA, I. "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: overo della lettura costituzionalmente orientata del delitto di sottrazione di persone minori o incapaci", *Cassazione Penale*, núm. 55 (4), 2015.

SEMERARO, P. *Famiglia e diritto penale*, Aracne, Ariccia, 2016.

— *Tutela penale della famigulia e sistema sanzionatorio*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.

SERRANO GÓMEZ, A. - SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial,* 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., "La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 96, 2008.

SERRANO TÁRRAGA, Mª. D. *Curso de Derecho Penal parte especial,* 5ªed., Dykinson, Madrid, 2019.

— "Sustracción de menores", *Serta: in memoriam Alexandri Baratta* (ed. PÉREZ ÁLVAREZ, F.), Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004.

SHANNON, G. *Child Law,* 2ª ed., Round Hall, Dublín, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2010.

SILVELA, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España,* vol. 2, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903.

SNOW, R. L. *Child Abduction. Prevention, Investigation and Recovery,* Praeger, Westport, 2008.

SOUTO GARCÍA, E. M. "La pena de privación de la patria potestad", *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad* (dir. FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SPENA, A. *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale* (dir. GROSSO, C. F., PADOVANI, T., y PAGLIARO, A.), vol. XIII, Giuffrè Editore, Milán, 2012.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., PRIETO JUDEL, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal* (dir. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.), Tomo I, 7ª ed., Civitas, Pamplona, 2017.

— *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.), 7ª ed., Tomo II, Pamplona, 2018.

STERN BRIONES, E. "La sustracción parental de menores", *Estudios jurídicos*, nº 2007, 2007.

STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Thomson Civitas, Navarra, 2005.

TEDISCO, J. N. - PALUDI M. A. *Missing Children: A psychological approach to understanding the causes and consequences of stranger and non-stranger abduction of children,* State University of New York, 1996.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho Penal. Parte General,* Edisofer, Madrid, 2015.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. - GONZÁLEZ AGUDELO, G. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. TERRADILLOS BASOCO, J. M.), tomo III, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016.

TORRES FERNÁNDEZ, Mª. E. *"*Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia*", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003.

— "Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", *Tendencias actuales en el Derecho de familia (ed. LÓPEZ SAN LUIS, R. – PÉREZ VALLEJO, A. Mª.)*, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2004.

TORRES ROSELL, N. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016.

TRAMONTANO, L. *Codice Penale Spiegato con esempi pratici, dottrina e giurisprudenza*, 15ª ed., Casa Editrice La Tribuna (CELT), Piacenza, 2015.

TRIMMINGS, K. *Child Abduction within the European Union,* Hart, Oxford, 2013.

TRINCI, A. - FARINI, S. *Compendio di Diritto Penale. Parte Speciale,* 4ª ed., DIKE, Roma, 2013.

Unidad de Sustracción de Menores del Lord Canciller. "Hague Convention – Applications by Fathers without Parental Responsibility", *Family Law,* núm. 28, 1998.

UREÑA CARAZO, B. "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 69, 2015.

UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. CARRASCO PERERA, A.), 3ª ed., Tecnos, Madrid.

VALLDECABRES ORTIZ, I. *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. VIVES ANTON, T.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VALLE MUÑIZ, J. M. *El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994.

VELARDE D'AMIL, Y. "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

VIGONI, D. *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore* (dir. MOSCONI, F. y RINOLDI, D.), CEDAM, Padua, 1988.

VIVES ANTÓN, T. "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico", *Repositorio de la Universidad de Lusíada*, núm. 4/5, 2007.

VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al nuevo Código Penal,* González y Vicente, Madrid, 1848.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Derecho Penal. Parte General,* (coord. ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), 2ª ed., Comares, Granada, 2016.

VOGEL, J. "Dolo y error" (trad. VALLS PRIETO, J.), *Cuadernos de Política criminal*, núm. 95, 2008.

VV.AA. *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, MORILLAS CUEVA, L. (dir)., Dykinson, Madrid, 2016.

WELZEL, H. *La teoría de la acción finalista* (trad. FONTÁN BALESTRA, C. – FRIKER, E.), Depalma, Buenos Aires, 1951.

— *Derecho Penal. Parte General* (trad. FONTÁN BALESTRA, C.), Depalma, Buenos Aires, 1956.

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. 4, 1ª ed., Pamplona, 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal* (coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), tomo I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

ZURITA MARTÍN, I. *Mujer, Familia y Derecho* (ed. CERVILLA GARZÓN, Mª. D. - FUENTES RODRÍGUEZ, F.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

# RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

SCIJ 28 de noviembre de 1958

ATS de 2 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1113A)

STS 15 de marzo de 1983 (ECLI:ES:TS:1983:1205)

STS 26 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7407)

STS 30 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17255)

STS 1866/2000, de 5 de diciembre

STS 512/2009, de 30 de junio

STS 870/2015, de 19 de enero

STS 339/2021, de 23 de abril

ATC 127/1986, de 12 de febrero

STC 17/2006, de 30 de enero

STC 196/2013, de 2 de diciembre

SAN 10/2016, de 15 de marzo.

AAP Tarragona 502/2003, de 28 de noviembre

AAP Sevilla 25/2000, de 3 de febrero

AAP Jaén 115/2001, de 23 de julio

AAP Sevilla 144/2004, de 17 de marzo

AAP Sevilla 233/2004, de 28 de mayo

AAP de Madrid 302/2004, de 17 de junio

AAP Sevilla 33/2005, de 20 de enero

AAP Sevilla 43/2005, de 26 de enero

AAP Barcelona 337/2005, de 22 de junio

AAP Barcelona 495/2005, de 10 de octubre

AAP Barcelona 91/2006, de 4 de abril

AAP Barcelona, 174/2006, de 22 de junio

AAP de Barcelona 100/2006, de 9 de enero

AAP Madrid 622/2006, de 11 de diciembre

AAP Madrid 224/2007, de 9 de mayo

AAP Madrid 340/2007, de 7 de junio

AAP Madrid 1109/2007, de 29 de octubre

AAP Madrid 707/2007, de 15 de noviembre

AAP Gerona 440/2007, de 21 de noviembre

AAP Barcelona 626/2007, de 27 de diciembre

AAP Madrid 310/2008, de 29 de mayo

AAP Madrid 344/2008, de 6 de noviembre

AAP Barcelona 630/2009, de 12 de noviembre

AAP Madrid 2415/2009, de 18 de noviembre

AAP Lleida 527/2011, de 14 de febrero

AAP Madrid 224/2011, de 11 de abril

AAP Zaragoza 887/2011, de 27 de diciembre

AAP Zaragoza 363/2018, de 6 de julio

AAP Asturias 870/2018, de 28 de diciembre

SAP Valencia 101/2000, de 15 de febrero

SAP Madrid 326/2000, de 20 de octubre

SAP Vizcaya 4/2000, de 11 de julio

SAP Zaragoza 151/2003, de 18 de marzo

SAP Sevilla 11/2004, de 12 de enero

SAP Santa Cruz de Tenerife 227/2004, de 1 de junio

SAP Tarragona 285/2004, de 19 de junio

SAP Madrid 100/2005, de 11 de febrero

SAP Alicante 615/2005, de 20 de septiembre

SAP Valencia 669/2005, de 24 de noviembre

SAP Madrid 103/2006, de 7 de noviembre

SAP Barcelona 241/2007, de 8 de marzo

SAP Barcelona 220/2007, de 15 de marzo

SAP Cáceres 196/2007, de 14 de mayo

SAP Madrid 203/2007, de 8 de junio

SAP Sevilla 308/2007, de 25 de junio

SAP Madrid 305/2007, de 3 de septiembre

SAP Madrid 169/2008, de 5 de marzo

SAP Barcelona 148/2009, de 23 de febrero

SAP Barcelona 571/2009, de 16 de junio

SAP Burgos 185/2009, de 9 de julio

SAP Islas Baleares 294/2010, de 28 de julio

SAP Madrid 68/2011, de 25 de enero

SAP Barcelona 501/2011, de 5 de julio

SAP Girona 97/2011, de 22 de febrero

SAP Barcelona 47/2012, de 13 de enero

SAP Jaén 182/2012, de 17 de julio

SAP Asturias 23/2013, de 7 de febrero

SAP Almería 133/2013, de 10 de mayo

SAP Álava 286/2013, de 11 de septiembre

SAP Vigo 293/2016, de 16 de junio

SAP de Barcelona 504/2017, de 16 de julio

SAP Lugo 11/2018, de 24 de enero

SAP Barcelona 108/2018, de 14 de febrero

SAP Orense 47/2018, de 15 de febrero

SAP Burgos 403/2018, de 8 de mayo

SAP Madrid 344/2018, de 5 de junio

SAP Madrid 525/2018, de 2 de julio

SAP Gerona 404/2018, de 10 de agosto

SAP Tarragona 488/2018, de 9 de noviembre

SAP Tarragona 4/2019, de 10 de enero

SAP Granada 98/2019, de 7 de marzo

SAP Ciudad Real 96/2019, de 29 de abril

SJP Jaén 212/2012, de 26 de abril

SJP Granada 257/2018, de 18 de julio

SJP Valladolid 227/2019, de 31 de julio

STCI 9/1964, de 22 de febrero

STCI 102/2020, de 29 de mayo

SCC 7292/2000, de 20 de junio

SCC 42370/2009, de 4 de noviembre

SCC 12615/2010, de 16 de marzo

SCC 44260/2013, de 30 de octubre

SCC 17799/2014, de 6 de febrero

SCC 45266/2014, de 14 de octubre

SCC 6058/2015, de 10 de febrero

SCC 4186/2016, de 19 de octubre

SCC 28561/2018, de 28 de marzo

SCA Catania 320/2015, de 28 de mayo

STP Taranto 475/2012, de 4 de julio

STP Florencia 1106/2015, de 23 de marzo

SCL Caso M v M [1973] 2 All ER 81

SCL Caso R v D [1984] FLR 847

STSRU 1991, incadat HC/E/Uke 35

SCAI Caso Poel v Poel [1970] 1 WLR

SCAG Caso Barnes v Tyrrell [1982] 3 FLR 240