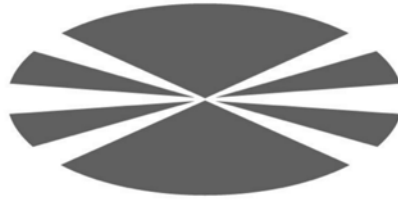




ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE A CORUÑA
1760 - 2010



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**El delito de sustracción de menores:
análisis doctrinal y jurisprudencial
- especial referencia al caso Juana Rivas -**

O delito de subtracción de menores:
análise doutrinal e xurisprudencial
- especial referencia ao caso Juana Rivas -

Child abduction crime:
doctrinal and jurisprudential analysis
- special reference to Juana Rivas case -

**Máster Universitario en Abogacía
Curso 2021/2022**

Trabajo Fin de Máster

Autora: Natalia Couto Caramés
Tutora: Eva M^a Souto García

Resumen

El propósito del presente trabajo es analizar la sustracción de menores desde una perspectiva penal. El delito de sustracción de menores, regulado en el artículo 225 *bis*, fue incorporado al Código Penal de 1995 mediante la modificación efectuada por la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre. Desde ese momento, surgieron discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la interpretación de los distintos elementos del tipo. Principalmente, se ha cuestionado quiénes pueden ser sujetos activos, cuál es el bien jurídico protegido y qué circunstancias deben darse para entender cometido el delito por la modalidad de traslado o de retención. Por ello, resulta interesante el estudio de las diferentes posturas alcanzadas y hacer especial referencia al denominado “caso Juana Rivas”, no solo por su relevancia mediática, sino por las opiniones jurídicas manifestadas en las sentencias penales que se dictaron para resolver el mismo.

Palabras clave: delito de sustracción de menores, sustracción parental, sujeto activo, bien jurídico protegido, traslado, retención, Juana Rivas.

Abstract

The aim of this paper is to study child abduction from a criminal perspective. The offence of child abduction, under article 225 *bis*, was introduced into Spanish Criminal Code through an amendment adopted by Organic Law 9/2002, 10th December. From this point, doctrinal and jurisprudential discrepancies arose over penal elements interpretation. The main issue is who can be the criminal active subject, what is the protected legal asset or what circumstances are required for the offence to be committed on its different forms. Because of this matter, it is interesting to study the conclusions reached, with special reference to Juana Rivas case, not only for its media controversy, but for judicial statements made on its court ruling.

Key words: child abduction crime, parental abduction, criminal active subject, protected legal asset, transfer, retention, Juana Rivas.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. EL MARCO TEÓRICO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL	8
II.1 La incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995	8
II.2 El bien jurídico protegido	13
II.3. El sujeto activo	19
II.3.1 El sujeto activo en sentido estricto	19
II.3.2 Los sujetos activos extensivos	23
II.4 El sujeto pasivo	24
II.5 El tipo objetivo	27
II.5.1 La expresión “sin causa justificada”	27
II.5.2 Las modalidades de sustracción	30
II.6 El tipo subjetivo	36
II.7 Los subtipos agravados	38
II.7.1 El traslado del menor fuera de España	38
II.7.2 La exigencia de una condición para la restitución del menor	39
II.8 Las causas de exención y de atenuación de la pena	40
II.8.1 Las causas de exención de la pena	40
II.8.2 La causa de atenuación de la pena	42
II.8.3 Requisitos comunes	43
III. ESPECIAL REFERENCIA AL DENOMINADO “CASO JUANA RIVAS”	45
III.1 Los hechos probados	45
III.2 La inexistencia de “causa justificada”	46
III.3 Las modalidades de sustracción	47
III.4 El tipo subjetivo	48
III.5 El bien jurídico protegido y su incidencia en la condena por uno o dos delitos	49
IV. CONCLUSIONES FINALES	54
V. BIBLIOGRAFÍA	57
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	60

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CP: Código Penal

JCP: Juzgado Central de lo Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LO: Ley Orgánica

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El traslado no consentido de un menor o la retención del mismo incumpliendo gravemente lo dispuesto en una resolución judicial o administrativa son conductas que, si se llevan a cabo por los progenitores o determinados parientes, pueden acarrear tanto consecuencias civiles como penales.

En el ámbito civil, destaca el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y los artículos 778 *quáter* y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recogen “*medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*”. Además, existen diversas medidas que se pueden adoptar por los tribunales civiles en relación con la guarda y custodia de los hijos y respecto al régimen de visitas.

No obstante, este trabajo se centra en el ámbito penal y, en concreto, en el análisis del delito tipificado en el artículo 225 *bis* del Código Penal. El delito de sustracción de menores se incorporó al Código Penal de 1995 mediante la Ley Orgánica 8/2002, de 10 de diciembre, regulándose en un único artículo en el que se prevé que la conducta se desarrolle sin causa justificada, se definen dos modalidades de sustracción (traslado y retención), se regulan dos subtipos agravados y uno atenuado y dos causas de exención de la pena y, además, se hace referencia a que el delito pueda ser cometido no solo por los progenitores, sino también por determinados parientes del menor y del progenitor.

Desde la entrada en vigor del artículo 225 *bis* del Código Penal se han dictado múltiples resoluciones por los tribunales en esta materia y, también, han sido numerosas las opiniones doctrinales que han interpretado cada uno de los elementos de esta figura delictiva. Sin embargo, también han sido importantes las discrepancias que se han planteado en torno a cada uno de esos elementos, sin alcanzarse una postura unificada en algunas cuestiones. Aunque a lo largo del presente trabajo se analizarán otras controversias, presenta especial relevancia la concreción de cuál es el bien jurídico protegido, quiénes pueden ser sujetos activos y qué circunstancias deben darse para entender cometido el delito de sustracción de menores.

La determinación de cuál es el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es esencial para constatar si el mismo se ha visto lesionado y, por tanto, se entiende cometido el delito. Además, es necesaria su concreción para decidir si se castiga por un solo delito o por más si han sido más de uno los menores sustraídos; cuestión que, se pone de manifiesto en el denominado “caso Juana Rivas”.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, modificó el apartado segundo del artículo 225 *bis* del Código Penal señalando en su Preámbulo que se lleva a cabo dicha modificación “*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*”. Esta reforma parece poner fin a las discrepancias respecto a quiénes pueden ser sujetos activos del delito. Aunque las consecuencias de la misma se pondrán de manifiesto en un futuro, sigue resultando interesante analizar las resoluciones que se han dictado hasta el momento en las que se consideraba que el progenitor custodio no podía cometer el delito de sustracción de menores.

Respecto a la estructura del presente trabajo, en un primer apartado se desarrollará el marco teórico del delito objeto de estudio, en el que se analiza la incorporación del delito al Código Penal de 1995 y los diferentes elementos del mismo.

Todo ello, exponiendo las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales que reflejan las discrepancias anteriormente aludidas.

Tras ello, se procederá al análisis de las tres sentencias penales, dictadas por el Juzgado de lo Penal de Granada, la Audiencia Provincial de Granada y el Tribunal Supremo, en el denominado “caso Juana Rivas”. El estudio de dichas resoluciones se hará mediante la comparación con lo expuesto anteriormente en el marco teórico respecto a los diferentes elementos del tipo. El “caso Juana Rivas” ha presentado gran relevancia no solo mediática, sino también jurídica, sobre todo si se tiene presente la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el pasado año que ofrece un valioso análisis sobre cuál se considera que es el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores.

Por último, se expondrán las conclusiones finales del trabajo partiendo de las reflexiones que se hacen a lo largo del mismo y de la revisión doctrinal y jurisprudencial realizada. Se elogia la modificación efectuada el pasado año y se recuerda la necesidad de que se concreten diversas cuestiones y se llegue a una postura unánime en otras de vital importancia para la correcta interpretación del tipo penal.

II. EL MARCO TEÓRICO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

II.1 La incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995

En primer lugar, para abordar la incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995, conviene precisar, como indica Rosa Cortina (2010), que suele señalarse como origen de la punición de la sustracción de menores el Código Penal de 1822, en el cual se castigaba el rapto de niños impúberes y el robo de menores sometidos a la patria potestad o tutela. Posteriormente, se sancionó la sustracción de un menor de siete años en el Código Penal de 1848, aunque sin hacer distinciones en cuanto al parentesco con el sujeto activo; y, el Código Penal de 1973 reguló también el delito de sustracción de menores en el Título XII denominado “Delitos contra la libertad y seguridad de las personas”. Sin embargo, los artículos 484 y 485 del Código Penal de 1973, donde se tipificaba tal figura delictiva, no sancionaban la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos.

La legislación anterior al Código Penal de 1995, regulaba, como apunta Alonso Carvajal (2005), tres tipos de sustracción en los artículos 484 al 486: la sustracción de menores de siete años; la desaparición y no devolución de un menor a sus padres; y, la inducción de un menor de edad pero mayor de siete años, al abandono de la casa de sus padres, tutores o guardadores.

Sin embargo, en el Código Penal de 1995, como señala Parrilla Vergara (2019), se rompe con la tradición legislativa previa. En dicho texto penal se suprime la autonomía sistemática del delito de sustracción de menores, que quedaría embebido dentro de los delitos de detención ilegal y secuestro, agravándose las penas en el caso de que la sustracción lo fuera con respecto de un menor de edad o incapaz. Así, el legislador, en el artículo 165 del Código Penal de 1995 y en relación con los preceptos relativos a la detención ilegal y secuestro, estableció 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”*.

En la redacción originaria del Código Penal de 1995 se constata la existencia de una laguna de punibilidad, para los casos en que la conducta de sustracción era llevada a cabo por el progenitor que secuestraba a sus propios hijos. Esta injustificada omisión fue soslayada por el legislador penal a través de 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 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/12/10/9>) redactando el artículo 225 bis CP (Monge Fernández, 2017). La ausencia de un tipo penal específico no podía equivaler a la impunidad de esas conductas, y mucho menos cuando las mismas podían ser constitutivas de un delito genérico de coacciones, previsto y castigado en el artículo 172 del Código Penal (Peñafort Lorente y Arbulo Rufrancos, 2002).

La decisión de incorporar dicho tipo delictivo al Código Penal se tomó tras verificarse que la ausencia del mismo suponía, entre otras, la dificultad de subsumir las conductas de sustracción en el delito de detenciones ilegales, delito que requiere el encierro o detención de otro, conductas que no siempre concurren en los casos de sustracción de menores, o bien, en los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción al abandono del domicilio, pensado para quienes actúan precisamente sin el consentimiento de padres y guardadores. La tipificación de esta

conducta responde a la necesidad de sancionar los comportamientos de los progenitores que, actuando al margen de las resoluciones judiciales, ponen en peligro el derecho de padres e hijos de relacionarse entre ellos en situaciones de crisis de pareja que acaban con la ruptura del vínculo afectivo (Torres Rosell, 2016). Precisamente, el lapso temporal comprendido entre los años 1995 a 2002 es en el que en mayor medida se incrementó el número de casos de sustracción parental de menores (Alonso Carvajal, 2005).

Aunque se incrementó también el número de separaciones, divorcios o nulidades y se consideraba necesaria una respuesta penal específica para los supuestos de sustracción parental de menores, lo único que hizo el legislador de 1995 para solventar el problema, como señala Vicente Martínez (2019), fue incluir en el Libro III “De las faltas”, el artículo 622 que apuntaba lo siguiente: *“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 pena de multa de uno a dos meses”*.

La inexistencia de un precepto concreto en el Código Penal que tipificase la sustracción de un menor por su progenitor originó un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, como apunta Marín de Espinosa (2014). Así, se coincidía en la necesidad de sancionar penalmente la sustracción de un menor por su progenitor pero se discrepaba en el cómo debía llevarse a cabo. Los tribunales rechazaban la posibilidad de apreciar en los supuestos de traslado o de retención de un menor por sus propios padres los delitos contra la libertad (detención ilegal y secuestro) y tipificaban el traslado o la retención del propio hijo en la falta o en el delito de desobediencia a la autoridad. Sin embargo, cuando el menor era trasladado al extranjero, surgían problemas en relación con la persecución y detención internacional porque la pena aparejada a dichos delitos no permite solicitar una orden de persecución internacional.

Pese a no existir una solución penal para esta problemática, sí existía regulación en el ámbito civil para lograr la restitución de los menores en los casos de sustracción internacional, debiendo destacarse el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. En relación con ello, Vicente Martínez (2019) apunta que los Convenios internacionales se circunscriben al ámbito civil exclusivamente, pero sin excluirse la posibilidad de que los estados parte puedan prever en sus ordenamientos jurídicos soluciones de naturaleza penal. Los principios de subsidiariedad y de intervención mínima suponen la objeción más importante para la tipificación penal de estas conductas, pero ello no descarta esta posibilidad en determinados casos en los que la gravedad de los hechos así lo requiera.

La Comisión Especial de seguimiento del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, mantuvo reuniones en 1993 y 1997 y, tras considerar poco beneficiosa la criminalización de la sustracción, apreció una serie de obstáculos para la tipificación penal de la conducta. No obstante, también se apuntaron como ventajas, entre otras, las siguientes: el carácter disuasorio que despliega la intervención penal frente a los posibles sustractores o que en algunos países sólo la existencia de un proceso penal permite la adopción de determinadas medidas cautelares y diligencias policiales. También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo mantiene una postura favorable al tratamiento penal, pues entiende que

es una buena medida de política criminal reprimir penalmente el secuestro de menores para procurar la protección de los derechos fundamentales del menor.

La insuficiente regulación en la redacción originaria del Código Penal de 1995 respecto a la sustracción de un menor por su progenitor no sólo se ha puesto de manifiesto por la doctrina, sino también por la jurisprudencia que coincide en apuntar dichas deficiencias; así, la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) señala que: *“en cuanto al origen del art. 225 bis, conviene remontarse al consenso doctrinal que entendía que el Código Penal de 1995 respondía de modo insatisfactorio al delito de sustracción de menores por sus propios progenitores en situación de crisis familiar e incluso también en contra de las decisiones judiciales, por cuanto normalmente no se acomodaba a la conducta de detención ilegal prevista en el art. 163 y modalidad agravada del art. 165, de donde restaba meramente como tipo residual de recogida, si mediara resolución judicial o administrativa, el delito de desobediencia o en su caso como ilícito de coacciones si se empleara fuerza”*.

En el año 1999 el Defensor del Pueblo, haciéndose eco de las dificultades que atraviesan los padres al tratar de recuperar a su hijo, que sustraído por el otro progenitor ha sido trasladado, en la mayoría de las ocasiones, a otro país, señala en la Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores (BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 69, pág. 51.), lo siguiente: *“Esta Institución estima que aunque efectivamente el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha otorgado, con carácter general, una gran cobertura jurídica al menor, no obstante ha observado que 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 sólo 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”.

Acogida la anterior Recomendación del Defensor del Pueblo, Rosa Cortina (2010) señala que la actual tipificación penal del delito de sustracción de menores tiene como antecedente inmediato la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en fecha 24 de abril de 2000 y la del Grupo Popular de 9 de junio de 2000 ("BOCG. Congreso de los Diputados", serie B, núm. 6-1, de 24 de abril de 2000 y núm. 75-1, de 9 de junio de 2000, respectivamente), que fueron unificadas en la Proposición de 11 de junio de 2001 y que dieron lugar al alumbramiento del artículo 225 bis, que es objeto de estudio en este trabajo y que fue introducido 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.

Por todo lo expuesto, resulta especialmente relevante en el estudio del artículo 225 bis conocer la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que, junto con lo que se viene apuntando en párrafos anteriores, esclarece los motivos de la incorporación de este delito al Código Penal de 1995. La mentada Exposición de Motivos indica lo siguiente: *“La protección de los intereses del menor ha*

definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores”.

La tipificación de estas conductas se debe a una pluralidad de causas, entre otras, el incremento del número de casos, la mayor sensibilización por la necesidad de proteger los derechos del niño, en este caso del derecho a relacionarse con ambos progenitores, el impacto y alarma social que este tipo de hechos genera, las dificultades de resolución en muchos casos en la vía civil y la presión de las asociaciones que defienden a los progenitores afectados, creándose, con dicha tipificación, una forma específica de desobediencia (Rosa Cortina, 2010).

En cumplimiento de lo previsto en la referida LO 9/2002 se acometieron diversas modificaciones en los ámbitos civil y penal como apunta Monge Fernández (2017). Por lo que a los aspectos civiles se refiere, se renovaron los artículos 103 y 158 del Código Civil, principalmente incluyendo medidas cautelares tendentes a evitar la sustracción.

En la esfera penal, además de la creación de la nueva Sección Segunda “De la sustracción de menores”, en el Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal, introduciendo el artículo 225 *bis* CP; se modificaron también los artículos 224 CP, que sanciona al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa y el artículo 622 CP que tipificaba la conducta de “*Los padres que sin llegar a incurrir en el delito contra las relaciones familiares o en su caso de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecidos por la autoridad judicial o administrativa*”.

Con relación a la actuación de los progenitores al margen de las resoluciones judiciales o acuerdos que se hubiesen adoptado respecto a sus hijos menores de edad, conviene mencionar, como apunta Rosa Cortina (2010) que, tras la entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se añadió al artículo 618 del Código Penal un número 2, que castigaba al que “*incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial cuando la conducta no constituya delito*”. La Exposición de Motivos de la reforma explicaba cómo la misma incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones, entendiéndose con ello que se pretendía incluir el incumplimiento del régimen de visitas por parte de los progenitores.

Sin embargo, debe tenerse presente que las faltas fueron suprimidas del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, señalando el Preámbulo de la

mentada Ley Orgánica que se justifica la modificación diciendo que “*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*”.

Por último, en lo que se refiere a la incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995 (art. 225 *bis*) y, que es objeto de estudio en este trabajo, la literalidad de dicho artículo, que se analizará en los próximos epígrafes, es 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 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 hiciera, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

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”.

No obstante, debe tenerse presente que el apartado segundo del art. 225 *bis* CP se modificó por la disposición final 6.29 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Ref. BOE-A-2021-9347 (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>). Con anterioridad a dicha reforma, la dicción del apartado segundo era la siguiente: “*A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*

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

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

II.2 El bien jurídico protegido

La concreción de cuál es el bien jurídico protegido por el delito tipificado en el artículo 225 *bis* del Código Penal ha dado lugar a disparidad de opiniones, tanto doctrinales, como jurisprudenciales. Concreción que, toma especial relevancia cuando se trata, por ejemplo, de decidir si debe castigarse por un solo delito o por dos (en el caso de que hayan sido dos los menores objeto de sustracción) o, por ejemplo, cuando se pretende constatar la existencia del delito valorando si ha sido lesionado el bien jurídico que se intenta salvaguardar.

En ocasiones, se hace referencia como bien jurídico protegido al interés superior del menor. No obstante, señala Rosa Cortina (2017) que, en su opinión, *“tal interés no es propiamente el bien jurídico protegido, si bien puede ser una pauta teleológica de interpretación del tipo”*.

Son muchos los autores y tribunales que han considerado este como un delito pluriofensivo, aludiendo a que existen pluralidad de bienes jurídicos protegidos. A pesar de ello, las posturas adoptadas por los distintos autores y por los Tribunales pueden sistematizarse de la siguiente forma:

a) La seguridad y/o la libertad del menor como bien jurídico protegido

En ocasiones, se ha venido identificando el bien jurídico protegido por este delito con bienes eminentemente personales del menor, así la SAP de Álava de 15 de marzo de 2015 (ECLI:ECLI:ES:APVI:2015:172) entendía que *“el bien jurídico protegido por este tipo es el bienestar físico, psíquico, material, etc. de ese concreto niño o niña que se ve seriamente perjudicado por la conducta de ese progenitor, que no cumple una resolución judicial o administrativa, cuando lleva a cabo alguno de los actos contemplados en el apartado 2”*.

Como señala Sánchez Linde (2013), la mayor parte de los autores y la jurisprudencia han identificado progresivamente la seguridad y libertad del menor con el bien jurídico a proteger con el art. 225 *bis* del Código Penal. También Díez Ripollés (2004) considera la seguridad del menor como bien jurídico protegido, si bien, matiza que lo que se protege es la seguridad vinculada al lugar de residencia y área de convivencia del menor que debe ser respetada por los titulares de su guarda y custodia. En este sentido se pronuncia la SAP de León de 28 de julio de 2009 (ECLI:ES:APLE:2009:1661) que entiende que *“se trata de proteger el interés del menor en permanecer en su entorno familiar y educativo estable y conocido que le otorgan las personas con las que convive ordinariamente”*.

Respecto a la seguridad del menor se pronuncia, entre otras, la SAP de Valladolid de 21 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APVA:2019:1320): *“el bien jurídico protegido por este delito especial (por cuanto únicamente puede ser cometido por los progenitores), pluriofensivo (al presentar rasgos homogéneos al de detención ilegal y a la desobediencia) y de resultado, recae en la seguridad del menor, entendida como la necesidad de evitar la ausencia de peligros en él y proteger el libre desarrollo de su personalidad, por lo que con su comisión se atacan bienes eminentemente personales”*.

Otra postura, es la de Alonso Carvajal (2005) que entiende que el bien jurídico protegido es la idea de seguridad del menor y de la libertad, tanto del menor, como del

progenitor “dejado atrás”; derechos que le son reconocidos a ambos sujetos y de los que se verían privados con las conductas descritas en el artículo 225 bis CP.

Además, cabe destacar la posición de Guardiola García (2008) que señaló, como bien jurídico protegido, la libertad ambulatoria del menor. No obstante, García Pérez (2010) rechaza esta posibilidad e indica que *“lo cierto es que la privación de la libertad ambulatoria de menores está abarcada expresamente por el delito de detenciones ilegales como lo acredita el hecho de que el art. 165 del CP agrava la pena cuando la víctima es un menor de edad”*.

En relación con lo dispuesto en el párrafo anterior, referente a la libertad ambulatoria del menor como bien jurídico protegido, puede citarse la SAP de Vizcaya de 27 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APBI:2016:2425): *“si bien es cierto que en ocasiones (como la de autos) puede verse más o menos constreñida la libertad ambulatoria del menor víctima del delito, ello no supone que la libertad sea un bien jurídico protegido por la norma del art. 225 bis CP”*; ello, después de apuntar que *“el delito del art. 225 bis CP tiene como bien jurídico protegido el derecho del menor a relacionarse con el progenitor custodio de cuyo ámbito se le pretende sacar, salvaguardando el marco geográfico en el que desarrolla sus relaciones sociales, familiares y educativas, si bien doctrinalmente también se apunta a la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos”*.

Contraria a las opiniones anteriores es la de Lloria García (2008). Esta autora considera que debe dejarse de lado la idea de seguridad del hijo como bien jurídico protegido, ya que, esta no se ve afectada cuando permanece en compañía de sus progenitores, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el delito tipificado en el artículo 223 CP en el que sí puede existir un riesgo para la seguridad del menor por no encontrarse con sus padres o guardadores. Tampoco entiende Prats Canut (2008) que el propósito final de la acción sea poner en peligro la seguridad del menor, puesto que, los propios progenitores, con sus conductas, tratan de atraer para sí a los menores.

b) La familia, la patria potestad y la tutela como bien jurídico protegido

Como ya se señaló y como apunta Alonso Carvajal (2005), la doctrina se encuentra dividida al tratar de abordar esta materia. Algunos autores consideran que el bien jurídico protegido es la familia, mientras que, otros autores entienden que el bien jurídico tutelado es mixto y que comprende no solo a la familia, sino también la libertad y la seguridad del menor, conceptos a los que se hizo referencia en el apartado anterior. No obstante, algún autor como Ramón Ribas (2016) entiende que, con la incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995, *“se pretende una unidad sistemática construida sobre la familia, cuyo valor se destaca, pero que sin embargo no constituye, propiamente, el bien tutelado”*.

García Pérez (2010) entiende que no es suficiente la referencia exclusiva al menor de edad para dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, puesto que, son numerosos los preceptos del Código Penal que también se ocupan de la persona del menor. Este autor considera que en las situaciones de crisis matrimonial, normalmente, debe adoptarse una decisión acerca de la guarda y custodia del menor y por ello, sería importante determinar qué está en juego cuando se toma esta decisión, para concretar cuál es el bien jurídico protegido.

Para algunos autores, *“el bien jurídico protegido es la familia en su concreción de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o instituciones afines a la*

mera guarda” (Prats Canut, 2008). Se entiende, a tenor de lo expuesto, que el núcleo del injusto en este precepto se encuentra en la vulneración del régimen de custodia o del conjunto de derechos subjetivos definidos legalmente por el derecho privado y que son propios de la relación familiar. También, Martos Núñez (2019) señala que *“desde un punto de vista jurídico penal la protección ha de entenderse de las instituciones: patria potestad, y su supletoria la tutela, pudiendo hablarse, genéricamente de la familia”*.

Así, Vives Antón y otros (2019) consideran que el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XII del Libro II del Código Penal (Delitos contra las relaciones familiares) gira en torno a los derechos que los ciudadanos tienen por su pertenencia natural o jurídica a una familia. También, Cobo del Rosal (1961) aludía, respecto a la legislación anterior, a que el bien jurídico protegido era la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda o institución afín.

En términos similares a los apuntados, el AAP de Vizcaya de 28 de diciembre de 2020 (ECLI:ECLI:ES:APBI:2020:1753A) señaló: *“el bien jurídico protegido es según la Exposición de Motivos esencial y fundamentalmente la protección de la patria potestad, de la custodia atribuida por resolución judicial y el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares pueden ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores”*.

Por su parte, Montón García (2003) entiende que el bien jurídico protegido es el interés del menor, pero manifestado en el hecho de que su custodia haya sido atribuida judicial o administrativamente a una persona o entidad. Considera que, lo que es digno de protección por el ordenamiento jurídico, es que esta situación no se altere por la vía de los hechos por la actuación de los sujetos que se encuentran ligados al menor por relaciones parentales.

c) La paz de las relaciones familiares y el derecho a relacionarse con ambos progenitores como bien jurídico protegido

En relación con lo apuntado en los apartados anteriores, Guardiola García (2008) considera que se pueden distinguir dos líneas básicas en las posiciones doctrinales en esta materia: quienes entienden que se tutela la seguridad del menor y quienes entienden que se trata de garantizar la pertenencia del menor a un determinado ámbito familiar y con ella las relaciones con ambos progenitores.

Reciente jurisprudencia ha apuntado como bien jurídico protegido a la paz en las relaciones familiares, así la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ECLI:ES:TS:2021:1404): *“Se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia...”* *“En cuya consecuencia, como a su vez abundantemente ilustran resoluciones de la jurisprudencia menor proveniente de las Audiencias Provinciales, debemos concretarlo en el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos; se atiende a evitar las consecuencias que la violación del derecho de custodia supone y el modo en que se realiza, al margen los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaída en el cauce establecido”*.

Puede considerarse, por tanto, que el bien jurídico protegido es el mantenimiento de la paz de las relaciones familiares, que se pone al servicio del interés superior de los menores de edad, exigiendo el respeto a los cauces jurídicos para resolver las desavenencias y también el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres (Torres Fernández, 2004). En sentido similar se expresa Rosa Cortina (2010), quien considera que se trata de tutelar el derecho del menor a vivir sus relaciones familiares en un clima de paz en la convivencia con el progenitor que ejerza la guarda y custodia, sin que se altere esta convivencia por vía de hecho y con respeto a las formas de resolución de conflictos recogidas en el derecho.

La SAP de Navarra de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:879) ha hecho alusión a la postura aludida en el párrafo anterior: *“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, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir”*.

Algunas autoras consideran que el bien jurídico protegido son las relaciones familiares y, hacen hincapié en que el legislador se ha apartado, acertadamente, de la denominación *“secuestro parental”*, considerando que el término secuestro, en nuestro Código Penal, sí se refiere a delitos contra la libertad (Peñafort Lorente y Arbulo Rufrancos, 2002).

Por su parte, Torres Rosell (2016) considera que el bien jurídico en este delito recae en la seguridad del menor; identificando esta seguridad con la ausencia de peligro pero además con el derecho del menor al libre desarrollo de su personalidad y el derecho a poder relacionarse con ambos progenitores. Con relación a ello se puede citar el AAP de Álava de 29 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APVI:2020:443A) que señala que *“El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del C.P. es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo 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 2a bajo el Capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, del Título XII “Delitos contra las relaciones familiares”*”.

También, en términos similares, se pronuncia Lloria García (2008) que considera como bien jurídico *“la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar, lo que se plasma en el interés del menor en correcto desarrollo y evolución, así como el derecho de los padres (y en su caso de sus 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 familiares, y los padres, como integrantes del núcleo familiar, también quedan incluidos como titulares del derecho de custodia y derecho de visita”*.

Resulta importante destacar lo apuntado por diferentes Audiencias Provinciales con relación al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores tipificado en el artículo 225 bis CP. Así, la SAP de Jaén de 17 de julio de 2012 (ECLI:ECLI:ES:APJ:2012:939): *“El bien jurídico protegido por el artículo 225 bis es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar, pues el precepto se encuentra sistemáticamente incluido en el Capítulo III: “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, comprendido en el Título XII:*

"Delitos contra las relaciones familiares", del Libro II: "Delitos y sus penas". Y también ampara ese precepto la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos, siendo la permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural un aspecto derivado de los anteriores". El AAP de Cantabria de 22 de marzo de 2012 (ECLI:ECLI:ES:APS:2012:847A) se refiere al *"derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar"*.

También, el AAP de las Palmas de 25 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APGC:2011:777A), siguiendo lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Barcelona en distintas ocasiones, se refiere como bien jurídico protegido al *"derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los 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"*. En consonancia con ello, el AAP de Tarragona de 16 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APT:2016:713A) considera que *"lo que se protege es la dignidad del menor en cuanto titular del derecho fundamental a la estabilidad familiar que se integra por los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas"*.

Sin embargo, en contra de las posturas anteriores se pronunció García Pérez (2010). Este autor entiende que no se tutela el derecho a relacionarse regularmente con sus progenitores, ya que, en ese supuesto lo relevante no sería la retención o sustracción, sino el hecho de impedir que los menores se relacionen con el otro progenitor con independencia de si existe o no consentimiento o una resolución judicial que ampare tal conducta.

A tenor de lo expuesto en este apartado, conviene también preguntarse cuál es el bien jurídico protegido en el supuesto de que la guarda y custodia del menor no esté atribuida a los progenitores. Con relación a ello, Guardiola García (2008) considera que encuadrar el bien jurídico en la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar o en la relación con sus padres, resulta insatisfactorio cuando el menor se halla en instituciones de custodia. En estos supuestos, lo que resulta relevante es que *"se le sustrae del ámbito legalmente establecido para su custodia, ámbito que determina el área de convivencia en la que deberá desarrollarse como persona"*. Rosa Cortina (2010) entiende que, en estas situaciones, lo que se tutela es el derecho a recibir la protección legalmente prevista para casos de desamparo.

Así, la SAP de Salamanca de 4 de marzo de 2013 (ECLI:ES:APSA:2013:191) en relación con un supuesto en que los progenitores no devolvían a sus hijos menores a la Junta de Castilla y León, que era quien ostentaba la tutela legal de los mismos, puntualizó que el delito previsto en el art. 225 bis CP *"parece querer tutelar más que la patria potestad, la custodia atribuida por resolución legítima . También indirectamente se está protegiendo el interés fundamental del menor quien, en principio, se halla depositado por resolución judicial o administrativa en el domicilio adecuado para su desarrollo normal como ser humano junto con el progenitor o institución que, tras un juicio con los derechos constitucionales de contradicción y defensa de las partes, entiende quien resuelve que es el más indicado para el menor en los procedimientos o expedientes seguidos"*.

d) Pluralidad de bienes jurídicos protegidos: protección de los intereses del menor y el respeto al funcionamiento pleno de la Administración Pública

Como se señaló anteriormente, algunos autores han entendido que el delito de sustracción de menores es un delito pluriofensivo. Entre ellos, Martos Núñez (2019) considera que se protegen diferentes intereses del menor: su libertad, su seguridad, la familia, la paz en las relaciones familiares y la patria potestad o la tutela. También, Monge Fernández (2017) considera que el bien jurídico protegido “*reviste un carácter pluriofensivo y está compuesto por los derechos del menor y la paz en las relaciones familiares*”.

Por otro lado, Marín de Espinosa (2014) entendió que podía diferenciarse atendiendo a si se busca tutelar únicamente los intereses del menor o si, además, se atiende también a los del progenitor. Considera, además, que puede añadirse una tercera posición que defiende que se trata de salvaguardar los intereses del menor y el respeto al funcionamiento pleno de la Administración pública. La autora mencionada entiende que se trata de proteger no solo los intereses del menor, sino también, el buen funcionamiento de la Administración.

También García Pérez (2010), considera que se trata de un delito pluriofensivo que tutela el bienestar personal del menor pero, además, el buen funcionamiento de los poderes públicos. Como postura afín a esta, Rosa Cortina (2017) considera que este delito intenta “*proteger a los menores, el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos y viceversa, como a la propia Administración de Justicia, y a las funciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores*”.

No obstante, el AAP de Cádiz de 3 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APCA:2020:1243A) insiste en que “*no constituye bien jurídico protegido la intangibilidad o ejecutoriedad de la resolución judicial o administrativa*” y apunta como bien jurídico protegido al “*menor, el bienestar de este, su derecho a unas relaciones paterno filiales normalizadas, que debe estar al margen de las diferencias que puedan existir entre sus padres*”.

Si bien, conviene hacer referencia también al AAP de Barcelona de 30 de julio de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:7233A), que alude a las discrepancias en la doctrina acerca de la concreción del bien jurídico protegido y reconoce la pluralidad de bienes jurídicos protegidos señalando que “*frente a posiciones que vendrían a asimilarlo a unicidad de bien (interés preponderante del menor, traducido en sus vertientes de seguridad, derechos -singularmente los inherentes a la patria potestad- y libertad ambulatoria) otras sostienen pluralidad (esto es, intereses del menor, de los progenitores y del normal funcionamiento institucional -dadas las referencias a resoluciones judiciales y administrativas-)*”.

Como reflexión, con relación a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores, resulta complicado concretarlo con exactitud. Parece aconsejable decantarse por posturas más laxas y entenderlo como un delito en el que se tutelan pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Así, el interés superior del menor debe servir siempre como pauta interpretativa, además de desplegarse una efectiva protección sobre sus derechos. Todo ello, sin olvidar que la relación entre los progenitores y el menor o, entre la institución que tiene atribuida su guarda y custodia y el menor, es una relación caracterizada por la reciprocidad y, por ello, resultarían lesionados los derechos de unos y otros. Sin perjuicio de que, el respeto por el funcionamiento de las Administraciones públicas, se pueda entender también tutelado si se tiene presente que

este delito requiere del incumplimiento de una resolución judicial o administrativa para que se entienda cometido.

II.3 El sujeto activo

II.3.1 El sujeto activo en sentido estricto

En primer lugar, como opina Torres Fernández (2004), el delito de sustracción de menores es un delito especial, ya que, solo puede ser cometido por los sujetos que tengan la cualidad requerida en el tipo penal. Fernández Bautista (2015) señala que se configura como un delito especial porque únicamente los progenitores pueden ser sujetos activos del mismo, todo ello, dejando a un lado lo dispuesto en el apartado quinto al que se hará referencia con posterioridad. No obstante, han surgido discrepancias a la hora de encuadrarlo como un delito especial propio, que tiene lugar, como opina Rosa Cortina (2017), cuando no existe otro tipo penal paralelo aplicable a quien no reúne las cualidades necesarias para ser sujeto activo o si, ciertamente, se trata de un delito especial impropio.

Algunos autores, como Prats Canut (2008), consideran que se trata de un delito especial impropio. Marín de Espinosa (2014) justifica tal calificación como delito especial impropio señalando que, si un sujeto realiza la conducta descrita en el artículo 225 *bis* CP, sin la cualificación exigida en dicho precepto, serán de aplicación los delitos contra la libertad ambulatoria previstos en los artículos 163 y siguientes del Código Penal.

No obstante, la mayoría de la doctrina entiende que se trata de un delito especial propio; entre ellos, García Pérez (2010) o Díez Ripollés (2004) que afirma que *“ello no puede ser cuestionado por la existencia del delito de detenciones ilegales de los arts. 163 y 165, protector de un bien jurídico distinto”*. En el mismo sentido se pronuncia Rosa Cortina (2017) que considera que el delito de detenciones ilegales sanciona acciones ontológicamente distintas. También la Sentencia del JCP de 2 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:4896) apunta que *“estamos ante un delito especial propio, pues solo puede ser cometido por las personas en quienes concurren las características personales mencionadas”*.

En segundo lugar, el artículo 225 *bis* 1 CP se refiere al *“progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”*. Se considera, por tanto, que puede ser sujeto activo tanto los padres biológicos como adoptivos a tenor de la protección que dispensa el art. 39.2 CE y el art. 108 CC (Lloria García, 2008). Además, Rosa Cortina (2017) considera que, debería incluso admitirse como sujeto activo al progenitor cuya paternidad aún no se ha reconocido, siempre que, posteriormente, resulte acreditada.

Aún cuando la redacción del precepto se refiere al progenitor, en singular, pueden plantearse supuestos de coautoría en los que intervengan ambos progenitores cuando se haya atribuido a un tercero la custodia del menor (Torres Rosell, 2011). Respecto a ello se pronunció el AAP de Tarragona de 26 de julio de 2012 (ECLI:ES:APT:2012:959A) *“cometerá el delito el progenitor que “traslada” al menor de su lugar de residencia, que se lo lleve, sin el consentimiento del otro progenitor que tiene confiada su custodia o de cualquier otra persona que la tenga atribuida (en cuyo caso el delito lo pueden cometer los dos progenitores)”*.

Una cuestión interesante que se plantea es, si los padres biológicos, que han dado al menor en adopción, pueden ser sujetos activos del delito si sustraen al menor de la custodia de los adoptantes. Rosa Cortina (2017) considera que, tras la adopción,

jurídicamente solo se consideran como progenitores a los adoptantes. No obstante, el vínculo biológico subsiste y cabría subsumir los hechos en el tipo de sustracción de menores. Afirma, además, que sí *“podrían ser sujetos activos los padres biológicos en relación con el hijo respecto del que se ha constituido un acogimiento”*.

También, Monge Fernández (2017) entiende que, si la tutela del menor se ha encomendado a una institución, los padres que sustraigan o retengan al menor vulnerando el derecho de tutela serán sujetos activos del delito. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Asturias de 5 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APO:2016:3404) que confirma la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal condenando a los progenitores como autores de un delito de sustracción de menores tras recoger al menor del centro perteneciente al Principado que tenía encomendada la tutela del menor. Se indica en la mencionada sentencia que *“el menor salió respaldado por sus progenitores sin autorización alguna y con oposición expresa de la educadora”* y que *“el ilícito fue contrario a la protección del menor y al régimen de custodia que se le dispensaba”*.

Como postura contraria a las anteriores, se puede apuntar la de Lloria García (2008) que sostiene que, en el caso del menor dado en adopción, rotos los vínculos jurídicos no se podrá hablar de sustracción de menores cuando la conducta se realice por los padres biológicos. Así, afirma que *“lo que se pretende preservar es el derecho del menor a relacionarse con su padre y con su madre, derecho que ya no posee el padre/madre biológico que ha dado al menor en adopción”*.

Otra cuestión de vital importancia, que se ha planteado en torno a este delito, es si podría entenderse cometido tanto por el progenitor custodio como por el no custodio. La mayoría de la doctrina y de los tribunales han venido entendiendo que únicamente puede cometer este delito el progenitor no custodio, dictándose numerosos autos de sobreseimiento al considerar que el progenitor que ostenta la custodia no puede ser sujeto activo de este tipo penal.

En este sentido se ha pronunciado Díez Ripollés (2004) que alude a los progenitores *“que no sean titulares de la guarda material de su hijo menor”*; Sánchez Linde (2013) que se refiere como sujeto activo al progenitor que *“no ostente la custodia del menor al tiempo de cometerse el delito”* o Martos Núñez (2019) que apunta a *“aquel de los progenitores que no tiene atribuida la custodia plena del menor, sino que goza de un régimen de visitas o una custodia compartida”*. El AAP de Valladolid de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:152A) manifiesta respecto a ello que: *“sujeto activo del delito sólo pueden serlo los progenitores, y concretamente aquel de los progenitores que no tiene atribuida la custodia plena del menor, sino que tiene atribuido un régimen de visitas o como mucho una custodia compartida”*.

También Rosa Cortina (2017) considera que este tipo delictivo solo puede aplicarse cuando, quien sustrae al menor, es el progenitor no custodio, con intención de impedir las relaciones con el progenitor custodio y siempre que haya recaído una resolución atribuyéndole la guarda y custodia. En relación con ello, Monge Fernández (2017) entiende que debe realizarse una interpretación restrictiva del tipo y que respete los principios de proporcionalidad y ultima ratio y tenga presente el carácter subsidiario del Derecho Penal entendiendo que, los problemas relativos a la regulación del derecho de guarda y custodia de los hijos menores, deben ser dirimidos en el ámbito civil.

Sin embargo, algunos autores han venido diferenciando entre la conducta prevista en el art. 225 bis 2.1º (traslado) y la conducta prevista en el art. 225 bis 2.2º (retención). Así, Torres Rosell (2011) entiende, respecto a la modalidad de traslado, que la referencia al consentimiento del progenitor custodio lo excluye del ámbito de sujetos

activos. Si bien, ello puede llevar a admitir, a sensu contrario, que el progenitor custodio puede realizar la conducta de retención del menor (Lloria García, 2008).

En relación con la modalidad de traslado, la SAP de Girona de 10 de agosto de 2018 (ECLI:ES:APGI:2018:1749) entendió que: *“el tipo requiere la "falta de consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente" y si el menor convive habitualmente con la madre ésta no podría ser sujeto activo del delito, es decir el tipo requiere una situación que implique que el menor habitualmente convive con uno de sus padres, pero también que no convive habitualmente con el otro”*.

García Pérez (2010) entiende que se plantea una situación distinta si estamos hablando de custodia compartida. Pero, considera que las conductas de sustracción o retención no tienen la misma gravedad si son efectuadas por quien ostenta la custodia del menor, ya que, el bienestar del menor no corre en este caso los mismos riesgos. Si bien, si se trata de custodia compartida ejercida alternativamente por ambos progenitores, el AAP de Girona de 8 de enero de 2021 (ECLI:ES:APGI:2021:145A) considera que *“el progenitor que unilateralmente traslade de residencia a un menor, impidiendo al otro el ejercicio de la guardia y custodia cuando le corresponda, puede ser sujeto activo del delito”*.

Guardiola García (2008) también señala que, si el menor convive con ambos progenitores y uno de ellos lo traslada fuera del alcance del otro, no realiza un acto válido en cuanto titular de la patria potestad y podría tratarse de una conducta típica por alejarlo del otro progenitor con quien también convivía.

Por su parte, Vicente Martínez (2019) resume los argumentos utilizados por la jurisprudencia para entender que únicamente el progenitor no custodio puede ser sujeto activo del delito. En primer lugar, la propia Exposición de Motivos de la LO 9/2002 alude expresamente, como bien apunta la SAP de Tarragona de 19 de junio de 2014 (ECLI:ES:APT:2014:765), a *“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 legalmente atribuidas al otro”, “ratificando así que el sujeto activo de las conductas típicas introducidas por la nueva normativa sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia, y no quien ostenta ésta”*.

En segundo lugar, los apartados tercero y cuarto del artículo 225 *bis* CP contienen expresiones que solo pueden ir referidas al cónyuge apartado de la convivencia. A ello se refiere el AAP de Barcelona de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:5882A), en idéntico sentido que el AAP de Sevilla de 26 de enero de 2005 (ECLI:ES:APSE:2005:201A): *“la «restitución» o «devolución» del menor, se entiende que «al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado», en los propios términos legales, es decir, al progenitor o institución que tenía previamente consigo al menor sustraído, pues de otro modo no tendría sentido gramatical hablar de devolución o restitución”*.

Sin embargo, se pueden encontrar algunas posturas discrepantes de esta línea mayoritaria. Así, el voto particular de Francisco Viera Morante contenido en el AAP de Madrid de 29 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:12921A), estimó que podría ser sujeto activo del delito el progenitor custodio que trasladase a sus hijos menores: *“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”.

También, debe tenerse presente que la SAN de 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642) supuso un cambio importante en la interpretación del art. 225 bis CP. La citada resolución hace referencia al art. 3.a) del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 que establece que, se considera traslado ilícito el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona. Así, apunta que ambos progenitores *“tienen el derecho de custodia conjunto. De modo que la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal”.*

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional del año 2016, anteriormente citada, condena por delito de sustracción de menores al progenitor custodio tras la siguiente reflexión: *“la protección del lugar de residencia del menor, y por tanto de su entorno afectivo, es el eje del artículo 225 bis.2.1º y 2º, primando el interés del menor sobre las desobediencias judiciales o administrativas y las propias discrepancias de la pareja genitora, protegiendo su marco habitual de referencia, ubicado en la residencia fijada por decisión parental, resolución judicial o administrativa. Se trata del interés del menor frente al ejercicio arbitrario del derecho de custodia ejercido ope legis. En consecuencia, es de aplicar el artículo 225 bis apartados 1 y 2. 1º que castiga el traslado de un menor, sin causa justificada, de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente”.*

Con relación a alguna de las últimas posturas adoptadas por el Tribunal Supremo, se puede aludir a la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1404) que, pese a considerar que no existe delito de sustracción de menores por diversos motivos ajenos a quién ostentaba la custodia del menor, puntualiza que *“no se trata de que sólo el progenitor custodio pueda incurrir en traslado o retención ilícita, pues esta exclusión del sujeto activo, solo resulta predicable del progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta y con independencia del régimen de visitas establecido; de modo que, en casos de atribución conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia”.*

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en los párrafos anteriores, debe tenerse presente lo manifestado en el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que indica expresamente: *“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”.*

La modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2021 parece dar solución a la cuestión apuntada y modifica el apartado segundo del art. 225 bis CP que actualmente dice *“sin consentimiento del otro progenitor”*, en lugar de *“sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente”*. En consecuencia, al permitirse que el progenitor con quien conviva habitualmente el menor pueda ser sujeto activo del delito, se posibilita que, tanto el progenitor custodio como el no custodio puedan ser considerados sujetos activos del tipo delictivo objeto de estudio, como ya venía

apuntando la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1404) a la que ya se hizo referencia.

En relación con dicha modificación legislativa, cabe hacer referencia al AAP de Barcelona de 19 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:8848A), que revoca el archivo del procedimiento señalando lo siguiente: *“la nueva redacción simplifica el enunciado, haciendo simple referencia a la sustracción de menor cometida "sin consentimiento del otro progenitor" aglutinando como sujeto activo, por tanto, a cualquiera de ellos, con independencia de quién ostente la custodia. La nueva ley entró en vigor el pasado 25 de junio. Puede alegarse que los hechos ocurrieron cuando del artículo 225 bis C.P. solo era predicable como sujeto activo el progenitor no custodio, pero lo cierto es que, por su propia naturaleza, el delito que nos ocupa es un delito permanente, que se extiende en el tiempo, y que se considera terminado cuando cesa la situación provocada con su comisión”* y *“la STS de 21 diciembre de 1990 ya resolvía la cuestión en estos términos: tratándose de delitos permanentes que, por tanto, se están cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica comisiva, si durante ese periodo de infracción sostenida del ordenamiento penal, y antes del cese de los efectos antijurídicos de la infracción, entra en vigor una norma penal más rigurosa, ésta será aplicable a esa porfiada conducta, sin que ello suponga retroactividad alguna ad malam partem”*.

Como reflexión a lo estudiado en los párrafos anteriores, cabe señalar que, en aquellos supuestos en que ambos progenitores ostentan la custodia del menor, apreciar que únicamente podía ser sujeto activo el progenitor no custodio suponía admitir la posibilidad de que uno de ellos trasladase al menor, sin consentimiento del otro, pero también sin ninguna consecuencia penal. Ello resultaría contrario a la tutela del bien jurídico que se trata de proteger, ya que, se estaría privando al otro progenitor y al menor de relacionarse entre ellos.

II.3.2 Los sujetos activos extensivos

El apartado quinto del art. 225 *bis* CP contiene una cláusula de extensión que incluye, como posibles sujetos activos de este delito, a otras personas en las que concurren determinados vínculos de parentesco con el menor o con el progenitor (Vicente Martínez, 2019). Estos son los ascendientes del menor (abuelos y bisabuelos) y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, esto es, hermanos propios, cónyuges de éstos, así como los del otro progenitor. Entendiendo incluido tanto el parentesco natural como el adoptivo (Rosa Cortina, 2017).

Marín de Espinosa (2014) entiende que la literalidad del precepto podría dar lugar a dos interpretaciones posibles: entender que se refiere a todos los ascendientes del menor o entender que la limitación hasta el segundo grado afecta también a los ascendientes. Teniendo presente la normativa civil, considera que la primera interpretación es la más coherente. Por otro lado, Alonso Carvajal (2005) precisa que no serían autores, en sentido estricto, los parientes con un grado de consanguinidad o afinidad más alejado al indicado, ni tampoco la pareja del sustractor. Sin embargo, se puede apuntar que, la SAP de Asturias de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APO:2014:2458), condenó a la pareja sentimental de la progenitora como responsable de un delito de sustracción de menores.

La razón de ser de esta extensión de la cualidad de sujetos activos, más allá de los progenitores, radica en que dichos parientes no son ajenos al círculo familiar desde un punto de vista sociológico (Rosa Cortina, 2017). Por su parte, Díez Ripollés (2004) consideró que se trata de sujetos que tienen con el menor alguna de las relaciones de

parentesco que establecen obligaciones como la de suministrar alimentos o ser llamados para ejercer la tutela.

Sánchez Linde (2013) afirma que existen numerosos casos en los que dichos familiares auxilian al progenitor y, por ello, el legislador los incluye en la conducta típica y equipara a nivel punitivo a los sujetos indicados. Así lo entiende la SAP de Salamanca de 4 de marzo de 2013 (ECLI:ES:APSA:2013:191): *“en primer lugar, es sujeto activo el progenitor. En segundo lugar, y ex aequo con aquellos progenitores, los ascendientes y parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad del menor que hayan incurrido en la anteriormente citada conducta”*.

No obstante, existen posturas discrepantes acerca de dicha extensión. Torres Rosell (2011) entiende que el apartado quinto del art. 225 bis CP posibilita castigar la sustracción cuando sean estos parientes quienes realicen la conducta típica, ya que, de otro modo y, atendiendo a los principios que rigen la participación, las conductas no podrían ser sancionadas más que en los supuestos en que la sustracción la realizase el progenitor y ellos colaborasen con él. Por su parte, Queralt Jiménez (2015) afirma que *“esta cláusula de extensión de la penalidad es de aplicación sólo si no interviene el progenitor”*.

Guardiola García (2008) interpreta que la conducta de estos sujetos debe ser la de auxiliar al progenitor, puesto que, se dan situaciones en que dichos parientes sustraen al menor para ponerlo en poder del progenitor. Considera que la cláusula de extensión que se recoge en el art. 225 bis CP debería entenderse limitada a estos supuestos. En sentido contrario, Rosa Cortina (2017) opina que sería de aplicación el tipo incluso en los supuestos en que los sujetos activos extensos actúen sin connivencia con alguno de los progenitores del menor.

En relación con lo expuesto en los párrafos anteriores, la SAP de Asturias de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APO:2014:2458), condenó a los abuelos como responsables de un delito de sustracción de menores al considerar que: *“no solo prestaron su apoyo moral y económico a su hija, sino que participaron activamente y con un carácter decisivo en la consumación del hecho delictivo sustrayendo a la niña del entorno de su padre, contribuyeron a su ocultación*

Dicha autoría aparece justificada y se considera va más allá de un mero encubrimiento que determinaría su exención de responsabilidad conforme a lo establecido en el artículo 454 del Código Penal, pues como se dijo todos ellos eran perfectos conocedores de la situación existente y especialmente de la obligación que pesaba de hacer entrega de su hija al otro progenitor”.

Como conclusión, puede destacarse que el precepto señala literalmente que se castigará a los sujetos mencionados cuando *incurran* en las conductas descritas. El término *“incurran”* no parece limitar los supuestos de autoría a aquellos en que los sujetos activos extensos únicamente colaboren con el progenitor, por ello, como señala Rosa Cortina (2017), *“no distinguiendo la ley, no debe hacerlo el intérprete”*.

II.4 El sujeto pasivo

Como apunta Monge Fernández (2017), la concreción de quién es el sujeto pasivo en este delito depende de la postura que se haya adoptado en lo que al bien jurídico protegido se refiere. Así, como sujeto pasivo del delito se ha venido señalando tanto al menor como al progenitor a quien se le priva de la posibilidad de relacionarse con su hijo; incluso, podrían considerarse también como sujetos pasivos los abuelos que se ven privados de la compañía del descendiente cuando tienen derecho a ella (Rosa

Cortina, 2017). En este sentido se pronuncia también Lloria García (2008) que afirma que el sujeto pasivo es plural y que son titulares del bien jurídico el hijo menor, los padres o los abuelos que ven perjudicado su derecho a relacionarse libremente. Así, el AAP de Barcelona de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:8463A) señaló: “*en este caso no podemos obviar que el delito de sustracción de menores tiene como sujeto pasivo no solo al niño sino también al abuelo, que fue privado ilegalmente de su derecho de guarda*”.

Alonso Carvajal (2005) considera que, si se entiende que la libertad y la seguridad son el bien jurídico protegido, la víctima del delito es el hijo menor y también el progenitor privado ilícitamente de la relación con su hijo, lo que conllevaría la correspondiente indemnización. Por su parte, Marín de Espinosa (2014) apunta además que, si se considera que la sustracción implica una desobediencia a la autoridad, se entendería perjudicada colectivamente la ciudadanía.

También el AAP de Valladolid de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:152A) defiende la pluralidad de sujetos pasivos: “*Sujeto pasivo es el hijo menor de edad, cuyos derechos se consideran superiores y prevalentes a los intereses de sus padres, pero también es sujeto pasivo de este delito el otro progenitor que, teniendo atribuida por resolución judicial o administrativa la guarda y custodia del menor por haberse estimado lo más beneficioso para éste, se ve privado de forma arbitraria del derecho de guarda y custodia sobre el hijo menor de edad*”. Esta postura es la mantenida por las Audiencias Provinciales desde hace años, así la SAP de Navarra de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:879) también señaló: “*sujeto pasivo el hijo menor, así como el otro progenitor, en cuanto titulares del bien jurídico lesionado por la conducta típica*”.

Con relación al hijo menor como sujeto pasivo, conviene precisar que el art. 484 del Código Penal de 1973 establecía como tope máximo, en el tipo de sustracción de menores, la edad de siete años. Esta edad fue la utilizada tradicionalmente desde el Código de 1848; no obstante, se ha eliminado el límite de edad en la redacción actual del Código Penal de 1995 y se hace referencia únicamente al “menor de edad”.

El Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores señala en el art. 4 que “*el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años*”. Sin embargo, como apunta Monge Fernández (2017), ello no es óbice para garantizar la protección de los menores en la esfera penal hasta los 18 años, sin perjuicio del derecho del menor a ser oído. El artículo 225 *bis* CP se refiere textualmente al hijo menor y, de conformidad con la ley española, se debería entender incluidos a los menores de 18 años sea cual sea su nacionalidad (Alonso Carvajal, 2005).

En relación con ello, han surgido diferentes posturas cuestionándose si todos los menores de edad adolescentes pueden considerarse sujeto pasivo de este delito, estando dividida la doctrina, entre quienes admiten y quienes niegan esta posibilidad. Por ejemplo, Marín de Espinosa (2014) considera que se deberá atender al caso concreto y a las circunstancias personales del menor cercano a la mayoría de edad para determinar si es posible encuadrar la conducta en el tipo delictivo.

Guardiola García (2008) entiende que: “*la referencia a la minoría de edad no admite interpretación tan flexible: menor de edad es el menor de 18 años*”. No obstante, sí tiene presente que, si el sujeto es un menor con madurez suficiente, podría hablarse del tipo delictivo previsto en el art. 224 CP si el menor decidió libremente (si hubo

verdadera inducción) o, si el traslado o retención fue contrario a su voluntad, se debería acudir al delito de detenciones ilegales.

En sentido similar a lo expuesto en el párrafo anterior se pronuncia Lloria García (2008) entendiendo que, si el menor elige libremente, debería eliminarse cualquier responsabilidad penal y analizar en vía civil si es conveniente un cambio del régimen de custodia y visitas. Si bien, esta autora interpreta que, si la sustracción se perpetra en contra de la voluntad del menor con capacidad de decidir, resultaría aconsejable la aplicación del tipo de detención ilegal. Por su parte, Rosa Cortina (2017) afirma la necesidad de tener presente el concepto de menor maduro imperante en el Derecho Civil, el cual, con su consentimiento, podría enervar la antijuridicidad de la conducta. Coincide su opinión con las reseñadas anteriormente: *“en los casos de menores maduros en los que la sustracción, perpetrada contra su voluntad, implique privación de libertad devendrá aplicable el tipo de detención ilegal”*.

A propósito de lo señalado, se pronunció también la SAP de Álava de 27 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:753) que dice: *“no afirmamos que la simple voluntad del menor pueda ser causa suficiente para dejar sin efecto lo decidido en sentencia, sino que cuando la decisión de un menor, con considerable grado de madurez, en el ejercicio de su autonomía personal constitucional y legalmente garantizada es la de abandonar el Centro Tutelar reuniéndose con sus padres no queriendo ser reintegrado, sin que existan otras pruebas que nos hagan restar credibilidad a su declaración o de las que se pueda inferir una clara voluntad de "retención" de los acusados es difícil inferir en los progenitores, o lo que es lo mismo, existen serias dudas, de que concurriera en ellos una firme intención de "retención" con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido. Por todo lo anterior, el motivo se estima, ergo, los acusados deben ser absueltos del delito que se les imputaba ex art. 225 bis, en su modalidad de "retención" respecto del menor”*.

Otros autores también han cuestionado qué sucede cuando el menor tiene madurez suficiente para decidir. Entre ellos, Torres Fernández (2004) opina que parece improbable que pueda hablarse de sustracción de menores cuando se trata de hijos de edad cercana a la mayoría de edad, ya que, cuentan con un mayor grado de autonomía personal. Considera esta autora que, por el contrario, sí cabría estimar existente el tipo delictivo cuando las conductas de retención o traslado se realizan en contra de la voluntad razonable del menor y con la finalidad de alejarlo del titular del derecho de custodia. En relación con ello, teniendo presente la libertad del menor para decidir, el AAP de Zaragoza de 3 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APZ:2010:1984A), acuerda el sobreseimiento pronunciándose en los siguientes términos: *“debe descartarse que el imputado al tener consigo a su hijo sin el consentimiento ni autorización del centro en el que se encontraba incurriera en el tipo delictivo que examinamos, por cuanto: a) no consta en forma alguna que el imputado pretendiera apartar de una forma definitiva ni permanente a su hijo del centro en el que por resolución judicial o administrativa se encontraba; más bien parece desprenderse lo contrario dado que cuando fue requerido por el órgano judicial ante denuncia del citado organismo entrega al menor. b) porque es el propio menor el que se marcha del grupo de internos del gobierno de Aragón”*.

Sánchez Linde (2013) pone de manifiesto que la redacción actual del tipo delictivo no permite dar cabida al consentimiento del menor de edad. La interpretación gramatical se orienta a entender como sujeto pasivo a todos los menores de edad. Ello, puede considerarse contrario al principio de intervención mínima, ya que, se penaliza la sustracción de un menor, de edad cercana a los 18 años, probablemente con criterio y

fuerza suficiente para impedir su traslado involuntario. Como posible solución apunta a que *“probablemente habría de proponerse un criterio mixto, en consideración conjunta con otros factores que pueden participar en la dinámica del delito, como la edad concreta del menor, su grado de madurez, su desvalimiento o su situación económica, y sobre todo escucharlo o explorarlo en todos los casos posibles”*.

Con relación al hijo menor, también numerosos autores se han pronunciado sobre la situación del menor emancipado. Así, Díez Ripollés (2004) concreta que debe entenderse como sujeto pasivo a *“toda persona no emancipada que aún no ha cumplido los 18 años”*. Concuera con ello Lloria García (2008) que entiende que no podrá ser sujeto pasivo el menor emancipado porque tiene capacidad para fijar su residencia.

Respecto a ello, Sánchez Linde (2013) interpreta que, la literalidad del texto penal no excluye expresamente a los menores emancipados pero, que habrá de entenderlos excluidos cuando no conviven con los progenitores.

Por otro lado, el hecho de no mencionar a los hijos incapaces mayores de edad en el art. 225 bis CP también ha dado lugar a diferentes opiniones. Entre otros, Lloria García (2008) y Guardiola García (2008) afirman que, dado el principio de legalidad, el art. 225 bis CP no será aplicable cuando se sustraiga a los mismos, aún cuando, como señala Torres Rosell (2011), *“hubiera podido tener sentido incluir a los incapaces mayores de edad sometidos a patria potestad prorrogada”*.

En el caso de sustracción de un mayor de edad incapaz, podrá resultar punible en virtud de otros tipos delictivos como la detención ilegal o el secuestro, ya que, su castigo por los tribunales aplicando el art. 225 bis CP *“supondría una analogía in malam partem”* (Sánchez Linde, 2013).

En conclusión, no han surgido importantes discrepancias respecto a los posibles sujetos pasivos del delito estudiado, al contrario de lo que sucedió con los posibles sujetos activos. Así, la opinión mayoritaria ha considerado que abarca tanto al hijo menor como al progenitor no sustractor y, ello en consonancia con el bien jurídico que es objeto de protección.

II.5 El tipo objetivo

II.5.1 La expresión “sin causa justificada”

El apartado 1 del art. 225 bis CP se refiere, textualmente, al *“progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”*. Por ello, teniendo presente la literalidad del precepto objeto de análisis, conviene matizar qué se debe entender por *“causa justificada”*.

Como apunta Torres Fernández (2004) la inclusión de esta cláusula puede interpretarse en dos sentidos: como referencia a la posible concurrencia de una causa de justificación, o bien, desvinculada de las causas de justificación. Marín de Espinosa (2014) se pronuncia en el mismo sentido y considera que lo que se discute es si se trata de un elemento del tipo o, si se trata de una causa de justificación.

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales también ha discrepado en torno a qué debe entenderse a raíz de la expresión *“sin causa justificada”*. Así, la SAP de Navarra de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:879) señala que *“el hecho típico del art. 225 bis exige que la sustracción del menor no este justificada, esto es “sin causa justificada”, en referencia a las causas de justificación de incumplimiento de un deber de protección hacia los hijos (art. 20.7 CP)”*. Por su parte, la SAP de Almería de 19 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APAL:2013:1755) interpreta que *“el*

tipo recoge el sintagma de "causa justificada" como elemento excluyente de la antijuridicidad del hecho, que debe estar conectada con la eficacia de la resolución judicial que ha sido pronunciada o que puede dictarse en el futuro".

Alonso Carvajal (2005) también entiende que no queda clara la intención del legislador al incluir la previsión "sin causa justificada". Sin embargo, interpreta que, habida cuenta del paralelismo existente entre el art. 225 bis CP y las previsiones contenidas en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, deben tenerse presentes las excepciones a la restitución del menor contenidas en dicho Convenio que tratan de proteger la integridad física o psíquica del menor. En el mismo sentido se pronunció Monge Fernández (2019) aludiendo a los arts. 12, 13 y 14 del referido Convenio. A ello se ha referido la SAP de Sevilla de 28 de mayo de 2004 (ECLI:ES:APSE:2004:1283A): *"esta conclusión sobre la capacidad de valoración del menor-adolescente, es lo que nos hace resolver en el mismo sentido que la Juez a quo", puesto que toda la legislación relativa a la guarda y custodia de los hijos, está presidida del principio de ,actuación en interés del menor", que igualmente orienta las estipulaciones del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980 (...) establece como excepción, a la restitución del menor, en su art. 13, que se compruebe que el propio menor se opone a su restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez, en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones"*.

Díez Ripollés (2004) considera que la expresión analizada es una alusión innecesaria a la posible concurrencia de causas de justificación. En sentido similar se pronuncia Queralt Jiménez (2015) al entender que dicha previsión legal es una redundancia inútil y que, por lo general, la causa justificada vendría originada por una situación de hecho. En consonancia con ello se ha pronunciado la SAP de Valencia de 22 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APV:2021:1095): *"la referencia a "causa justificada" no puede equipararse a la eventual concurrencia de "causas de justificación" (esto es, a la concurrencia de alguna de las causas que eximen de responsabilidad criminal del artículo 20 del Código Penal) pues dicha equiparación haría innecesaria su expresa mención en el artículo 225 bis.1. Así, causa justificada viene sin duda referida a la alegación de las razones que motivaron la conducta del sujeto activo, y supone por ello un reconocimiento de que en algunas ocasiones la conducta típica de sustracción responde al mejor interés del menor evaluado a la luz del propio sistema de valores del ordenamiento"*.

En opinión de Torres Fernández (2004), la previsión legal a la que se está haciendo referencia es un elemento del tipo. Como consecuencia de ello, un error sobre dicho elemento *"no afecta a la conciencia de la ilicitud de la conducta, sino sólo a la concurrencia o no de dicho elemento"*. También García Pérez (2010) entiende que se está aludiendo a una causa de atipicidad. En relación con ello, Muñoz Conde (2021) interpreta que se están excluyendo del tipo los supuestos en los que la sustracción está justificada, por ejemplo, *"porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviese confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimentos, educación, etc"*.

A título de ejemplo, puede hacerse referencia a la SAP de Valencia de 1 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:APV:2014:5484) que alude a distintos supuestos entendidos como "causa justificada" cuando dice: *"El concepto de causa justificada es excesivamente amplio y no queda definido en el tipo lo que otorga al Juez un amplio campo de discrecionalidad en sus decisiones. Acudiendo a una interpretación teleológica del tipo y a su vez acorde con el resto de delitos contenidos en este título*

(vid. art. 223), cabría incluir en dicho concepto cualquier circunstancia que, sin poner en peligro la seguridad del menor, permitan fundar la no restitución del menor (SAP Jaén 11/05, 20-1: absolución de progenitor que se lleva a sus hijos a Marruecos por no tener sus necesidades cubiertas; AAP Madrid 302/04, 17-6 : madre que se lleva a sus hijos por temor a un episodio de violencia del padre; Sevilla 233/04, 28-5 : madre que no devuelve a su hijo por la depresión que éste presenta y por su negativa reiterada a estar con el padre). Todo ello con la finalidad última de excluir del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante cualquier disputa entre los progenitores del menor que pueden encontrarse inmersos en un proceso problemático de separación o divorcio (AAP Tarragona 28-11-03)”.

Rosa Cortina (2017) entiende que pueden concurrir las causas de justificación previstas en el Código Penal como, por ejemplo, la del estado de necesidad. No obstante, pensar que la literalidad del precepto supone una remisión a las mismas, equivaldría a vaciar de contenido dicha expresión legal. También considera aconsejable un sistema de *numerus apertus*. En la misma línea se pronuncia Prats Canut (2008). Así, afirma que no debe establecerse “*un catálogo cerrado de circunstancias, sino que habrá que estar al caso concreto y ponderar los distintos elementos que concurran en la invocación de dicha justificación, que a pesar del nombre debe ser entendida, su concurrencia, como una causa de atipicidad y que corresponde probar a quien la invoca*”.

Con respecto a la prueba de la causa de justificación, la SAP de La Coruña de 7 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APC:2012:1413) considera que los hechos sobre los que se pretenda justificar la conducta deben estar acreditados y señala que “*sobre la concurrencia de una causa que justificase esa sustracción, pues nada se acredita al respecto, fuera de las alegaciones de la recurrente sobre deplorables condiciones higiénicas en las que se encontraba la menor, que no están probadas, ni siquiera de manera indiciaria*”.

Algunos autores, entre ellos Prats Canut (2008), Torres Rosell (2011) o Fernández Bautista (2015), entienden que, bajo la expresión “*causa justificada*”, cabe incluir todas aquellas circunstancias que razonablemente permitan fundar el no reintegro del hijo menor al progenitor que tenga su guarda o custodia, sin poner en peligro la seguridad del menor y ponderando los elementos que concurran en cada supuesto concreto.

En esta línea se ha pronunciado la SAP de La Coruña de 5 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APC:2015:3001): “*La conducta típica prevista en el artículo 225 bis Código Penal se configura como una desobediencia específica consistente en la sustracción del menor por uno de los progenitores que legalmente no ostente la guarda y custodia sin causa justificada para ello. Se considera causa justificada aquella que permita fundar la no restitución del menor en un motivo que razonablemente ampare su proceder por la vía de hecho, como podría ser que el menor no tuviere sus necesidades vitales cubiertas, o por el temor a un episodio de violencia por parte del progenitor que tuviere la custodia del menor*”.

En síntesis, la expresión *causa justificada* hace alusión a todas aquellas circunstancias que sean oportunamente alegadas y probadas por el sujeto activo y que evidencien que el traslado o retención del menor se ha llevado a cabo para salvaguardar sus intereses.

II.5.2 Las modalidades de sustracción

La estructura típica del delito previsto en el art. 225 *bis* CP está constituida por un comportamiento consistente en sustraer al menor de su lugar de residencia, trasladándolo o reteniéndolo y por un resultado material relativo a la localización del menor en otra área de guarda material (Díez Ripollés, 2004).

En sentido similar se pronunció el AAP de Cádiz de 14 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCA:2020:1060A): *“de acuerdo con el principio de taxatividad que rige en la interpretación de las leyes penales, el artículo 225 bis del Código Penal presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal”*.

Como señala Lloria García (2008), es importante dilucidar el significado del término sustracción, el cual viene definido normativamente en el apartado segundo del art. 225 *bis* CP incluyendo dos modalidades que integran el verbo típico. Alonso Carvajal (2005) consideró que podía distinguirse entre una modalidad activa y una modalidad pasiva. No obstante, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, se procederá al análisis distinguiendo entre la modalidad de traslado y la modalidad de retención, ambas entendidas como sustracción y con los mismos efectos punitivos como señala la STS de 19 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2016:84): *“el legislador en relación con el tipo básico del apartado 1, referido a la sustracción por el progenitor sin causa justificada de su hijo menor, asimila a aquella acción la retención en el apartado 2.2º, como se indica en su encabezamiento con la frase “se considera sustracción”, de forma que por disposición del legislador sustracción y retención producen los mismos efectos punitivos”*.

i) La modalidad de traslado

El apartado segundo del art. 225 *bis* CP ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. En concreto, respecto de la modalidad de traslado, el precepto legal señala actualmente *“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”*.

Con anterioridad a la mencionada modificación, la dicción literal del art. 225 *bis* 2.1º CP era la siguiente: *“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”*. La diferencia fundamental estriba en que, actualmente, se hace alusión al “otro progenitor” y no al “progenitor con quien conviva habitualmente”, lo que posibilita que pueda ser sujeto activo 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.

Aunque las consecuencias de esta modificación serán apreciables en las resoluciones que se dicten en un futuro, conviene hacer referencia a las discrepancias

apreciadas con anterioridad a dicha modificación, los requisitos necesarios para que se entienda que la conducta de traslado es típica y los medios que pueden utilizarse por el sujeto activo para efectuar el traslado.

En primer lugar, los medios a través de los que se logra el traslado no se encuentran precisados en el tipo. Díez Ripollés (2004) entiende que se incluyen los medios violentos o intimidatorios y, también, los basados en el prevalimiento, engaño o error, tanto sobre el menor como sobre otros sujetos. Sin embargo, el tipo delictivo no abarca aquellos supuestos en los que el menor abandona su lugar de residencia por voluntad propia.

En segundo lugar, Monge Fernández (2019) considera que son dos los elementos que deben concurrir: por un lado, la ausencia del consentimiento del progenitor y, por otro lado, que el traslado se produzca desde el lugar de residencia del menor.

Así, el consentimiento válido genera la atipicidad de la conducta (Rosa Cortina, 2017). En relación con ello, Prats Canut (2008) considera el consentimiento como un elemento típico. Por lo tanto, un error sobre dicho elemento debe ser tratado como un error de tipo cuya consecuencia, ante la ausencia de una modalidad imprudente, será la impunidad de la conducta.

En la esfera del consentimiento deben entenderse excluidos aquellos supuestos en los que el otro progenitor u otro familiar realizan un traslado durante los períodos en los que disfrutan del régimen de visitas convenido (Torres Rosell, 2011). Por otro lado, Díez Ripollés opina que la ausencia del otro progenitor debe referirse a la *“modificación del lugar de residencia del menor y no respecto a su desplazamiento de cualquier lugar de estancia temporal”*. También considera este autor que no es necesario que haya una oposición, siendo suficiente con que no exista un consentimiento expreso o tácito. No se entiende procedente dar relevancia al consentimiento presunto y, si se hubiese obtenido de manera viciada, daría lugar al cumplimiento del tipo.

Respecto al concepto de residencia habitual, Monge Fernández (2019) considera que debe atenderse a la idea de permanencia estable en relación con la educación del menor y, que dicho concepto no está necesariamente vinculado al concepto de vecindad administrativa o empadronamiento; sino que, lo relevante es el *animus* de hallarse en el lugar donde el menor desarrolla su vida. En el mismo sentido se pronunció Alonso Carvajal (2005) interpretando el término residencia habitual como vinculado a un *“animus de encontrarse en un lugar donde el menor satisface sus necesidades alimentarias en sentido amplio”*.

Torres Fernández (2004) afirma que el concepto de residencia es una cuestión de hecho apreciable por quien aplica la norma y relacionado con los vínculos del menor con un entorno familiar, cultural o educativo. Así, la SAP de Valencia de 24 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:APV:2005:5642): *“el lugar de residencia del menor, que, según enseña la doctrina civilista, es un dato de hecho (quid facti), resultante de la permanencia del sujeto en un lugar determinado”*.

Díez Ripollés (2004) interpreta que el lugar de residencia está relacionado con el domicilio familiar o domicilio autorizado por los titulares de la guarda y custodia del menor y no se entenderán incluidos los lugares de estancia temporal consentidos por el progenitor. Por su parte, Lloria García (2008) también considera que la residencia del menor no es solo el domicilio legal, sino los sitios donde se encuentra con autorización del custodio, refiriéndose el Código Penal al lugar de convivencia habitual del menor.

En tercer lugar, es importante reseñar que, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, han sido reiteradas las discrepancias en relación con la necesidad o no de una resolución judicial o administrativa para entender típica la conducta de traslado. Ello supone una cuestión fundamental, ya que, en los últimos años, han sido numerosos los autos de sobreseimiento o sentencias absolutorias que entendieron atípico el traslado al no mediar ninguna de dichas resoluciones. En este sentido y, a título de ejemplo, el AAP de Madrid de 28 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:6021A): *“no hay delito si quien se lleva a los menores es uno de los progenitores titulares de la patria potestad con anterioridad al dictado de una resolución judicial que atribuyera la guardia y custodia al otro progenitor”*.

Vicente Martínez (2019) aludió a dicha problemática manifestando que el art. 225 bis CP solo exige, de manera explícita, la existencia de una resolución judicial o administrativa para la modalidad de retención y no para la de traslado. No obstante, señala García Pérez (2010) que la jurisprudencia ha tomado como punto de partida lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002 que literalmente se refiere a *“cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro”*, entendiendo por ello que también, para la modalidad de traslado, es necesaria la existencia de alguna de dichas resoluciones. Así lo ha recordado el AAP de Barcelona de 30 de julio de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:7233A) cuando dice: *“la denominada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, de forma generalizada, requiere de incumplimiento grave del “deber establecido por resolución judicial o administrativa” también cuando se trata de traslado realizado por uno de los progenitores”*.

También, el AAP de Tarragona de 14 de octubre de 2009 (ECLI:ES:APT:2009:1117A), haciendo referencia a resoluciones anteriores apunta que: *“se pronuncian también la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1a, auto de fecha 20 de enero de 2005 , y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17a , Auto de fecha 29 de octubre de 2007 , exponiéndose en esta última: La aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º (en referencia al artículo 225 bis), 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 núm. 2 del apartado 2, que se refiere a la retención, sino también para el supuesto del núm. 1, que se refiere al traslado. El legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y 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”*.

Con relación a ello, Monge Fernández (2019) recuerda que en la praxis jurisprudencial se sostuvo mayoritariamente que los casos de traslado sin quebrantamiento de resolución judicial previa devienen atípicos. Marín de Espinosa (2014) también apunta que, si la pareja todavía no tiene la resolución judicial o administrativa, la conducta de traslado no será constitutiva de delito y, por ello, los tribunales instan a acudir a un proceso civil. En este sentido se pronunció recientemente el AAP de Girona de 8 de enero de 2021 (ECLI:ECLI:ES:APGI:2021:145A), órgano para el que, *“mientras no exista una resolución judicial que atribuya la custodia a uno de los progenitores o a los dos de forma compartida, ambos ostentan conjuntamente la guardia y custodia y no pueden, por ello, ser sujetos activos del delito”*.

Torres Fernández (2004) entendió que, para dotar de una mínima seguridad jurídica a los sujetos involucrados en esta clase de situaciones, convendría exigir que se haya instado previamente una decisión en vía civil sobre la custodia de los hijos y que se acuda a la vía penal solo cuando esta resolución resulte incumplida. García Pérez (2010) también considera que deben ser los jueces los que fijen con qué progenitor está mejor atendido el bienestar personal, atribuyendo en consecuencia la custodia a uno de ellos y siendo irrelevante con quién permanezca el menor hasta que no se dicte dicha resolución.

Sin embargo, este criterio empieza a resquebrajarse con el voto particular del Magistrado Viera Morante en el AAP de Madrid de 29 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:12921A): *“el número 1º no menciona esa resolución, pues no es necesaria, bastando la ausencia de consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, situación que se produce cuando fuera uno de los que, hasta el momento del traslado a otro lugar del menor, mantenía esa convivencia con el menor”*. También la SAN de 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642) consideró que debía primar el interés del menor sobre las desobediencias judiciales o administrativas y concluyó que *“solo en el apartado 2.2º se exige que la retención del menor incumpla gravemente una resolución judicial o administrativa”* y que *“la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal”*. Ello está en consonancia con lo que dispone actualmente el art. 154 del Código Civil, que fue modificado por la LO 8/2021 de 4 de junio, y que indica que la patria potestad comprende, entre otras, la siguiente función: *“Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”*.

Al referirse a la sustracción internacional, Martín Ríos (2019) ha apuntado que se puede cometer el delito tanto en familias en las que exista una previa decisión judicial o administrativa, como en las que no exista ningún fallo a incumplir. Su opinión se fundamenta en lo expuesto por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Referencia: FIS-C-2015-00006), que señala que no es necesario *“que concurra una infracción de una resolución judicial sobre los derechos de guarda y visita para que el traslado sea ilícito”*.

Además, el quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa es un requisito que no se prevé por el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Vicente Martínez, 2019). Alonso Carvajal (2005) entiende que dicho Convenio, *“y cualquier otro convenio sobre la materia, ya sea bilateral o multilateral, serán un elemento integrador del tipo”*.

Recientemente, Muñoz Conde (2021) afirma que *“la primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quién corresponde la custodia del hijo; el delito se puede cometer también cuando se traslada el menor sin consentimiento del otro progenitor”*. También, la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1404) dice: *“El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en su artículo tercero considera que hay sustracción 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” y “cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o*

conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención".

Definición que no exige resolución judicial o administrativa previa que atribuya el derecho de custodia, al prever expresamente el Convenio que tal derecho de custodia podría derivar de una atribución legal, por resultar así previsto en el ordenamiento estatal o por una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Aún cuando el tipo penal goza de autonomía absoluta respecto del Convenio que le sirve como modelo referencial, sirve en este apartado el contenido del Convenio como pauta interpretativa, para concluir que no se trata de que sólo el progenitor custodio pueda incurrir en traslado o retención ilícita, pues esta exclusión del sujeto activo, solo resulta predicable del progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta y con independencia del régimen de visitas establecido; de modo que, en casos de atribución conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia".

Como reflexión, respecto a la modalidad de traslado, resulta evidente que la ausencia de consentimiento del otro progenitor es el elemento típico fundamental. La exigencia de quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa resultaría contraria al tenor literal del precepto e incongruente con la nueva modificación que posibilita que el progenitor custodio pueda ser considerado sujeto activo del delito. Además, como ha sucedido en los últimos años, dicha exigencia ocasiona la impunidad del progenitor que durante años traslada a su hijo menor, privando al otro progenitor de todo contacto con el mismo, solo por el hecho de que no existía una resolución judicial o administrativa atribuyendo la guarda y custodia a uno de ellos cuando, en realidad, ambos la ostentaban por ministerio de la ley. En este sentido también se pronuncia el AAP de Barcelona de 30 de abril de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4872A): *"el tenor literal del precepto ("el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor...") que para nada refiere la necesidad de una resolución judicial que atribuya la custodia en el apartado 1o del párrafo 2 del artículo 225 bis CP, necesidad que no puede hacerse derivar de la expresión típica " del progenitor con quien conviva habitualmente" puesto que, de una parte, el menor puede convivir habitualmente con ambos progenitores como sucede cuando los padres forman pareja y como sucedía en el caso de autos y, de otra, entender lo contrario supondría una interpretación forzada y en extremo restrictiva de la ley que comportaría la desprotección del progenitor al que ostentando conjuntamente con el otro la custodia del menor con el que además ambos padres conviven, el otro progenitor abandona llevándose al hijo común menor a otro país como sucede en el supuesto de autos".*

ii) La modalidad de retención

El apartado segundo del art. 225 bis CP señala que *"a los efectos de este artículo, se considera sustracción: 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa"*.

Torres Rosell (2011) entiende que el término retener debería interpretarse en atención a la no devolución del menor a su lugar de residencia y no en el sentido de encierro o detención propios del delito de detenciones ilegales. También Díez Ripollés

(2004) definió la retención como el comportamiento, omisivo o activo, realizado por el sujeto activo y que suponga la no restitución del menor a su residencia.

Por otro lado, Lloria García (2008) consideró que el tipo se estructura, en la modalidad de retención, como una figura de desobediencia específica que puede tener lugar cuando se niega el reintegro del menor al ejercitarse el derecho de visita o cuando se niega el derecho de visita por quien tiene la custodia. Torres Fernández (2004) considera que el tipo comprende aquellos supuestos en que la retención se ejecuta por quien tiene habitualmente al hijo en su compañía, frente a quien reclama su derecho de visita. No obstante, entiende que la sustanciación de un procedimiento penal es un medio tardío y, en ocasiones inoperante, para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho.

A pesar de lo expuesto, Rosa Cortina (2017) manifiesta que, en un primer momento, se entendieron comprendidos en el tipo de retención ambos supuestos; sin embargo, la tendencia actual mayoritaria excluye los supuestos de quebrantamiento del régimen de visitas por parte del progenitor guardador. Así lo expresa la SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:15838) cuando afirma que: *“Por otra parte, la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales incluyen en el tipo solamente los supuestos de retención con quebrantamiento de la guarda, excluyendo la retención con quebrantamiento del régimen de visitas por parte del guardador”*.

Desde el punto de vista material, en esta modalidad sí se exige la presencia de una resolución judicial o administrativa, pudiendo ser de adopción de medidas provisionales o definitivas de una separación de hecho o de derecho (Lloria García, 2008). Rosa Cortina (2017), igual que Lloria García (2008), entienden que no es necesario que dicha resolución sea firme, bastando con que sea ejecutiva. Se configura la exigencia de dicha resolución como un elemento del tipo y la ausencia del mismo supondrá la atipicidad de la conducta, al menos, en lo que se refiere a la modalidad de retención (Díez Ripollés, 2004).

En relación con ello, Muñoz Conde (2021) interpreta que la modalidad de retención abarca aquellos supuestos en los que uno de los progenitores retiene a su hijo más tiempo del previsto y, por ello, es decisivo los términos en que este redactada la correspondiente decisión judicial o administrativa.

Prats Canut (2008) entiende que la conducta de retención comporta por sí misma cierto desvalor y supone mantener dicha situación en contra de alguna voluntad. No obstante, se considera que la voluntad que se quebranta no es la del menor, sino los deberes establecidos en una resolución judicial o administrativa. Si bien, el incumplimiento de dichos deberes solo será relevante si supone la lesión o puesta en peligro de los derechos del menor.

Sin embargo, la mera existencia de una resolución judicial o administrativa y su incumplimiento no es suficiente, ya que, dicho incumplimiento debe ser grave. Para determinar la gravedad del incumplimiento puede acudirse a lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 225 *bis* CP, que hace referencia a los plazos de 24 horas o quince días para aplicar la exención o disminución de la pena (Marín de Espinosa, 2014). En este sentido, Díez Ripollés (2004) también afirma que el periodo de tiempo que el menor permanezca en poder del sustractor ha de ser significativo para que pueda hablarse de concurrencia de resultado típico. A ello se refiere el AAP de Madrid de 5 de marzo de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:2233A): *“el término "gravemente", no admite las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que*

pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor”.

La gravedad del incumplimiento es un concepto valorativo indeterminado y, como señala Prats Canut (2008), dicha gravedad debe relacionarse con los deberes recogidos en la resolución judicial o administrativa que comporten tutela de derechos del hijo menor y, por tanto, se considerará grave la conducta que comporte lesión o puesta en peligro de los derechos del hijo. La retención debe suponer una situación de permanencia en el tiempo, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia establecido (Monge Fernández, 2019).

En relación con ello, Torres Fernández (2004) entiende que es necesario que el incumplimiento *“dificulte considerablemente o impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de las facultades de custodia”*. A ello ha hecho referencia, entre otras, la SAP de Navarra de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:879): *“Es también necesario que el incumplimiento del deber establecido en la resolución sea grave, no bastando el simple incumplimiento. Tiene igualmente señalado la doctrina que: “Por ello no es suficiente para integrar el tipo el mero retraso en la devolución del menor al otro titular de la potestad sobre él, sino que es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de sus facultades de custodia, de manera que sea un hecho merecedor de la considerable pena prevista para su realización.”*”.

Muñoz Conde (2021) considera excluidos del tipo los meros retrasos en los horarios de entrega. En sentido similar, Lloria García (2008) y Rosa Cortina (2017) entienden que deben quedar fuera del ámbito de aplicación del precepto los incumplimientos leves, ocasionales o ayunos de dolo. También García Pérez (2010) afirma que no basta un incumplimiento del régimen de visitas, sino que la retención del menor debe conllevar una *“voluntad de sustituir el domicilio del menor”*.

Así lo ha manifestado el AAP de Valladolid de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:152A): *“no bastando los meros incumplimientos o retrasos en el régimen de visitas que tienen una proyección temporal, de ahí que se trate de un delito permanente, por ello la conducta ha de revestir suficiente gravedad”*. También, la SAP de Salamanca de 4 de marzo de 2013 (ECLI:ES:APSA:2013:191) señala: *“ha de ser un incumplimiento grave. Por ello no es suficiente para integrar el tipo penal descrito el mero retraso en la devolución del menor, sino que es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida el ejercicio de las funciones de custodia por su titular”*.

En resumen, de lo expuesto se denota que la modalidad de retención exige claramente dos requisitos: el incumplimiento de lo establecido en una resolución judicial o administrativa y, que dicho incumplimiento tenga una entidad suficiente para ser considerado como grave y, por tanto, merecedor del reproche penal previsto en el art. 225 bis CP.

II.6. El tipo subjetivo

El tipo subjetivo del delito de sustracción de menores tipificado en el art. 225 bis CP no presenta problemas específicos y, como señala Díez Ripollés (2004), el comportamiento deberá ser voluntario, incluyendo todas las modalidades de dolo. Así se deriva de la SAP de Álava de 27 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:753) que considera que deben abarcarse los supuestos de dolo eventual: *“en el caso enjuiciado*

podemos decir que no se puede negar que los acusados tuvieran conciencia de la antijuridicidad de su conducta, o que al menos ésta fuera contraria a derecho, bastando además con que tuvieran conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad (lo que nos llevaría a un dolo eventual)”.

El tipo delictivo no exige, expresamente, ningún elemento subjetivo del injusto adicional. Como apunta Rosa Cortina (2017) el texto legal no siguió en este punto la Proposición de Ley 122/000002 del Grupo Socialista, que exigía que la sustracción tuviera lugar “*con el fin de impedir la comunicación o estancia con el otro progenitor*”.

No obstante, Monge Fernández (2019) afirma que la jurisprudencia menor, en virtud del principio de intervención mínima, ha venido exigiendo un doble requisito para apreciar la tipicidad del delito de sustracción parental de menores. Por un lado, se requería que el dolo del autor abarcara el conocimiento de que se ha dictado una resolución judicial o administrativa que atribuya la guarda al otro progenitor. Si bien, actualmente y, tras la evolución jurisprudencial anteriormente reseñada, ello debe entenderse únicamente aplicable a la modalidad de retención. En esta línea se pronunció la SAP de Salamanca de 4 de marzo de 2013 (ECLI:ES:APSA:2013:191): “*el conocimiento de la resolución administrativa de desamparo no deja de ser un elemento subjetivo del tipo*”. Además, la STC de 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196) apuntó que “*tales resoluciones judiciales o administrativas quedan configuradas como elementos típicos que deben ser abarcados por el dolo del agente*”.

Por otro lado, se exige un dolo característico consistente en que el sujeto activo pretenda privar al otro progenitor de relacionarse con el hijo menor. En este sentido la jurisprudencia entiende que el tipo subjetivo ha de comprender la intención de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia (Torres Rosell, 2011). A ello se refiere el AAP de Cádiz de 3 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APCA:2020:1243A): “*es ínsito al tipo una "voluntad de permanencia" en la situación, y esa voluntad de permanencia debe abarcarse por el elemento subjetivo doloso requerido*”. También la SAP de Murcia de 20 de julio de 2010 (ECLI:ES:APMU:2010:1863): “*el dolo que guía la acción del sujeto activo, debiendo estar inequívocamente presidido por la intencionalidad de privar de forma prolongada al titular del derecho de custodia de la compañía de los menores, no bastando un mero retraso en la devolución de los hijos tras disfrutar del régimen de visitas*”.

Las conductas típicas deben ser ejecutadas con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia establecido (Muñoz Conde, 2021). Así lo expone, entre otros, el AAP de Lleida de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:863A): “*el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo*”.

Por último, resulta importante recalcar que, por falta de previsión legal específica, las conductas imprudentes quedarán impunes. En opinión de Marín de Espinosa (2014) dicha falta de previsión es acorde con el principio de intervención

mínima que recomienda sancionar sólo los supuestos de mayor gravedad, y ello incluye los realizados dolosamente. En relación con ello puede volver a hacerse referencia a lo expuesto por la STC de 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196): *“como el Código Penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al art. 225 bis CP es el dolo; de ahí que solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuirle responsabilidad penal por los hechos cometidos”*.

Como reflexión, para que pueda apreciarse la tipicidad de la conducta es necesario que exista, por parte del sujeto activo, la intención de alterar el régimen de custodia establecido, ejecutando el traslado o retención del menor con vocación de permanencia, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico protegido. Por ello, si no existe esta voluntad, es decir, si no se trata de una conducta dolosa, la misma quedará impune al no preverse legalmente la imprudencia en esta figura delictiva.

II.7. Los subtipos agravados

El apartado tercero del art. 225 bis CP prevé dos circunstancias por las que se puede ver agravada la pena señalada en el apartado primero. Así, la literalidad de dicho apartado tercero es la siguiente: *“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”*.

Las circunstancias de agravación previstas se integran en una estructura típica alternativa. Ello implica que el efecto agravador se produciría sólo una vez en aquellos supuestos en que ambas circunstancias tengan lugar simultáneamente (Díez Ripollés, 2004). Sin embargo, Rosa Cortina (2017) entiende que, si concurren las dos circunstancias, podría tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a aplicar.

Por otro lado, en relación con los sujetos activos de los mencionados subtipos agravados, la opinión mayoritaria es la manifestada por Rosa Cortina (2017) que entiende que se ve limitado al círculo de personas previstas en el tipo básico. En relación con ello, Prats Canut (2008) considera que, una interpretación sistemática, *“obliga a sostener que el sujeto activo debe ser el progenitor, toda vez que el supuesto agravado supone un plus de desvalor frente al radio de conductas contempladas en el tipo básico”*.

II.7.1 El traslado del menor fuera de España

En primer lugar, respecto a este subtipo agravado se ha discutido si resulta aplicable a la modalidad de retención o únicamente a la de traslado. Según Prats Canut (2008), las exigencias del principio de legalidad obligan a interpretar que, al referirse expresamente al “traslado”, queda excluida la modalidad de retención. En este sentido, Queralt Jiménez (2015) entiende que, si la modalidad de retención se lleva a cabo en el extranjero, por hallarse el menor en ese lugar disfrutando de una visita legítima, no sería de aplicación la agravante objeto de estudio.

Monge Fernández (2019) considera que, la conducta de retención internacional es asimilable a los supuestos de traslado internacional y merecería el mismo reproche penal pero, en virtud del principio de legalidad, la aplicación de este subtipo agravado a la modalidad de retención podría considerarse un supuesto de analogía *in malam partem*. Por ello, sería deseable que el legislador penal soslayara esta omisión e incluyese expresamente la conducta de retención internacional en el tipo agravado. En opinión de Díez Ripollés (2004), el uso del mismo verbo típico que en el art. 225 bis

2.1º CP (traslado) parece reflejar la voluntad del legislador de entender esta circunstancia únicamente aplicable a la modalidad comisiva de traslado.

No obstante, García Pérez (2010) entiende que dicha idea es cuestionable y que, en los tipos agravados, las circunstancias de agravación pueden formar parte de la acción base o ser posteriores a ésta. De ello concluye que, en este supuesto concreto, es indiferente si la conducta base se colma con el traslado o con la retención. Rosa Cortina (2017) también interpreta que en este subtipo pueden subsumirse, tanto las conductas de traslado, como las de retención en el extranjero tras un desplazamiento realizado conforme a Derecho. Ello se debe a que, en ambos casos, concurre la misma ratio agravatoria: privación de las relaciones con el progenitor e incremento de la dificultad de vuelta del menor al *status quo* inicial.

El fundamento de la agravación prevista se encuentra en la dificultad que entraña la restitución del menor a su ámbito de desarrollo habitual y, en el hecho de que la distancia entre el menor y el progenitor podría llegar a romper definitivamente los vínculos entre ambos (Lloria García, 2008). También considera Díez Ripollés (2004) que la seguridad personal del menor se ve más afectada si se modifica su residencia al extranjero. Con relación a lo expuesto, el AAP de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:APT:2003:437A) apunta que: *“cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño”*.

Este subtipo debe interpretarse en el contexto de los Convenios internacionales suscritos por España (Rosa Cortina, 2017). Como señala Marín de Espinosa (2014), en materia de sustracción de menores existe una amplia normativa internacional, con el objetivo de alcanzar soluciones mediante la cooperación de los Estados implicados. No obstante, la normativa internacional se centra en cuestiones civiles, materiales y procesales y no impide que se produzcan estas situaciones, pero, ofrece los mecanismos necesarios para obtener la restitución del menor. En este sentido, procede mencionar que en el ámbito civil, los arts. 778 *quáter* y siguientes de la LEC recogen *“medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”*. Además, entre los Convenios internacionales suscritos por España, cabe destacar el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, al que se ha hecho alusión anteriormente por haber sido recogido en la fundamentación de algunas de las resoluciones penales que se han analizado.

Como reflexión, respecto al incremento punitivo que supone el traslado del menor al extranjero, conviene destacar que ello resulta coherente con la dificultad que entraña en estos casos la restitución del menor. Además, como señala Monge Fernández (2019), esta exasperación punitiva conlleva ventajas en el plano práctico, puesto que, permite instar la persecución internacional de este delito y aplicar mecanismos reforzados de cooperación judicial.

II.7.2 La exigencia de una condición para la restitución del menor

En primer lugar, conviene destacar que este subtipo agravado es aplicable a las dos modalidades comisivas, traslado y retención, como han señalado Rosa Cortina (2017) y Díez Ripollés (2004).

En relación con la naturaleza de la condición, Prats Canut (2008) entiende que no es necesario que consista en una prestación de contenido económico, pero, que debe ser posible, al menos potencialmente. En este sentido, Queralt Jiménez (2015) apunta que, en la mayor parte de casos, serán condiciones de otra naturaleza, por ejemplo, referidas al régimen de visitas, vacaciones o aspectos relativos a la educación del menor. Tampoco atiende este subtipo a si se consigue o no el objetivo buscado por el sujeto activo del delito (Rosa Cortina, 2017).

En opinión de Monge Fernández (2017), la redacción de este subtipo es desafortunado, puesto que, no concreta la naturaleza de la condición, pudiendo revestir un carácter económico, personal, laboral o de otro tipo. Además, a diferencia de lo que sucede en los delitos contra la libertad, no se establece diferenciación acerca de si la condición debe ser lícita o ilícita. También Lloria García (2008) considera que es criticable que la pena no varíe atendiendo a la naturaleza de la condición, puesto que, sí se establece dicha diferenciación en sede de amenazas.

En relación con lo anterior, Prats Canut (2008) apunta que es cuestionable la equiparación entre la condición lícita e ilícita, ya que, no es comparable el desvalor de la acción que se produciría en cada uno de los casos. En sentido similar, Rosa Cortina (2017) apunta que, tal equiparación, supone una quiebra del principio de proporcionalidad.

El fundamento de tal agravante puede encontrarse en el plus de desvalor que supone la exigencia de una condición para la restitución (Prats Canut, 2008). Se equipara, por tanto, dicha conducta a la contenida en el delito de secuestro (Fernández Bautista, 2015) o, incluso, en opinión de un sector de la doctrina, se asemeja a una especie de amenaza (García Pérez, 2010).

Por otro lado, Lloria García (2008) interpreta que, el incremento de la pena a imponer, se justifica por la previsible prolongación de la sustracción y por la afectación de la voluntad del otro progenitor a consecuencia de la imposición de la condición. En la misma línea se pronuncian Monge Fernández (2017) y Rosa Cortina (2017) que entienden que, el fundamento de tal agravación reside, por un lado, en el ataque a la libertad de actuación del otro progenitor y, por otro lado, en la instrumentalización del menor.

En conclusión, respecto a la agravación que supone la imposición de una condición para la restitución del menor, sería conveniente que se especificase la naturaleza de dicha condición o, como mínimo, que se estableciesen diferencias en el marco punitivo distinguiendo entre condiciones lícitas e ilícitas, para no quebrar de este modo el principio de proporcionalidad. Así lo han señalado diversos autores, entre otros, Monge Fernández (2017) o Prats Canut (2008).

II.8 Las causas de exención y de atenuación de la pena

II.8.1 Las causas de exención de la pena

El tenor literal del primer párrafo del apartado cuarto del art. 225 *bis* CP es el siguiente: *“cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena”*.

Díez Ripollés (2004) entiende que se trata de un desistimiento referido al agotamiento del delito en el marco de un delito permanente. En el mismo sentido, Monge Fernández (2017) considera que puede asimilarse a un supuesto de desistimiento espontáneo o activo, que requiere un acto voluntario y activo y, que se configura como una causa personal de exclusión de la pena, aplicable únicamente a quien la ejecuta. Sin embargo, García Pérez (2010) interpreta que no es necesario que la restitución sea voluntaria, a diferencia de lo que acontece con el desistimiento.

Por otro lado, algunos autores como Rosa Cortina (2017) consideran que se trata de una excusa absolutoria. Corroborar esta postura Lloria García (2008), que interpreta que se prevé una excusa absolutoria que actúa como un supuesto de arrepentimiento activo. Otros autores, como Suárez Mira, Judel Prieto y Piñol Rodríguez (2011), opinan que es una causa de levantamiento o anulación de la pena. Por su parte, Torres Fernández (2004) razona que, la escasa duración de la sustracción y la conducta de devolución del sustractor, permiten caracterizar estos supuestos como una causa de atipicidad.

Resulta obvio, como señala Lloria García (2008), que la conducta exigida es alternativa. Así, el apartado señalado se refiere a dos modalidades o supuestos diferentes para los que se prevé la misma consecuencia: la exención de la pena.

En primer lugar, la primera modalidad prevista para la exención de la pena contempla un triple requisito, como señala Marín de Espinosa (2014): 1) la comunicación del lugar de estancia del menor en el plazo de veinticuatro horas; 2) el compromiso de devolución inmediata del menor; 3) que efectivamente se lleve a cabo la restitución.

Respecto a la comunicación o anuncio de devolución del menor, Díez Ripollés (2004) interpreta que el comunicante debe tener en su compañía al menor. No obstante, existen opiniones contrarias, como la de Lloria García (2008), que considera que no se pueden descartar aquellos supuestos en los que el sustractor no tenga consigo al menor en el momento de la comunicación pero, sí pueda comprometerse a restituirlo. Además, apunta que el titular de la guarda puede recibir la información de manera directa o a través de terceros.

Con relación al compromiso de devolución inmediata, Rosa Cortina (2017) entiende que, dicha devolución, no está sujeta a un plazo estricto, sino que puede superar las veinticuatro horas. También Alonso Carvajal (2005) opina que la entrega debe realizarse sin solución de continuidad pero pudiendo superar el plazo de veinticuatro horas, siempre que se haga de una manera razonable.

La referencia a la inmediatez puede interpretarse como *“la necesidad de que el sujeto ponga todos los medios para que la restitución se produzca lo antes posible”* (Lloria García, 2008). En términos similares, García Pérez (2010) considera que el concepto de inmediatez deberá interpretarse de manera flexible en función de la distancia, la disponibilidad de medios de comunicación y circunstancias personales.

Por lo que se refiere a la forma de realizar la restitución, Lloria García (2008) entiende que puede ejecutarse por el propio sustractor o a través de terceros, pero que no puede tratarse de una conducta de dejación material del ejercicio de la guarda. También García Pérez (2010) afirma que la devolución puede realizarse directa o indirectamente y que, la exigencia de restitución directa, supondría introducir un requisito que no se encuentra contemplado expresamente en el Código Penal.

En segundo lugar, se hace referencia en el párrafo primero del apartado cuarto del precepto objeto de estudio, a que la ausencia del menor no sea superior a veinticuatro horas. Esta exención solo depende del tiempo que ha durado la sustracción, sin más requisitos (Marín de Espinosa, 2014). A ello debe añadirse, como se apuntará más adelante, que el plazo de veinticuatro horas se contará desde la denuncia de la sustracción.

El fundamento de la exención de la pena se ha asociado, por algunos autores, con la salvaguarda de la seguridad del menor, puesto que, el periodo de tiempo contemplado no ha permitido crear nuevos vínculos que lo separen de su anterior entorno (Lloria García, 2008). También afirma Díez Ripollés (2004) que, con estas conductas, el sujeto activo elimina la situación de vulnerabilidad y minimiza los riesgos para la seguridad del menor mediante la disminución del plazo que dura la sustracción o, mediante la reducción de la incertidumbre sobre el paradero del menor.

Sin embargo, otros autores, como Rosa Cortina (2017), consideran que la seguridad del menor no tiene porqué estar amenazada y que, el fundamento de la exención, puede encontrarse en la mejor protección del interés superior del menor salvaguardando el derecho del mismo a un entorno estable y a relacionarse con ambos progenitores. La razón de dicha exención también puede encontrarse en que se trata así de *“evitar una mayor lesión del bien jurídico, poco comprometido aún dado el escaso tiempo transcurrido entre la sustracción y la liberación del menor”* (Suárez Mira, Judel Prieto y Piñol Rodríguez, 2011).

Como reflexión, con independencia de la nomenclatura que se le de, lo verdaderamente importante es la consecuencia práctica que se deriva del desarrollo de cualquiera de las dos conductas previstas en el párrafo primero del apartado cuarto del art. 225 *bis* CP: la exención de la pena, amparada en la previsible menor lesión del bien jurídico protegido, al reducir el período de tiempo que se desarrolla esta situación.

II.8.2 La causa de atenuación de la pena

El párrafo segundo del apartado cuarto del art. 225 *bis* CP dice textualmente: *“si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años”*. Se establece, por tanto, un subtipo atenuado o privilegiado.

Para algunos autores, como Díez Ripollés (2004), se prevé así una figura que atiende a un desistimiento por agotamiento del delito, en el contexto de un delito permanente. También, Prats Canut (2008) considera que se está aludiendo a un *“desistimiento espontáneo activo”*. No obstante, otros autores consideran que se trata de un arrepentimiento espontáneo y que, precisamente por la naturaleza de delito permanente, no puede hablarse de desistimiento, puesto que la restitución supone la terminación de un delito ya consumado, antes de un determinado plazo y por voluntad del autor (Lloria García, 2008). Esta opinión coincide con la de Monge Fernández (2017), que afirma que puede hallarse un cierto paralelismo con el delito de detenciones ilegales y que, el arrepentimiento espontáneo que se deriva de la restitución del menor, se asemeja a la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5º CP.

El supuesto atenuado alude a un plazo de quince días que, según Alonso Carvajal (2005) debe entenderse en días naturales. Sin embargo, existen opiniones contrarias, como la de Rosa Cortina (2017). Este autor interpreta que el tiempo debe contarse de momento a momento, iniciándose el cómputo a partir de la denuncia.

Además del requisito temporal, la restitución debe ser un acto voluntario, en opinión de Marín de Espinosa (2014), Monge Fernández (2017) o Rosa Cortina (2017), entre otros. En este sentido, Prats Canut (2008) entiende que, si la sustracción finaliza por la astucia o la habilidad del menor o de terceras personas, no cabe minimizar la pena que correspondería al autor del delito. A ello se refiere la SAP de Burgos de 9 de julio de 2009 (ECLI:ES:APBU:2009:625), que no aprecia el tipo atenuado porque los menores fueron encontrados por la policía. Así, señala la sentencia que: *“no devuelve a los menores a su entorno; los oculta de la visión de terceras personas en sus desplazamientos dentro y fuera de la ciudad de Burgos y mientras adquiere alimentos y dinero; pese a mantener una conversación telefónica el día 19 de Septiembre de 2.008 (el mismo día de su detención) no le indica el lugar en el que los menores se encuentran; los abandona a su suerte en el bosque mientras se desplaza para adquirir alimentos y dinero, y, solo cuando es detenido, se ve obligado a señalar el lugar en el que se encuentran sus hijos”*.

La conducta referida en este subtipo atenuado debe ser una restitución directa, no incluyéndose los casos de comunicación del lugar de estancia del menor (Monge Fernández, 2017). Aunque, Rosa Cortina (2017) señala que esta última circunstancia podría dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica.

El fundamento de la atenuación de la pena puede encontrarse, como señalan numerosos autores, en la menor afección al bien jurídico, anticipándose de esta manera las barreras de protección. Así lo han manifestado, entre otros, Lloria García (2008), García Pérez (2010), Monge Fernández (2017) o Rosa Cortina (2017). Por otro lado, Prats Canut (2008) matiza que, en su opinión, la razón de dicha atenuación es favorecer la rápida finalización de la situación ilícita y que, con ello se pretende tutelar el cumplimiento del régimen establecido en convenio, sin referencia alguna a los derechos del menor.

Si bien, respecto a lo señalado en el párrafo anterior, Rosa Cortina (2017) aclara que, si la restitución dentro del plazo señalado pone de manifiesto la falta de intención *ab initio* de apoderamiento definitivo, ello podría desembocar en la atipicidad de la conducta por falta del elemento subjetivo.

Como conclusión y, en consonancia con lo aludido en el supuesto de exención de la pena, cuando la duración de la sustracción no supera los quince días, se presume una menor lesión del bien jurídico que conlleva una rebaja de la pena, puesto que, como señala Monge Fernández (2017) *“no es idónea para alterar la adscripción personal del menor a un determinado entorno de convivencia familiar y cultural”*.

II.8.3 Requisitos comunes

El apartado cuarto del art. 225 *bis* CP contempla un supuesto de exención y otro de atenuación de la pena. Como apunta Marín de Espinosa (2014), ambos tienen en común la breve duración de la sustracción, que debe tratarse de actuaciones voluntarias y el modo en que se computan los plazos.

El párrafo tercero del apartado cuarto del art. 225 *bis* CP señala que *“estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción”*. Se ha cuestionado por algunos autores cómo debe interpretarse la referencia a la denuncia.

En relación con ello, Lloria García (2008) entiende que se trata de un requisito de perseguibilidad, no pudiendo hablarse de sustracción del menor si no existe denuncia. En sentido contrario, García Pérez (2010) considera que no es un requisito de

procedibilidad y que puede aplicarse la eximente aún sin la existencia de denuncia, puesto que, *“esta solo sirve para fijar el plazo máximo de devolución del menor”*.

Díez Ripollés (2004) considera que la exigencia de denuncia supone una garantía de seguridad jurídica a efectos del cómputo del plazo. Además, debe entenderse cumplido el requisito si lo que se interpone es una querrela.

Por otro lado, respecto a la denuncia, García Pérez (2010) señala que los plazos se contarán desde el momento de la presentación y no desde el de la admisión. Por último, entiende Rosa Cortina (2017) que la alusión a la denuncia no configura este delito como un delito semipúblico. También apunta que, *“si la devolución o el compromiso de devolución efectivamente cumplido se produce antes de la interposición de la denuncia, con más razón devendrá operativa la excusa absolutoria, aunque se haya rebasado el plazo de las veinticuatro horas”*.

El AAP de Las Palmas de 14 de abril de 2005 (ECLI:ES:APGC:2005:535A) se refiere a lo expuesto en el apartado cuarto del art. 225 bis CP: *“contemplándose unos plazos de comunicación o de entrega que aminoran e, incluso, eximen de responsabilidad al sustractor, plazos que, en todo casos, se han de computar desde la fecha de la denuncia de la sustracción”*. García Pérez (2010) entiende que el Auto anteriormente mencionado aprecia acertadamente la eximente, puesto que *“la denuncia no se interpone hasta que le es entregado el hijo, es decir, dentro de las veinticuatro horas a que aquélla tuvo conocimiento del lugar en el que se encuentra el menor”*.

En conclusión, la interposición de la denuncia juega como punto de partida para el inicio del cómputo de los plazos previstos, tanto en el supuesto de exención de la pena, como en el de atenuación de la misma. En ambos casos, se alude a conductas del sustractor que denotan su voluntad de que la situación de sustracción no permanezca o se alargue de manera prolongada, reduciendo la lesión del bien jurídico protegido y, por tanto, siendo merecedoras de un menor reproche penal o, incluso, de la exención de la pena.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL DENOMINADO “CASO JUANA RIVAS”

El denominado “caso Juana Rivas” alcanzó gran relevancia social en los últimos años gracias a los medios de comunicación. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico penal, resulta aconsejable su estudio para comprender el porqué de los fallos que se han dictado en las distintas sentencias penales.

A continuación, se procederá al análisis de los aspectos sustantivos del delito de sustracción de menores mediante el examen de la SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) y de la SAP de Granada de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25), que condenaron a Juana Rivas por dos delitos de sustracción de menores y, de la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) que, finalmente, la condenó por un solo delito de sustracción de menores.

Las referidas sentencias se pondrán en relación con lo expuesto en el marco jurídico del presente trabajo, comparando las conclusiones jurídicas que se extraen de las mismas con las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales anteriormente apuntadas.

III.1 Los hechos probados

La SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) reconoce como hechos probados, resumidamente, los siguientes: J.R. estuvo unida sentimentalmente a F.A. y, de esa unión, nacieron sus hijos menores los días 21 de abril de 2006 y 11 de enero de 2014. La pareja estuvo temporalmente separada en 2009, en que F.A. resultó condenado por un delito de malos tratos, pero decidieron reconciliarse y en 2012 se marcharon a Italia donde fijaron la residencia familiar en Carloforte.

El 18 de mayo de 2016 J.R. se trasladó a Granada con los dos menores manifestando que lo hacía para visitar a la familia y mostrando intención de volver nuevamente en un mes a la residencia familiar. Llegada la fecha de la vuelta, no lo hizo y el 12 de julio de 2016 interpuso denuncia por malos tratos contra F. A., manifestando antes a éste que se hallaba enferma y no iba a volver en la fecha prevista cuando, en realidad, había adoptado la decisión de no retornar con los dos hijos a Carloforte y mantenerlos con ella en Granada.

En esa situación F.A. promovió y obtuvo ante el Tribunal de Cagliari la guarda y custodia provisional de los dos menores el 23 de junio de 2017 y promovió procedimiento de devolución de menores ante el Ministerio de Justicia de Italia invocando el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y el Estado italiano lo remitió al Ministerio de Justicia español y este al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada que en fecha 14 de diciembre de 2016, dictó sentencia en la que acordó la inmediata restitución de los menores a Italia. El 21 de abril de 2017 la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso de apelación y mantuvo la misma resolución que había adoptado el Juzgado de Primera instancia número 3.

El 11 de julio de 2017 y el 24 de julio de 2017 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada dictó autos de ejecución forzosa por la que se le requería para que entregase inmediatamente a los menores, sin que la acusada se presentara, en ninguna de las dos ocasiones, ni diera explicación sobre su inasistencia. Además, el 26 de julio de 2017, J.R. decide ocultarse en compañía de los dos menores en lugar desconocido para todas las autoridades y agentes intervinientes, motivando que F.A. interpusiera denuncia por desaparición de los niños. El Juzgado de instrucción nº 2 de Granada que tramitó la causa ordenó nuevamente la inmediata entrega de los dos menores, que

finalmente tuvo lugar el 28 de agosto de 2017 cuando la acusada compareció asistida de ellos.

Salvo el episodio de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado ningún otro posterior, ni en 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.

III.2 La inexistencia de “causa justificada”

El apartado primero del art. 225 *bis* CP se refiere a “*el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor*”. Tal y como se señaló en el marco jurídico y, como apunta Muñoz Conde (2021), “*se excluyen del tipo las situaciones en las que dicha sustracción puede estar justificada porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviese confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimentos, educación, etc*”.

A título de ejemplo se puede aludir a la SAP de Soria de 27 de septiembre de 2010 (ECLI:ECLI:ES:APSO:2010:216) que absuelve a la acusada del delito de sustracción de menores señalando que “*los hechos no revisten la gravedad suficiente y ni denotan una intención de cambiar el régimen de custodia de forma permanente*” y, que “*la acusada creía ciertamente que los hijos podrían ser víctimas de malos tratos*”. También la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2011 (ECLI:ECLI:ES:APB:2011:9893), con anterioridad a la despenalización de las faltas, apuntó que “*podría hablarse de un estado de necesidad putativo al actuar el padre del menor en la creencia errónea de que su hijo sufría un peligro de agresión (no sólo física sino también sexual) en caso de que el mismo continuara con la madre. Más en todo caso, no pretendió sustraer al menor (abarlo sólo para sí y por siempre) sino que de lo que se preocupó el padre del menor fue de conseguir que el mismo fuera debidamente examinado a fin de asegurarse la inexistencia de lesiones y de maltrato hacia su hijo. Dicha conducta, lejos de pretender la sustracción del menor, fue orientada a su protección, si bien es cierto que lo hizo apartándose de las formas legales y por ende violando el precepto por el que ha sido condenado (la falta del artículo 622 del Código Penal)*”.

Muñoz Conde (2021) afirma que, la decisión unilateral de llevarse al menor a un lugar desconocido o de ocultarlo incumpliendo, de forma reiterada y permanente, la decisión judicial de custodia o guarda, no está en ningún caso justificada y, como ejemplo, alude al “caso Juana Rivas”. Precisamente, en este caso no se reconoce la existencia de causa justificada, ni por el Juzgado de lo Penal, ni por la Audiencia Provincial, ni tampoco por el Tribunal Supremo. El propio relato de hechos probados alude a ello en el último párrafo al señalar que “*salvo el episodio de malos tratos ocurrido en 2009, no se ha acreditado ningún otro posterior, ni en el mayor de los dos hijos, se han detectado desajustes psicológicos relacionados con malos tratos*”.

La SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) entendió que no se habían probado, en ningún proceso, los episodios de violencia manifestados por la acusada. Respecto a la denuncia presentada, señala que esta “*se interpone en un tiempo en el que ya se ha dado inicio a ese conjunto de actuaciones llevadas a cabo por la acusada para consolidar su decisión de no volver y no entregar a los niños. Cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes, se exige un análisis cauteloso, sobre todo si en ellas se relatan hechos pasados, que se pudieron denunciar*”.

antes”. Concluye, por tanto, que no es apreciable como causa de justificación la necesidad de proteger a los menores y que, tampoco puede ampararse su conducta en que creyese que podía retener a los menores a medida que iba presentando peticiones e interponiendo recursos.

En el mismo sentido se pronunció la SAP de Granada de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25) que, de forma contundente, afirma que la acusada trata de desviar la atención del delito investigado, *“olvidando que el Sr. A., por más que ella lo presente como maltratador, no ha sido condenado por ello, pues la sentencia del año 2.009 fue cumplida y sus antecedentes penales han debido de ser cancelados”*. También, como se apuntó en el marco jurídico del presente trabajo, la SAP antedicha tiene en cuenta las excepciones a la restitución del menor contempladas en el art. 13 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así, concluye que no ha quedado justificada la existencia de peligro para los menores y señala que, el número segundo del citado precepto, hace referencia a *“que exista un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga a los menores en una situación intolerable. En este procedimiento es donde J. debía acreditar que concurre ese peligro físico o psíquico para los menores, y no quedó acreditado el mismo”*.

Por su parte, la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) se remite a lo expuesto en la sentencia de apelación anteriormente citada y reitera que, ha sido expresamente declarada no probada la existencia de una causa justificada que excluya la tipicidad, integrada por la intención de salvaguardar la integridad física y psicológica de sus hijos.

En conclusión, tal y como se dijo en el marco jurídico, la causa de justificación debe ser oportunamente alegada, pero también probada. Así, aunque la protección de los hijos menores ante determinadas situaciones pudiese entenderse como una circunstancia que excluya la tipicidad de la conducta, dicha causa debe probarse. En este supuesto, las tres sentencias analizadas entienden que no se ha acreditado la existencia de peligro para los menores, ni ningún episodio de malos tratos posterior al año 2009 y, en consecuencia, no existió una causa que justificase la conducta delictiva de Juana Rivas.

III.3 Las modalidades de sustracción

El apartado segundo del art. 225 *bis* CP contempla dos modalidades en el delito de sustracción de menores: la modalidad de traslado y la modalidad de retención. Ambas con requisitos diferentes para entenderse consumadas, por lo que resulta necesario constatar si concurren los mismos para entender cometido el delito de sustracción de menores.

La SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) considera que la acusada incurre en el delito de sustracción de menores por las dos modalidades *“pues consume la modalidad del párrafo 1º en un primer momento, en mayo de 2016, cuando traslada a los menores desde Italia, donde residían habitualmente”* y *“posteriormente, el 11 de julio de 2017, consume el párrafo 2º, cuando hay una resolución judicial firme del Juzgado de Primera Instancia 3 de Granada que le impone la inmediata devolución de los menores, y, de forma deliberada y consciente, vuelve a mostrar su voluntad de no entregarlos. Esta voluntad la vuelve a expresar el 26 de julio, no acudiendo a la entrega en el punto de encuentro que se le señalaba por el Juzgado”*.

Además, la resolución apuntada matiza que, en la modalidad de retención incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa, no se exige que dichas resoluciones tenga naturaleza ejecutiva, indicando que *“no es a la acusada a quién le compete interpretar si se debe ejecutar de forma inmediata o si se debe demorar la misma hasta que se resuelva el recurso, en definitiva si el recurso tiene o no efecto suspensivo, cuestión esta establecida por las leyes de Enjuiciamiento, cuya ignorancia no excusa su cumplimiento”*.

No obstante, la SAP de Granada de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25) concluye que *“la modalidad delictiva en la que incurre J. es la consistente en la retención de los menores incumpliendo el deber establecido por resolución judicial o administrativa”*, ya que, *“tras desobedecer las resoluciones judiciales que establecían la obligación que tenía de entregar a los niños al padre, finalmente los mantuvo escondidos, en paradero desconocido”*.

La Audiencia Provincial de Granada, en consonancia con otras resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, a las que ya se aludió en el marco jurídico, y teniendo presente que el delito se cometió antes de la nueva redacción del apartado segundo del art. 225 bis CP, entendió que el progenitor custodio no podía cometer el delito previsto en el art. 225 bis 2.1º CP (modalidad de traslado): *“no comete el delito previsto en el art. 225 bis 2.1º del CP, pues en tal momento J. también era custodia de los menores, quienes convivían habitualmente con ambos progenitores, siendo así que sujeto activo de este delito es el padre o madre no custodio”*.

La STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) se limita a señalar que el art. 225 bis CP recoge *“un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación”*.

En síntesis, a efectos prácticos es indiferente si se entiende cometido el delito por la modalidad de traslado o de retención. No obstante, atendiendo a lo expuesto en los hechos probados y a la dicción literal del art. 225 bis CP en el momento en que se cometieron los mismos, podría concluirse que: el traslado se realizó con consentimiento del progenitor custodio, pero la retención se produjo incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial.

III.4 El tipo subjetivo

En el marco jurídico del presente trabajo se hace referencia a que la conducta delictiva del sujeto activo debe ser voluntaria, incluyéndose ambas modalidades de dolo. Además, se exige que el dolo del autor abarque el conocimiento de las resoluciones judiciales o administrativas dictadas y, que el sujeto activo pretenda privar al otro progenitor de relacionarse con el hijo menor.

En relación con ello, la SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) afirma que la acusada *“era sabedora de la obligación que tenía de entregar los menores al padre y de forma consciente y deliberada lo incumplió. Y el argumento de haber huido para protegerse ella y proteger a sus hijos de malos tratos cuando éstos no han sido refrendados por una resolución judicial que los declare probados, carece de virtualidad justificadora, y en las circunstancias en que produce la denuncia de julio de 2016, no puede sino entenderse como un recurso procesal pre constituido ad hoc para reforzar la decisión deliberada y consciente de retener a los*

menores y no entregarlos al progenitor y, al fin, hacerse con la guarda y custodia por vía de hecho”.

La resolución dictada por el Juzgado de lo Penal de Granada recuerda lo expuesto en la STC de 2 de Diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196): *“se exige por tanto, acreditar que autor tenía conocimiento de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas -elemento intelectual-, actuó con la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de transgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles -elemento volitivo-, ya que el dolo abarca los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil”.*

También la SAP de Granada de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25) recuerda que *“lo característico de este delito es el dolo consciente en la voluntad del autor, que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con el hijo”* y, además, recalca que la acusada *“conocía la resolución dictada por el Tribunal de Cagliari, la del Juzgado de 1ª Instancia número tres de Granada, la de 21 de Abril de 2.017 de la sección quinta de esta Audiencia Provincial, siendo además requerida por el Juzgado de 1ª Instancia número tres de Granada para la devolución de los menores el 11 de Julio de 2.017 y, nuevamente el 24 de Julio siguiente, por lo que no podía llamarse a engaño sobre lo ilegal de su conducta”.*

La STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) considera que *“sería suficiente la concurrencia de un dolo general que abarque la conciencia y voluntad de trasladar o retener al menor lesionando el derecho de éste a relacionarse con ambos progenitores y quebrantando una resolución judicial, elementos ambos, como hemos dicho, probados en el caso enjuiciado”.* Tras realizar dicha reflexión, procede a aplicarla al supuesto en cuestión y recalca que tenía conocimiento de las resoluciones dictadas indicando lo siguiente: *“se descartan por completo las alegaciones defensivas relativas al maltrato o a la protección de la integridad de los menores como sostén de la acción ejecutada por la acusada, alegaciones huérfanas de apoyo probatorio alguno, y niegan la posibilidad de aplicar el error de prohibición basado en la creencia de un supuesto amparo legal de sus acciones o en el consejo de sus asesores jurídicos, que amen de desconocerse, no pueden servir de coartada, pues la acusada conocía las sucesivas resoluciones dictadas”.*

En conclusión, la conducta de la acusada resultó delictiva tras comprobarse el cumplimiento de los dos requisitos anteriormente referidos. En este caso, no cabe duda que, la acusada pretendía impedir las relaciones entre sus hijos y el otro progenitor (aunque lo hiciese con el propósito de protegerlos ante una situación de presuntos malos tratos) y, pese a tener absoluto conocimiento de las resoluciones dictadas, las incumplió reiteradamente.

III.5 El bien jurídico protegido y su incidencia en la condena por uno o dos delitos

La concreción de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores no ha sido una cuestión pacífica, como ya se explicó en el marco jurídico. Desde que entró en vigor el art. 225 *bis* CP en el año 2002, han sido muchas las posturas adoptadas en esta materia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El bien jurídico protegido es relevante para determinar, entre otras cuestiones, si se produce la lesión del mismo y puede considerarse delictiva la conducta examinada. En el “caso Juana Rivas”, adquiere especial importancia para dirimir si se han cometido

uno o dos delitos de sustracción de menores, al ser dos los menores retenidos por la acusada.

Con relación a ello, la SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) aclaró que *“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 éstos 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 de lugar a varios lesionados la conducta se sanciona como tantos delitos sean las víctimas”*.

La sentencia del Juzgado de lo Penal y la sentencia de la Audiencia Provincial mantuvieron la misma postura y condenaron a Juana Rivas por dos delitos de sustracción de menores, mientras que, la sentencia del Tribunal Supremo casó y anuló la resolución recurrida y condenó a la acusada por un único delito. La principal diferencia: cuál se consideró que era el bien jurídico protegido.

En atención a lo anterior, resulta especialmente interesante analizar estas resoluciones y comprender cómo resolvió el Tribunal Supremo la discrepancia respecto a esta cuestión. Sin olvidar que, el voto particular de la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403), disiente del parecer mayoritario, precisamente, en lo que se refiere al bien que se pretende salvaguardar con el delito de sustracción de menores. Ello, lleva a concluir que todavía no se ha alcanzado unanimidad en esta materia.

La SJP de Granada de 18 julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51) se pronunció sobre si la acusada había cometido uno o dos delitos señalando que, por un lado, el propósito era único; pero que, por otro lado, habían sido dos los menores sustraídos. Concluye además que *“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”*.

La resolución anteriormente mencionada entiende que en el delito de sustracción de menores *“se protege no sólo la efectividad de las resoluciones judiciales que haya podido establecer cierto régimen de guarda 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”*. Tras aludir al ámbito de protección, se refiere también a los sujetos pasivos del delito y coincide con la postura mayoritaria, ya mencionada en el marco jurídico del presente trabajo, considerando como sujetos pasivos *“tanto al progenitor que queda privado de las relaciones con sus hijos como a estos cuando son privados de las misma con el progenitor”*.

A tenor de lo anteriormente expuesto, el Juzgado de lo Penal apunta que *“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”* y, finalmente, como ya se señaló, condena a la acusada *“como autora de dos delitos de sustracción de menores”*.

La misma solución fue adoptada por otros Tribunales, entre otras, se puede aludir a la SAP de Álava de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:172) que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal que condenaba al acusado como autor y responsable de dos delitos de sustracción de menores. La citada resolución señala que *“el tipo penal, pues, de manera diáfana refiere la comisión de un delito por un sujeto activo en relación a un sujeto pasivo, y no es un delito permanente en el que puedan*

sufrir el perjuicio diversos niños” y, respecto a qué debe considerarse como bien jurídico protegido, indica que “es precisamente el menor, el bienestar de este, su derecho a una relaciones paterno filiales normalizadas, que debe estar al margen de las diferencias que puedan existir entre sus padres”. También cabe mencionar la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:16100) que confirmó la condena del acusado como responsable criminalmente en concepto de autor de tres delitos de sustracción internacional de menores, argumentando que, “siendo tres los menores, y tratándose del bienestar familiar de cada uno de ellos el que quedó lesionado, al margen de que aquí sin duda también se afectó su seguridad personal, es claro que tres víctimas diferentes dan lugar a tres conductas distintas aun cuando el acto materialmente se produzca a la vez”. A mayor abundamiento, puede citarse la SAP de Valladolid de 21 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APVA:2019:1320) que también condenó por tres delitos de sustracción de menores apuntando que “en el caso existieron tres resultados lesivos, al existir tres sujetos pasivos titulares de muy personales y por tanto individuales bienes jurídicos lesionados”.

La SAP de Granada de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25) condena a Juana Rivas por dos delitos de sustracción de menores señalando que, “cuando el sujeto realiza una sola acción pero con el propósito de producir varios resultados delictivos, no hay concurso ideal sino real”. La Audiencia Provincial de Granada fundamenta su resolución considerando que, el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores, “es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo 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”.

La sentencia antedicha, para determinar si se cometen uno o dos delitos por la acusada, parte de cuál es el bien jurídico, pero también, de quienes son sujetos activos y pasivos del delito. Respecto a ello, señala que “sujeto activo del delito es uno de los progenitores y sujeto pasivo el hijo menor, así como el otro progenitor, en cuanto titulares del bien jurídico lesionado por la conducta típica”. Con base a lo expuesto concluye que “el tipo penal, refiere la comisión de un delito por un sujeto activo en relación a un sujeto pasivo. Por todo ello estimamos que la recurrente cometió dos delitos de sustracción de menores pues son dos los hijos menores de edad, a los que privó de la relación paterno-filial”.

La decisión de condenar por dos delitos, también se fundamenta en el hecho de que el art. 225 bis CP se refiere a la sustracción de un menor, en singular, dando a entender que se comete un delito por cada menor. Además, recuerda la SAP de Granada que, en la conducta delictiva realizada “se atacan bienes eminentemente personales, y es un delito de resultado. Y al respecto el TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones estableciendo que cuando se ataca la libertad habrá tantos delitos como personas afectadas, (STS de 29-5-2003)”.

Martín Ríos (2019) también se pronunció sobre esta cuestión y entendió que, si se considera como bien jurídico protegido el bienestar del menor y su derecho a una relación paternofamiliar normalizada, se cometerá un delito de sustracción de menores por cada hijo que haya sido retenido o trasladado, sin que pueda apreciarse la figura de delito continuado, aun cuando se vulnere una única resolución judicial.

Por último, merece especial mención la solución adoptada por el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por la representación de Juana Rivas. Así, la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) señala que *“la acusada debe ser condenada exclusivamente por un delito de sustracción de menores, en vez de dos como se pronunciaba en la sentencia recurrida”*. Para llegar a tal conclusión, la sentencia referida entiende que, con el delito de sustracción de menores *“se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de la Haya, en evitación de que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello”*.

El Tribunal Supremo afirma que el interés superior del menor debe entenderse como criterio de ponderación, pero precisa de un concreto bien jurídico tutelado por la normal penal. Se descarta, asimismo, la libertad y la seguridad del menor como bien jurídico protegido, considerando que no se atacan bienes personales del menor, y se indica que *“debemos concretarlo en el genérico mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar”*.

La sentencia antedicha recuerda que el art. 225 bis CP se refiere a la sustracción de un menor en singular pero, que ello no abarca la integridad de los sujetos afectados que siempre resulta la familia en su conjunto. Expresamente se indica que *“el derecho de custodia quebrantado es el del progenitor, que es el instituto sobre el que se estructura la conducta típica”*. El Tribunal Supremo reconoce, además, que si hubiese más menores no desplazados resultarían también afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares y que, el progenitor víctima soporta mayor aflicción con la privación de su relación con dos hijos. No obstante, declara que *“ello según los casos, podría ser ponderado en la individualización de la pena, por la mayor gravedad del hecho, pero la ruptura de la paz en las relaciones familiares, no conlleva modo significativo una diversa alteración, cuando el traslado o la retención se realiza por el progenitor en el mismo acto en relación a un hijo que con dos”*.

Sin embargo, como ya se adelantó, la decisión adoptada no fue unánime. Así, se formuló voto particular a la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) por los magistrados D. Leopoldo Puente Segura y D. Javier Hernández García. Estos magistrados opinan que *“el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre del abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica -la sustracción o la retención (o ambas como en el caso que nos ocupa)- habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados”*.

En el mencionado voto particular se hace hincapié en que el art. 39.4 CE establece una fuerte garantía institucional de protección al señalar que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Además, se tiene presente lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera que *“los comportamientos de los progenitores que de manera arbitraria sustraen a sus hijos, privándoles de la relación parental con el otro progenitor, no solo comportan una lesión del derecho de este al contacto con el o la menor sino también una lesión del derecho del o la menor a su vida privada y familiar”*.

En relación con el argumento de que los hijos menores no desplazados también resultarían afectados por verse privados de estabilidad en su entorno familiar, en el voto particular se concluye que, si eso fuese así, *“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”*.

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo se mantiene en posteriores sentencias. Así, la STS de 18 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4323), en coherencia con lo manifestado en la sentencia del “caso Juana Rivas” y reproduciendo los argumentos ya expuestos, revoca la SAP de Valladolid de 21 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APVA:2019:1320), anteriormente citada, y condena a los acusados como responsables, únicamente, de un delito de sustracción de menores. También, en esta ocasión, se formula voto particular por el magistrado D. Leopoldo Puente Segura que mantiene que, *“el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores”*.

Como reflexión, la Sentencia del Tribunal Supremo, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación de Juana Rivas, pone el acento en el derecho de custodia que se infringe con la conducta delictiva y considera que, el número de menores sustraídos, debe tenerse presente para concretar la pena a imponer y no para determinar si se cometen uno o varios delitos. No obstante, la cuestión no ha alcanzado todavía un punto armónico, pese a los años transcurridos desde la incorporación del delito de sustracción de menores al Código Penal de 1995. No cabe olvidar que el voto particular de la referida sentencia, entiende que el bien jurídico protegido es el derecho a la vida privada y familiar de cada uno de los menores.

Las posturas mantenidas, en el fallo y en el voto particular, son contrapuestas: la postura mayoritaria pone atención en los derechos del progenitor, mientras que, el voto particular lo hace en los derechos del menor. Aunque la propia sentencia casacional se refirió al *“genérico mantenimiento de la paz en las relaciones familiares”*, también alude al *“derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores”*, por tanto, es necesario recordar que las relaciones paternofiliales son recíprocas y otorgan derechos tanto a los hijos como a los progenitores. Por último, cabe concluir que, resulta aconsejable llegar a un punto en común en esta cuestión, evitando discrepancias futuras y, facilitando la determinación de cuántos delitos se consideran cometidos si son varios los menores afectados.

IV. CONCLUSIONES FINALES

I.- La redacción originaria del Código Penal de 1995, vigente en la actualidad, no incluía el delito de sustracción de menores. Esta omisión fue soslayada por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que incorporó el art. 225 *bis*, como respuesta penal clara ante las situaciones en las que la conducta de sustracción se desarrolla por uno de los progenitores. Se regula, por tanto, este delito en un único artículo que alude a dos modalidades de sustracción, dos subtipos agravados, un subtipo atenuado, una causa de exención de la pena y a lo posibilidad de que el delito sea cometido por otros parientes del menor o progenitor.

Recientemente, la LO 8/2021, de 4 de junio, modificó el apartado segundo del art. 225 *bis* CP, permitiendo que pueda ser sujeto activo del delito tanto el progenitor que conviva habitualmente con el menor, como el progenitor que únicamente disfrute de un régimen de estancias, tal y como señaló el preámbulo de la citada Ley Orgánica.

II.- La determinación de cuál es el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores ha hecho surgir constantes discrepancias, tanto entre los autores como entre los distintos tribunales. La gran mayoría coinciden en que, el interés superior del menor debe entenderse más como una pauta interpretativa que como el bien jurídico propiamente protegido. Algunos autores entendieron que se protege la seguridad y/o libertad del menor; otros, consideran que lo es la familia, la patria potestad o la tutela.

Respecto al bien jurídico protegido, numerosos autores han entendido que, con el delito de sustracción de menores, se tutelan pluralidad de bienes jurídicos. Entre ellos, se ha hecho referencia, también, al respeto al funcionamiento pleno de las Administraciones públicas. Las opiniones más recientes y la postura mantenida por el Tribunal Supremo el pasado año es la de considerar, como bien jurídico protegido, la paz de las relaciones familiares y el derecho a relacionarse con ambos progenitores. A pesar de ello, se hace especial hincapié en el derecho de custodia.

La importancia de concretar cuál es el bien jurídico protegido se pone de manifiesto a la hora de constatar si el mismo ha sido lesionado, si puede entenderse cometido el delito de sustracción de menores o, por ejemplo, si se tutelan bienes eminentemente personales y se debe castigar por más de un delito cuando son varios los menores sustraídos. Sin embargo, esta es una materia sobre la que sigue sin existir unanimidad, como se desprende de las resoluciones más recientes analizadas.

III.- El delito de sustracción de menores se caracteriza por ser un delito especial, por lo tanto, únicamente pueden considerarse sujetos activos los progenitores, a salvo lo dispuesto en el apartado quinto del art. 225 *bis* CP, que se refiere a que también pueden cometer el delito los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Sin embargo, han surgido constantes discrepancias en esta materia y se ha discutido sobre si el progenitor custodio podía ser sujeto activo del delito. En relación con ello, han sido numerosos los autos de sobreseimiento que se han dictado concluyendo que no podía entenderse cometido el delito si, quien realizaba la conducta, era el progenitor custodio. Si bien, algunos autores han diferenciado entre las dos modalidades de sustracción e interpretaron que el progenitor custodio no podía cometer el delito por la modalidad de traslado pero sí por la modalidad de retención.

En los últimos años se dictaron resoluciones por las Audiencias Provinciales y por el Tribunal Supremo contrarias a lo señalado en el párrafo anterior y, entendiendo

que, si ambos progenitores ostentaban la custodia por ministerio de la ley, no podía uno de ellos trasladar al menor sin el consentimiento del otro. No obstante, la solución definitiva a tal cuestión viene de la mano de la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2021 que modifica el apartado segundo del art. 225 *bis* CP que, actualmente, dice “*sin consentimiento del otro progenitor*”, posibilitando que el progenitor custodio pueda ser sujeto activo en el delito de sustracción de menores.

IV.- La concreción de quienes pueden ser sujetos pasivos del delito de sustracción de menores no ha presentado grandes discrepancias. Así, la opinión mayoritaria coincide en señalar al hijo menor y al progenitor que se ha visto privado ilícitamente de relacionarse con sus hijos. Algunos autores también incluyen, entre los sujetos pasivos, a los abuelos que se ven apartados de la compañía del descendiente cuando tienen derecho a ello.

En torno a esta materia, también se ha coincidido en señalar que el menor emancipado no puede ser sujeto pasivo, puesto que, tiene capacidad para fijar su residencia. No obstante, sí se ha cuestionado qué sucede cuando el menor tiene madurez suficiente para decidir o cuenta con un mayor grado de autonomía personal, siendo en estos supuestos necesario ponderar las circunstancias que concurren en cada caso.

V.- Respecto al tipo objetivo son varias las cuestiones que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, el apartado primero se refiere a que se sustraiga al menor “*sin causa justificada*”. Se ha venido entendiendo que esta expresión abarca múltiples supuestos, que deben ser oportunamente alegados y probados, y que evidencien que la conducta se llevó a cabo para salvaguardar los intereses del menor.

En segundo lugar, el apartado segundo del art. 225 *bis* CP contempla dos modalidades de sustracción:

Por un lado, el traslado, donde lo característico es la ausencia de consentimiento del otro progenitor (antes de la modificación efectuada en el año 2021, del progenitor con el que conviviese habitualmente). Aunque en relación con esta modalidad se ha planteado si es necesario que exista una resolución judicial relativa a la guarda y custodia del menor, lo cierto es, que en los últimos años, la opinión mayoritaria opta por descartar esta exigencia por ser contraria a la literalidad del precepto objeto de estudio.

Por otro lado, se alude a la modalidad de retención. En este supuesto, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales coinciden en exigir lo que ya señala expresamente el precepto penal: que la retención se produzca incumpliendo el deber establecido por resolución judicial o administrativa y, que dicho incumplimiento, sea grave, haciendo hincapié en que no debe tratarse de un incumplimiento meramente temporal.

VI.- Con relación al tipo subjetivo, al no preverse la modalidad imprudente, la conducta delictiva debe ejecutarse voluntariamente incluyendo todas las modalidades de dolo. Se exige, además, que el dolo abarque el conocimiento de las resoluciones que se incumplen y, por otro lado, la intención del sujeto activo de privar al otro progenitor de la compañía del menor con la finalidad de alterar el régimen de custodia establecido; todo ello, con vocación de permanencia.

VII.- El apartado tercero del art. 225 *bis* CP prevé dos circunstancias por las que se puede ver agravada la pena. En primer lugar, se alude al traslado del menor fuera de España, justificándose tal agravación por la mayor dificultad que entraña la restitución del menor. Esta circunstancia agravante se entiende únicamente aplicable a la modalidad de traslado en coherencia con la dicción literal del precepto.

En segundo lugar, se refiere a la exigencia de una condición para la restitución del menor, aplicable tanto a la modalidad de traslado como a la de retención. El fundamento de este subtipo agravado reside en la instrumentalización del menor y en el ataque a la libertad de actuación del otro progenitor.

VIII.- El sujeto activo quedará exento de pena si la ausencia no es superior a veinticuatro horas o, si el sustractor comunica el lugar de estancia del menor en dicho plazo y se compromete a su devolución inmediata llevando a cabo la misma. En este segundo supuesto, no es necesario que la restitución se produzca en el mencionado plazo de veinticuatro horas, sino, únicamente, que se ejecute sin solución de continuidad.

Por otro lado, el apartado cuarto del art. 225 *bis* CP también prevé que se reduzca la pena cuando la restitución del menor se realice dentro de los quince días siguientes a la sustracción. Esta restitución debe ser un acto voluntario del sustractor.

Tanto en el caso de exención como en el de reducción de la pena, los plazos se computarán desde la fecha de la denuncia. La opinión mayoritaria estima que la exención o reducción de pena se encuentra justificada por la previsible menor lesión del bien jurídico protegido, en atención al escaso tiempo que se desarrolla la conducta.

IX .- En relación con el denominado “caso Juana Rivas”, resultó relevante no solo a nivel social, sino también a nivel jurídico. Sobre todo, si se analiza la sentencia de casación que muestra, una vez más, las discrepancias existentes en torno a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores. Una cuestión que tiene especial incidencia en este supuesto respecto a si debe condenarse por un solo delito o por dos cuando son precisamente dos los menores sustraídos.

Así, el Tribunal Supremo considera que se tutela la paz en las relaciones familiares, pero poniendo especial atención en la protección del derecho de custodia del progenitor. La referida sentencia considera que no se atacan bienes personales del menor y que se comete un solo delito, pese a ser dos los menores sustraídos. Aunque, el voto particular formulado en dicha sentencia, entiende que el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de cada uno de los menores, pudiendo mantener una relación armónica con ambos progenitores. En conclusión, sigue sin llegarse a una posición unánime en esta materia.

X.- Para finalizar, cabe destacar o, incluso elogiar, la modificación operada en el año 2021. La inclusión del progenitor custodio como posible sujeto activo del delito de sustracción de menores pone fin, no solo a importantes discrepancias, sino también a injustas situaciones en las que el propio progenitor que tenía atribuida la custodia (por ejemplo, por ministerio de la ley) trasladaba a su hijo sin consentimiento del otro progenitor y resultaba impune dicha conducta.

Es aconsejable una reforma que aclare si la circunstancia agravante de traslado del menor al extranjero es aplicable también al supuesto de retención y, respecto a la agravante imponiendo una condición para la restitución, también sería recomendable que se estableciesen diferencias punitivas atendiendo a la licitud o ilicitud de la condición impuesta, con la finalidad de evitar el quebranto del principio de proporcionalidad.

Por último, resulta necesario recordar la importancia de concretar cuál es el bien jurídico protegido por esta figura delictiva y la necesidad de llegar a una opinión doctrinal y jurisprudencial unificada que permitan dirimir tal cuestión teniendo presente los derechos de los menores y los progenitores.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO CARVAJAL, A. *Los aspectos penales en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, 2005. La sustracción interparental de menores.* Madrid: Dykinson (págs. 105-130).
- COBO DEL ROSAL, M., 1961. *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la “sustracción de menores”* en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 14, Fasc/Mes 2, 1961 (págs. 207-232).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo delito de sustracción parental de menores en OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E., 2004. Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón.* Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 289-319).
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Sección 2ª De la sustracción de menores en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. 2015. Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015.* Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 783-786).
- GARCÍA PÉREZ, O., 2010. *El delito de sustracción de menores y su configuración* en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-E 1698-739X, N°4 (págs. 4-34).
- GUARDIOLA GARCÍA, J. *Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal en LLORIA GARCÍA, P., 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar.* Madrid: Iustel (págs. 77-100).
- LLORIA GARCÍA, P. *La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar en LLORIA GARCÍA, P., 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar.* Madrid: Iustel (págs. 33-74).
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., 2014. *El delito de sustracción de un menor por su progenitor.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN RÍOS, B. *Problemática concursal del delito de sustracción internacional de menores en MONGE FERNÁNDEZ, A., 2019. La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar.* Barcelona: Bosch (págs. 361-391).
- MARTOS NÚÑEZ, J. A. *Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores en MONGE FERNÁNDEZ, A., 2019. La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar.* Barcelona: Bosch (págs. 323-338).
- MONGE FERNÁNDEZ, A., 2017. *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales.* Barcelona: Bosch.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. *El “traslado” del menor fuera de España como delito de sustracción internacional de menores en MONGE FERNÁNDEZ, A., 2019. La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar.* Barcelona: Bosch (págs. 339-360).
- MUÑOZ CONDE, F. *Sustracción de menores en MUÑOZ CONDE, F., 2021. Derecho Penal. Parte especial.* Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 324-326).

- MONTÓN GARCÍA, M., 2003. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRILLA VERGARA, J. *Evolución histórica del delito de sustracción de menores* en MONGE FERNÁNDEZ, A., 2019. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch (págs. 267-289).
- PEÑAFORT LORENTE, R. de y ARBULO RUFRANCOS, B., 2002. El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 2, No 3, 2002* (págs. 109-124).
- PRATS CANUT, J.M., *Comentario al art. 225 bis CP: Sustracción de menores* en GARCÍA ALBERO, R. y otros, 2008. *Comentarios al Código Penal (Tomo II)*. Navarra: Aranzadi.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Delitos contra las relaciones familiares II. 5. Sustracción de menores (art. 225 bis)* en QUERALT JIMÉNEZ, J.J., 2015. *Derecho penal español: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 394-398).
- RAMÓN RIBAS, E. *Título XII. Delitos contra las relaciones familiares* en QUINTERO OLIVARES, G. y otros, 2016. *Comentarios al Código penal español*. Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters.
- ROSA CORTINA, J.M. de la, 2010. *Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROSA CORTINA, J.M. de la, 2017. *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Centro de Estudios jurídicos. Actividad: “Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales”, del 21 al 23 de junio de 2017. Consultado en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina+%2C+J.+Miguel++doc.pdf/d5bc0f8c-280a-f050-4231-c555d81fe462?version=1.0>
- SÁNCHEZ LINDE, M., 2013. *La sustracción de menores en el Código Penal. Acerca de los sujetos activos y pasivos del delito* en La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 101, 2013 (págs. 99-107).
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. *Las excusas absolutorias* en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., 2011. *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Madrid: Civitas.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E. *Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia* en LÓPEZ SAN LUIS, R. y PÉREZ VALLEJO, A.M., 2004. *Tendencias actuales en el Derecho de familia*. Almería: Universidad de Almería. Servicio de publicaciones. ISBN 84-8240-736-8 (págs.155-176).
- TORRES ROSELL, N. *Delito de sustracción de menores* en QUINTERO OLIVARES, G. y otros, 2011. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters.

- TORRES ROSELL, N. *Sección 2ª. De la sustracción de menores* en QUINTERO OLIVARES, G. y otros, 2016. *Comentarios al Código penal español*. Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores* en MONGE FERNÁNDEZ, A., 2019. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch (págs. 291-322).
- VIVES ANTÓN, T.S. y otros. *Lección XVII. Delitos contra las relaciones familiares* en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 321-335).

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 196/2013 de 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196)

Tribunal Supremo

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 339/2021 de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 340/2021 de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1404)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 870/2015 de 19 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2016:84)

Audiencia Nacional

- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª). Sentencia núm. 10/2016 de 15 marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642)

Juzgado Central de lo Penal

- España. Juzgado Central de lo Penal. Sentencia núm. 21/2015 de 2 noviembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:4896)

Audiencias Provinciales

Sentencias

- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª). Sentencia núm. 92/2021 de 22 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APV:2021:1095)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª). Sentencia núm. 824/2019 de 12 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:15838)
- España. Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª). Sentencia núm. 234/2019 de 21 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APVA:2019:1320)
- España. Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª). Sentencia núm. 98/2019 de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:25)
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª). Sentencia núm. 404/2018 de 10 de agosto de 2018 (ECLI:ES:APGI:2018:1749)
- España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª). Sentencia núm. 90335/2016 de 27 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APBI:2016:2425)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª). Sentencia núm. 691/2016 de 7 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:16100)
- España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 3404/2016 de 5 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APO:2016:3404)
- España. Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª). Sentencia núm. 348/2015 de 27 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:753)
- España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª). Sentencia núm. 623/2015 de 5 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APC:2015:3001)

- España. Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª). Sentencia núm. 104/2015 de 25 marzo de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:172)
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª). Sentencia núm. 979/2014 de 1 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5484)
- España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª). Sentencia núm. 184/2014 de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:879)
- España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 450/2014 de 10 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APO:2014:2458)
- España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª). Sentencia núm. 285/2014 de 19 de junio de 2014 (ECLI:ES:APT:2014:765)
- España. Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª). Sentencia núm. 424/2013 de 19 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:APAL:2013:1755)
- España. Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 19/2013 de 4 de marzo de 2013 (ECLI:ES:APSA:2013:191)
- España. Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª). Sentencia núm. 182/2012 de 17 de julio de 2012 (ECLI:ES:APJ:2012:939)
- España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª). Sentencia núm. 96/2012 de 7 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APC:2012:1413)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª). Sentencia núm. 501/2011 de 5 de julio de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:9893)
- España. Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia núm. 540/2010 de 27 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:APSO:2010:216)
- España. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª). Sentencia núm. 139/2010 de 20 de julio de 2010 (ECLI:ES:APMU:2010:1863)
- España. Audiencia Provincial de León (Sección 1ª). Sentencia núm. 95/2009 de 28 de julio de 2009 (ECLI:ES:APLE:2009:1661)
- España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª). Sentencia núm. 185/2009 de 9 de julio de 2009 (ECLI:ES:APBU:2009:625)
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª). Sentencia núm. 669/2005 de 24 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:APV:2005:5642)

Autos

- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª). Auto núm. 539/2021 de 19 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:8848A)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª). Auto núm. 627/2021 de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:8463A)
- España. Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª). Auto núm. 67/2021 de 15 febrero de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:152A)
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª). Auto núm. 7/2021 de 8 enero de 2021 (ECLI:ES:APGI:2021:145A)
- España. Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª). Auto núm. 609/2020 de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:863A)

- España. Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª). Auto núm. 340/2020 de 29 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APVI:2020:443A)
- España. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª). Auto núm. 288/2020 de 14 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCA:2020:1060A)
- España. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª). Auto núm. 43/2020 de 3 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APCA:2020:1243A)
- España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª). Auto núm. 90500/2020 de 28 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:1753A)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª). Auto núm. 409/2019 de 30 de julio de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:7233A)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª). Auto núm. 864/2018 de 28 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:6021A)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª). Auto núm. 403/2018 de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:5882A)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª). Auto núm. 295/2018 de 30 de abril de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4872A)
- España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª). Auto núm. 995/2016 de 16 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APT:2016:713A)
- España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª). Auto núm. 369/2012 de 26 de julio de 2012 (ECLI:ES:APT:2012:959A)
- España. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª). Auto núm. 166/2012 de 22 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APS:2012:847A)
- España. Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª). Auto núm. 269/2011 de 25 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APGC:2011:777A)
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª). Auto núm. 726/2010 de 3 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APZ:2010:1984A)
- España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª). Auto núm. 485/2009 de 14 de octubre de 2009 (ECLI:ES:APT:2009:1117A)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª). Auto núm. 310/2008 de 29 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:12921A)
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª). Auto núm. 169/2008 de 5 de marzo de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:2233A)
- España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª). Auto núm. 152/2005 de 14 de abril de 2005 (ECLI:ES:APGC:2005:535A)
- España. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª). Auto núm. 43/2005 de 26 de enero de 2005 (ECLI:ES:APSE:2005:201A)
- España. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª). Auto núm. 233/2004 de 28 de mayo de 2004 (ECLI:ES:APSE:2004:1283A)
- España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª). Auto núm. 437/2004 de 28 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:APT:2003:437A)

Juzgados de lo Penal

- España. Juzgado de lo Penal nº1 de Granada. Sentencia núm. 257/18 de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51)