



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

MARTA EUGENIA SANCHO
HERRERA

SECCIÓN TERRITORIAL
CATALUÑA

SUSTRACCIÓN MENORES

ASPECTOS CIVILES Y PENALES

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DE LAS MEDIDAS DEL ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU TRAMITACIÓN
- III. CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
- IV. REGLAMENTO 2019/1111, DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, Y SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
- V. DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DEL ART. 225 BIS DEL CÓDIGO PENAL. JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción de menores en nuestro ordenamiento jurídico viene contemplada como delito en el Código Penal en su art. 225 bis, tratándose de una cuestión que, sin embargo, tiene especial incidencia en sede civil. Ello es así porque, a través de la jurisdicción civil, los juzgados de familia, pueden adoptar medidas para evitar que se llegue a la comisión de tal delito por uno de los progenitores, mediante el expediente de Jurisdicción Voluntaria para la adopción de algunas de las medidas del art. 158 del Código Civil que

vamos a analizar en estas líneas. Y por otro, porque es la Ley de Enjuiciamiento Civil la que regula la forma de proceder para el caso de restitución y retorno de menores. Se debe añadir, además, textos internacionales, como el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como a nivel europeo el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Este último Reglamento, cuyos aspectos más relevantes, destaca en su texto la función que tiene de completar el anterior.

Para la comprensión de esta materia, es necesaria una visión global de toda esta normativa que se tratará de exponer de manera sistemática. Siguiendo un orden, parece adecuado, en primer lugar, entrar a destacar determinados aspectos de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria incoados para adoptar algunas de las medidas del art. 158 del Código Civil. A través de estas solicitudes, en ocasiones utilizados para dar satisfacción a las pretensiones de las partes con carácter urgente de manera indebida, es frecuente que se solicite alguna medida con la finalidad de impedir que uno de los progenitores traslade a uno de los menores del lugar de su residencia sin el consentimiento del otro, así como que se prohíba la salida del territorio nacional, evitando de esta manera la consecuencia más grave: la comisión del delito así como tener que acudir a procedimientos para la restitución y retorno de menores que, sin duda alguna, no hacen sino menoscabar el interés del menor sometidos a situaciones para nada beneficiosas para su desarrollo personal, afectivo y psicológico, privándosele, sin causa justificada, de relacionarse con el otro progenitor con el perjuicio que ello conlleva.

II. DE LAS MEDIDAS DEL ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU TRAMITACIÓN.

En el art. 158 del Código Civil, en su apartado 3º dispone que el Juez, ya sea de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal adoptará: “Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

A su vez, el art. 103 del Código Civil, al regular algunas de las medidas a adoptar admitidas las demandas de nulidad, separación y divorcio, con carácter facultativo atribuye al juez la posibilidad de adoptar ciertas medidas en el supuesto de que existe riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o terceras personas. Al hablar de esas medidas se dice que podrán adoptarse las necesarias “y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

En la mayoría de las ocasiones estas solicitudes presentan un escaso relato fáctico, basándose en una mala relación entre los progenitores. En otras, y suele ser lo habitual, las solicitudes vienen acompañadas de pantallazos de Whatsapp o correos electrónicos, en general intercambio de comunicaciones, con anuncio de uno de los progenitores de la intención de llevarse a alguno de los hijos a otro país o lugar dentro del territorio nacional, principalmente en aquellos casos en los que alguno de ellos ostenta otra nacionalidad y vínculos con otro país en el que, por ejemplo, residen otros familiares. No obstante, si bien

se trata de situaciones de peligro en ocasiones difícil de acreditar no pueden adoptarse decisiones de tal trascendencia, como es limitar la libertad de movimiento de un menor junto con su progenitor, sin actividad probatoria alguna. El hecho de que se puedan adoptar inaudita parte y de oficio requiere la acreditación de una situación de riesgo para el menor, un riesgo o perjuicio actual, inminente, o próximo (en este sentido se pronuncian resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 131/2022, de 5 de abril, auto de esa misma Sala a la que se remite de fecha de 6 de febrero de 2014, así como Auto núm. 74/2020, de 30 de julio de la Audiencia Provincial de Huesca, y los que en ellos se citan, así como Auto núm. 431/2019, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre, Auto núm. 135/2023, de 14 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Por otro lado, si bien se anuncian tres tipos de medidas, se deja abierta la posibilidad de adoptar otras medidas diferentes a las enunciadas, aunque éstas ya parecen agotar el abanico de opciones para asegurar la finalidad prevista: o bien evitar que el menor abandone el territorio nacional, pareciendo la más efectiva la retirada del pasaporte, ante la imposibilidad de constatar por el órgano judicial el cumplimiento de las demás medidas de garantía adoptadas que pueden devenir ineficaces pese a estar establecidas en resolución judicial. O bien, evitar que dentro de territorio español haya un cambio de residencia sin autorización del otro progenitor impidiendo el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La adopción de estas medidas para evitar la sustracción conforme al art. 158 del Código Civil se tramita mediante un expediente de Jurisdicción Voluntaria. Concretamente. El Título III al regular “De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia”, Capítulo II “De la intervención judicial en relación con la patria potestad”, en la Sección 3ª “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad” prevé que el mismo se aplicará en estos casos. No obstante, cuando se trata de la solicitud de adopción de las medidas del art. 158 del Código Civil, efectuado un primer examen de la solicitud para comprobar que se utiliza para algunas de las finalidades previstas en el mismo, y en el caso que venimos estudiando, evitar la sustracción de menores, se tramita por su carácter de urgencia con ciertas particularidades. Con carácter general, los expedientes para intervención judicial en relación con la patria potestad siguen el siguiente recorrido: presentación de la solicitud, admisión por el Letrado de la Administración de Justicia con citación de una comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal y a los progenitores (art. 85 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria). El menor deberá ser oído antes de adoptar cualquier decisión que le afecte en el caso de que sea mayor de 12 años o que cuente con suficiente madurez, sin perjuicio de que puedan ser citados además otros interesados. Siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y no siéndolo la intervención de abogado y procurador. Como sucede en esta rama del derecho, el juez podrá acordar la práctica de cuantas diligencias considere oportunas.

La naturaleza urgente de este expediente hace que haya excepciones a las normas generales de tramitación. Si bien el art. 17 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en su apartado 3 prevé la citación a la comparecencia con al menos 15 días de antelación, cuando se solicita la adopción de alguna de las medidas del art. 158 del Código Civil, dado que se entiende que hay una situación perjudicial para el menor que exige ser remediada, este plazo no rige. El progenitor no solicitante alegará en la mayoría de las ocasiones indefensión por el incumplimiento de este plazo de 15 días entre la citación y la celebración de la comparecencia, solicitando incluso por ello la nulidad de las actuaciones, al entender que puede que se haya prescindido de las normas esenciales del procedimiento causándole indefensión. El hecho de que las medidas del art. 158 del Código Civil puedan adoptarse de oficio, supone la posibilidad de adoptarlas inaudita parte, ya que el acento se pone en la protección de los menores, de tal forma que esta posibilidad que confiere la ley al órgano judicial permite que las mismas puedan adoptarse de manera urgente. Es más, teniendo en cuenta el plazo de 15 días que serían hábiles, la medida puede devenir ineficaz y ya, antes de la celebración de la comparecencia, contar con un menor en paradero desconocido o que ha trasladado su residencia por una decisión unilateral de un progenitor siendo el ejercicio de la patria potestad conjunto.

Para el caso de que se haya llegado a producirse un traslado o retención ilícito a nivel internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Título I del Libro IV, al regular “De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores” en su ámbito de aplicación prevé la aplicación de esas normas en los procesos que versen sobre “medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”, contenidas en el Capítulo IV bis

(arts. 778 quater a sexies”). No vamos a profundizar en este procedimiento, más allá de destacar que el conocimiento de estas causas se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia de capitales de provincia o Ceuta y Melilla, con competencias en materia de familia en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícito, dándose una tramitación urgente y preferente, estableciendo, en línea con lo dispuesto por la normativa internacional y europea que vamos a tratar, un plazo máximo de tramitación de 6 semanas desde que se presente la solicitud. Como particularidades se prevé la no suspensión por prejudicialidad penal motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores. El plazo para dictar sentencia es de 3 días desde la celebración de la vista y también son 3 los días que se establecen para la interposición del recurso de apelación. Se contempla la posibilidad de suspender el proceso para acudir a mediación, debiendo ser lo más breve posible.

III. CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

A nivel internacional se ha de atender al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 que, en su art. 3, establece los requisitos para que el traslado o retención de un menor sea considerado ilícito, éstos son:

“a) 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

b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

Resulta interesante en este sentido destacar que este Convenio, en su art. 4, prevé la no aplicación de este cuando se trate de menores mayores de 16 años de edad. Se prevén, en su art. 13, una serie de circunstancias que, de darse, determinarían que la autoridad competente no esté obligada a la restitución del menor siempre que la persona, institución u organismo que se oponga a la restitución demuestre, entre otras, que la restitución suponga un peligro para el menor, o el propio menor atendiendo a edad y madurez se oponga.

El art. 12 del Convenio prevé una circunstancia a destacar y es que, en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento después de la expiración del plazo de un año después del traslado o retención, se ordenará la restitución salvo que el menor haya quedado integrado en su nuevo medio. Esta previsión ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 16/2016, de 1 de febrero de 2016, en el siguiente sentido:

“Así, conforme a la exposición de motivos, el Convenio obedece al deseo "de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita". En consonancia con ello, el art. 1 establece que: "La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante. b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes".

Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras de esta finalidad, el ordenamiento español "arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión

adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" (STC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia posterior a la STEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010 (asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza), que requería un examen en profundidad del conjunto de la situación familiar (apartado 139; STEDH (Sección Tercera) de 6 de diciembre de 2007, asunto Maumousseau y Washington c. Francia , apartado 74), ha considerado que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH , siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes. En primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo, con cita de las SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza; (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto X. c. Letonia, apartado 106; 1 de julio de 2014, asunto Blaga c. Rumania, apartado 69 y 28 de abril de 2015, asunto Ferrari c. Rumanía, apartado 47."

Concluye esta misma Sentencia que esa integración del menor al nuevo medio constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio.

IV. REGLAMENTO 2019/1111, DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, Y SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

A nivel europeo, se aprobó el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Esta última norma, en relación con la anterior y en la materia que venimos tratando, lo que hace es completar la misma (art. 1.3), con las disposiciones contenidas en los capítulos III y IV.

En el considerando (17) el Reglamento dice que, al igual que el Convenio de La Haya, se aplica a todos los menores de 18 años, incluso en los casos en que con arreglo a la ley personal hayan adquirido antes la mayoría de edad para evitar la superposición con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de Adultos, que se aplica de los 18 años en adelante. Como hemos referido anteriormente, el Convenio de La Haya de 1980 se aplicará a los menores de hasta 16 años. El considerando (40) hace referencia igualmente a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 para la restitución de menores en los casos de traslado o retención ilícitos mencionando que el Reglamento lo que hace es completar a aquel, previéndose también tal extremo en el art. 22.

El legislador en los últimos años ha venido dando importancia a la mediación en la solución de controversias, planteando incluso su obligatoriedad. En el ámbito de derecho de familia en el seno del proceso se alcanzan numerosos acuerdos, basados en la convicción de que, en situaciones normales, son los progenitores los que adoptarán las decisiones más beneficiosas para los hijos y para dar efectividad al derecho-deber de relacionarse con ellos atendiendo al interés superior de los mismos. En materia de sustracción y retención ilícitos, podría ser verdaderamente complejo llegar a acuerdos en la materia, no obstante, el considerando (43) prevé la posibilidad de alcanzar los mismos, siempre que no se dilate indebidamente el proceso o que resulte poco apropiada, citando expresamente los casos de violencia sobre la mujer. Además, contempla la posibilidad de alcanzar acuerdos en otras cuestiones de responsabilidad parental, pudiendo el órgano judicial competente dar efecto vinculante al mismo.

A diferencia de lo previsto en nuestra legislación procesal que excluye del ámbito de la ejecución provisional las sentencias sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el considerando (47) prevé que la ejecución provisional en este ámbito debe ser posible, sin perjuicio de los recursos.

Para aquellos supuestos en los que se deniegue por el órgano jurisdiccional la restitución del menor, con carácter vinculante, impone el art. 29 así como el considerando (49) que se deberá expedir un certificado que consta en el anexo I informando a las partes de la posibilidad de presentar “demandas relacionadas con el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía de manera habitual el menor”, en el plazo de 3 meses a partir de la notificación de la resolución. Para el caso de que ya se está sustanciando en un Estado miembro un procedimiento, se deberá remitir a éste copia de la resolución, certificado correspondiente, acta o transcripción o resumen de la vista, así como cualquier otro documento que considere pertinente (considerando 50), previéndose la remisión de la misma documentación aun en el caso de que no se siga procedimiento sobre el fondo (considerando 51) (arts. 29 apartados 3 y 5). En el caso de que se estén tramitando, o se tramiten, en los 3 meses siguientes a la notificación de la resolución denegatoria procedimiento de derecho de custodia, toda resolución que se dicte en ese procedimiento tendrá fuerza ejecutiva sin necesidad de procedimiento alguno ni de oposición (considerando 52 así como art. 27). El art. 30 prevé ese reconocimiento sin necesidad de acudir a procedimiento especial alguno.

El procedimiento, se caracteriza por su celeridad (art. 24), remitiéndose al más rápido que prevea el Derecho nacional, dictándose resolución en el plazo máximo de 6 semanas contando desde la iniciación del procedimiento. Esa rapidez en su tramitación se prevé igualmente en la ejecución de las resoluciones por las que se ordena la restitución de un menor, pudiendo incluso, en caso de retraso (considerando como tal el transcurso de seis semanas desde el inicio de los trámites de ejecución), solicitarse a la autoridad competente para la ejecución una exposición de los motivos del retraso (art. 28.2).

Se excluye la posibilidad de denegar la restitución sin dar la posibilidad al solicitante de ser oído (art. 27.1), pudiendo adoptarse las medidas necesarias para garantizar el contacto entre el solicitante y el menor (art. 27.2).

V. DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DEL ART. 225 BIS DEL CÓDIGO PENAL. JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

En el ámbito del derecho penal, la infracción de los deberes de custodia encuentra su tipificación en el art. en el art. 225 bis del Código Penal. Éste fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que en su Exposición de Motivos argumentaba que resultaba necesario prever una respuesta penal clara, así como medidas cautelares en el ámbito civil que evitasen sustracciones o retenciones ilícitas de menores (a las que nos hemos referido) para los casos en los que la conducta de sustracción o negativa de restituir a los menores fuese cometido por alguno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o a alguna persona o institución en interés del menor.

Pues bien, el art. 225 bis del Código Penal dice lo 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.”

Vamos a destacar diferentes aspectos que se han puesto de manifiesto por nuestra jurisprudencia y que resultan de interés tales como bien jurídico protegido, competencia, sujeto activo del delito, pena aplicable, posible error de prohibición y responsabilidad civil.

En relación al **bien jurídico protegido**, el mismo quedó perfectamente definido en la Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 339/2021, de 23 de abril de la siguiente manera: "(...) En relación ya, tras las anteriores consideraciones, a la concreción del bien jurídico del delito de sustracción de menores, hemos de precisar que aunque se invoque con frecuencia el interés superior del menor y la propia Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, exhorta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11); tan esencial interés, que integra sin duda un primordial criterio de ponderación interpretativo, o criterio referencial metodológico, sigue precisando, como también se reseña en el informe del Ministerio Fiscal, de anclaje en un concreto bien jurídico tutelado por la norma penal. El primer corolario de las anteriores consideraciones sería que este bien jurídico no puede ser identificado con la libertad y seguridad del menor, como la jurisprudencia incluso ya con el anterior Código, doctrina, Defensor del Pueblo y la propia Exposición de Motivos, han puesto de relieve. En la STS núm. 1066/2010, de 21 de enero de 2011, se narra cómo la Audiencia Provincial no estimó que se hubiera cometido contra el niño un delito de detención ilegal (art. 163.1 CP); sostuvo el Tribunal a quo, que la acción de los acusados no tendió a encerrar o detener al niño recién nacido y que éste quedó en la casa de la familia de su padre fallecido cuando los acusados expulsaron a la madre de la casa; por lo tanto, indica, no se afectó la libertad del niño, sino al "derecho del menor de relacionarse regularmente con su madre". A partir de la motivación de la tipificación de esta conducta, ciertamente con sustantividad y autonomía propia, pero directamente inspirada y conformada a partir de las conductas de traslado y retención ilícitos contempladas en el ámbito del derecho internacional privado y más concretamente en el Convenio de La Haya de 1980, en directa y congruente relación con su ubicación sistemática, en Capítulo dedicado a "De los delitos contra los derechos y deberes familiares" dentro del Título XIII, rubricado como " Delitos contra las relaciones familiares", ha de ser puesta en directa conexión con el derecho de custodia, cuyo quebranto determina el traslado y retención ilícita en aquella normativa, como instrumento de estabilidad en las relaciones familiares de los menores en que recae, donde el evitar los cauces legalmente establecidos para resolver los supuestos de desacuerdo entre los progenitores y acudir a vías de hecho para conseguir esa custodia, genera lógicamente la desestabilización de esas relaciones, en cuanto se le cercenan con parte de los integrantes de esa familia. Es decir, contemplando siempre como criterio finalístico el principio rector del superior interés del menor, se concreta en una de sus manifestaciones, la tutela del derecho de custodia formalmente establecida, en cuanto su desconocimiento por vías de hecho genera el riesgo para el menor de privarle de sus relaciones con el otro progenitor, de originarle problemas de adaptación, psicológicos, afectivos...; (...) Consecuencia de ello, aunque la motivación no sea absolutamente coincidente con la

desarrollada en el recurso y adhesión, el motivo de deber ser estimado. Es cierto que el bien jurídico descrito favorece esta resolución, pero aun así, no se revela de manera diáfana y que las posiciones que afirman la existencia de concurso de delitos cuando es más de un menor el ilícitamente desplazado por uno de los progenitores, cuenta también con argumentos en su favor, especialmente por cuanto el 225 bis, siempre se refiere al " menor", en singular. No obstante, el Título donde se ubica la norma, alude a las relaciones familiares y el Capítulo a los derechos y deberes familiares; siendo varios argumentos más los que abogan por la solución de una sola infracción, aunque sean varios los menores sustraídos (...) En relación a la descripción de la conducta típica, la conducta de sustracción y las definiciones o asimilaciones de la misma, en el art. 225 bis, como hemos indicado, se realizan en singular: "sustrajere a su hijo menor", "el traslado de un menor", "la retención de un menor", que describen exactamente sobre quien recae la acción, pero no abarca la integridad de los sujetos afectados por el mismo, que como título y capítulo que albergan al art 225 bis, siempre resulta la familia en su conjunto. El derecho de custodia quebrantado es el del progenitor, que es el instituto sobre el que se estructura la conducta típica; y la desestabilización de las relaciones familiares que conlleva es la que se proyecta sobre el menor desplazado o retenido. Pero en el caso de que hubiere más menores no desplazados, también resultarían potencialmente afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares, aunque sobre ellos no pivote el derecho de custodia quebrantado; restan privados de esa relación, tanto con el menor distanciado o retenido, como con el progenitor que decide desconectar su relación; de modo que resultarían afectados en similar medida a si hubieran sido desplazados o retenidos de forma conjunta con el otro hermano. (...) En definitiva, el art. 225, atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que sea encauzada su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como un único delito".

Son varias las ocasiones en los que uno de los progenitores o bien tiene nacionalidad extranjera o tiene familia en el extranjero y por ello durante las vacaciones pasan tiempo fuera del territorio nacional. Ello incide necesariamente en la **competencia** para el conocimiento de estos delitos. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Auto de 11 de octubre de 2023, en materia de competencia, en un caso en el que uno de los progenitores estando en compañía de su hijo en virtud de lo previsto por Sentencia en cierto periodo de verano, viajando con él a Estados Unidos, no lo devolvió a su madre una vez transcurrido el periodo de vacaciones establecido en Sentencia, resolvió la cuestión de competencia planteada atribuyéndola al Juzgado Central de Instrucción al entender, en virtud de la conducta típica, que el lugar de la comisión del delito era Estados Unidos (se remite a otros Autos de la misma Sala en este sentido: ATS de 20 de diciembre de 2012 (CC 20636/2012) o ATS de 16 de octubre de 2013 (CC 20398/2013).

La atribución de la competencia no obedece sino al tenor literal del art. 65 de la LOPJ que atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento de los "delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles", correspondiendo la fase de instrucción al Juzgado Central de Instrucción (art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La competencia a los tribunales españoles pese al elemento internacional del lugar de comisión del delito viene atribuida por el art. 23.2 de la LOPJ que dispone que: "También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles. Este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda".

En relación con el **sujeto activo** del delito, el Tribunal Supremo en sentencia núm. 156/2023, de 8 de marzo, examina si puede serlo el progenitor no custodio. En este sentido, el tenor literal del art. 225 del CP se limita a hablar de “progenitor” previendo las conductas que se consideran como sustracción. La referida sentencia pone el acento, remitiéndose a la sentencia de Pleno de la Sala Segunda núm. 339/2021, de 23 de abril, en una de las manifestaciones del interés superior del menor como principio rector, la tutela del derecho de custodia formalmente establecida, generando su desconocimiento por vías de hecho un riesgo para el menor al privarle de su derecho a relacionarse con el otro progenitor, aun en supuestos de crisis familiar, con el riesgo de que, en otro caso, se generen problemas de adaptación, psicológicos o afectivos. En términos generales, los delitos contra las relaciones familiares, sigue diciendo la sentencia, tutela la paz de estas, inspirándose directamente en la definición de secuestro ilegal que contempla el Convenio de La Haya. Se dice: "La ausencia casi absoluta de reglas jurisprudenciales claras de interpretación del artículo 225 bis 1 y 2.1º del Código Penal en supuestos en que los padres no estaban separados de hecho ni de derecho en el momento de iniciarse la conducta típica es lo que determina que el asunto tenga un relevante interés casacional, dado que la conducta del progenitor que, constante la relación de convivencia con el otro progenitor, decide unilateralmente trasladar al menor de domicilio, ocultar el lugar de residencia del menor al otro progenitor, e impedir por vía de hecho cualquier tipo de relación paterno-filial del hasta entonces progenitor conviviente con el menor, reviste una extrema gravedad, digna de ser incardinada en el injusto típico de la sustracción de menores. Y esta actividad típica es la que se ha evidenciado en este supuesto concreto, ejecutada por uno de los progenitores convivientes (la madre) frente al otro progenitor custodio o conviviente (el padre) en perjuicio del derecho del menor a mantener una relación paterno-filial adecuada y necesaria con aquel (cfr. Auto del Tribunal Supremo 1113/2012, de 2 de febrero). Es decir, no se limita la condición de sujeto activo al progenitor no custodio atendiendo principalmente al bien jurídico protegido, el derecho de custodia como manifestación del principio rector del interés superior del menor.

Por lo que respecta a la **pena a imponer**, además de prisión de dos a cuatro años, se prevé inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. Además, de acuerdo con el art. 57 del Código Penal, para este tipo de delitos en atención a que son delitos contra las relaciones familiares y en virtud de que el delito se comete por la figura de uno de los progenitores sobre un hijo menor, se prevé con carácter imperativo la imposición de las penas previstas en el apartado 2 del art. 48 del Código Penal, esto es: La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

Otra Sentencia de interés en esta materia es la de la Sala Segunda, núm. 191/2023, de 16 de marzo. En ella se analiza si concurre o no un **error de prohibición** en el supuesto en el que una madre, tras desplazarse a Tenerife con su hija, no se la entrega al otro progenitor. En este supuesto, el padre invocaba una resolución por la que se le atribuía la guarda y custodia de su hija mientras que la madre invocaba la falta de ejecutoriedad de esa resolución que había sido recurrida. Tal discrepancia se resolvió mediante una llamada telefónica de la Guardia Civil que contactaron con el juzgado que había acordado el cambio de custodia. Entiende esta Sentencia que existe una “creencia errónea e invencible de estar obrando conforme a derecho, con el efecto exoneratorio que impone para tales casos el art. 14.3 del Código Penal. Dificultad que se acrecienta si, con posterioridad, la resolución dictada en el procedimiento de modificación de medidas definitivas declaró no haber lugar a la modificación de la sentencia inicial... que atribuyó la guarda y custodia a la progenitora”.

Por su parte, en Sentencia núm. 351/2022, de 6 de abril, también se pronuncia sobre el error de prohibición como excluyente de la tipicidad. En ese supuesto, la madre de los menores manifestó creer actuar correctamente pese a incumplir resoluciones judiciales consultando con distintos profesionales de la salud sobre cómo preparar a sus hijas para la entrega, representándose un peligro para la salud mental de las menores creyendo, en consecuencia, que actuaba legítimamente con la finalidad de protegerlas. En síntesis, esta resolución manifiesta que, si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla situaciones excepcionales en las que la sociedad debe soportar la consecuencia de actos típicos cuando el destinatario de la norma no pudo conocer su alcance, los errores de prohibición o de tipo no pueden servir de cláusulas

de escape. Se exige al autor un “esfuerzo de conciencia hasta el punto de emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y si fuera necesario, dejándose aconsejar”. Niegan la existencia en el supuesto planteado de error de prohibición basándose en el contexto situacional en el que se producen los hechos justiciables que se declaran probados. “Del altísimo nivel de conflictividad que los envuelve y de la intensa intervención jurisdiccional que se describe y que la propia recurrente desmenuza con detalle en su recurso. Factores que patentizan con extremada claridad que la recurrente tuvo que representarse, por elementales reglas que integran la más común y accesible reserva de conocimientos, lo antijurídico y desvalioso de su conducta de retención de las menores haciendo caso omiso y reiterado a los requerimientos judiciales. Lo que impide reconocer cualquier atisbo de error disculpante”.

La principal diferencia que se aprecia entre el caso de esta sentencia con la anterior, que sí apreció el error de prohibición, se encuentra en esa búsqueda de consejo por alguien que entrañaba confianza para el sujeto, la Guardia Civil en el anterior supuesto, actuando en confianza con lo que se le había comunicado tras la consulta a los agentes de la autoridad. Esa circunstancia, analizadas las dos sentencias en este sentido, fue la que resultó determinante para apreciar error en un caso y no en el otro.

Esta misma Sentencia analiza igualmente el **estado de necesidad**. No son pocas las ocasiones en las que el incumplimiento de resoluciones de familia se basa en las alegaciones de un progenitor referidas a que únicamente está actuando con la finalidad de proteger a sus hijos. Esta resolución dice: “Debe recordarse, de nuevo, que lo que se pretende mediante el tipo de protección del artículo 225 bis CP es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de "cosificación". El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes. No puede reconocerse estado de necesidad exculpante o justificante a quien actúa, casi en términos performativos, autogenerando por su propia voluntad una situación de inexigibilidad de otra conducta. Como, con claridad, acontece en el caso que nos ocupa.”

Esa misma Sentencia dispone que, aunque sean varios los menores sustraídos, el delito cometido es sólo uno al ser “congruente con la entidad de la pena conminada, donde su gravedad posibilita responder al desvalor material de dicha acción”, cuestión normativa que fue objeto de pronunciamiento plenario, adoptado por mayoría, se Sentencia 339/2021. de 23 de abril.

La comisión de hechos tipificados como delitos, incluido la sustracción de menores, genera **responsabilidad civil** por los daños y perjuicios causados siempre que sea posible trazar una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio que se reclama. Así, en relación con el delito que venimos analizando lo dispone la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 401/2022, de 22 de abril. La resolución recurrida condenaba a indemnizar los daños morales derivados del intenso estrés emocional al que fueron sometidos los menores a consecuencia de la acción sustractiva: “La no condena por los delitos de lesiones que fueron objeto de acusación por ausencia de dolo de causación, en nada impide identificar la fuente obligacional a la que se refiere el artículo 109 CP. En el caso, se pretendió el reconocimiento de una obligación resarcitoria por unos daños de naturaleza moral que se derivan claramente de los hechos que se declaran probados y que sirven de fundamento fáctico a la condena del Sr. Maximino como autor de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP. Al identificarse la relación de imputación objetiva entre la conducta delictiva y el daño moral generado, procede su justo resarcimiento”.

CONCLUSIÓN

El interés superior del menor en su proyección en el derecho de custodia, queda protegido en el ordenamiento jurídico tanto por vía civil, como por vía penal, siendo la vía civil utilizada de manera preventiva para evitar consecuencias tan gravosas como la comisión de un delito de sustracción de menores, atendiendo a que el principal perjudicado por estas conductas lo será siempre al menor, con independencia de que en la mayoría de estos casos por uno de los progenitores se alegue que, no se está

infringiendo régimen de custodia alguno sino que lo que se hace es proteger al menor del otro progenitor. No es necesario acudir a decisiones tan drásticas que en muchas ocasiones además son motivadoras de incumplimiento de resoluciones judiciales. Toda vez que se aprecie que uno de los progenitores pudiera estar cometiendo hechos presuntamente constitutivos de delitos contra uno de los hijos, se pueden acudir a la jurisdicción penal con el fin de proteger a los menores, que no como instrumento para eludir el cumplimiento de una resolución judicial que no es conforme a los deseos de algún progenitor. Es menester recordar que, si bien la patria potestad se configura como un derecho, también es un deber, deber que entraña la protección de los menores evitándoles perjuicios, perjuicios que indubitadamente se causa cuando se le priva de su derecho a relacionarse con el otro progenitor mediante el cambio de lugar de residencia. El análisis de toda la normativa y jurisprudencia vigente hace más sencillo el análisis de estas cuestiones, mediante una visión global, incluso en los asuntos que se plantean en los órganos mixtos y juzgados de primera instancia que conocen de esta materia, a fin de resolver con un conocimiento completo de las consecuencias que puede acarrear el indebido ejercicio de los derechos de custodia y tratar de prevenir las negativas consecuencias que ello tiene para los menores desde un principio.