



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

TRABAJO FIN DE GRADO.

GRADO EN DERECHO.

ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.

LEGAL-CRIMINAL ANALYSIS OF THE CRIME OF CHILD ABDUCTION.

CURSO ACADÉMICO 2020-2021.

ALUMNO: MARÍA GARCÍA MARTÍNEZ.

TUTORA: FÁTIMA PÉREZ FERRER.

RESUMEN: En este trabajo, nuestro objetivo fundamental es analizar desde un punto de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial los distintos elementos que configuran el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 225 bis del Código Penal.

ABSTRACT: In this work, our fundamental objective is to analyze from a normative, doctrinal and jurisprudential point of view the different elements that configure the crime of child abduction provided for in article 225 bis of the Penal Code.

ÍNDICE.

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES....	4
2.1.	Antecedentes.....	4
2.2.	Introducción del delito de sustracción de menores en el Código Penal de 1995 por la Ley 9/2002, de 10 de diciembre.	5
III.	CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.....	7
IV.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	8
V.	SUJETOS.....	10
VI.	ANÁLISIS DEL DELITO.....	16
6.1.	Tipo objetivo.....	17
6.2.	Tipo subjetivo.....	22
6.3.	Tipo agravado.....	29
6.3.1.	Exigencia de una condición para restituir al menor.	30
6.3.2.	Traslado del menor fuera de España.....	31
VII.	PREVISIONES PENOLÓGICAS.....	37
VIII.	EXCUSA ABSOLUTORIA.....	41
8.1.	Inciso primero del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal.....	41
8.2.	Inciso segundo del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal.....	44
IX.	AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	45
X.	ÍTER CRIMINIS.....	48
XI.	CONCLUSIONES.....	53
XII.	BIBLIOGRAFÍA.....	57
XIII.	WEBGRAFÍA.....	58
XIV.	ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	58

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo de este trabajo es analizar desde una perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial el delito de sustracción de menores. El legislador ante toda la problemática que ha surgido en este ámbito decidió regular el artículo 225 bis del Código Penal a fin de que los casos se redujeran, y es que a nuestro juicio supone una gran importancia la regulación legal de la retención de un menor de edad por quien no está autorizado para ello arrebatándolo de su seno familiar, ya que según los datos son más de trescientos los casos que se denuncian al año en España. En un 90% de los casos, este delito suele producirse tras el divorcio de parejas cuyos miembros son de distinta nacionalidad, sin embargo, en la última década podemos observarlo en parejas de un mismo país que residen en el extranjero y que uno de ellos vuelve a su país de origen mientras que el otro sigue residiendo fuera¹.

Los medios de comunicación se hacen eco a diario de noticias relacionadas con la sustracción de menores, es esto principalmente lo que me llevó a elegir este tema para mi trabajo final. En ocasiones, los padres tienen discusiones entre ellos que finalizan en la desaparición con su hijo menor, dejando al otro progenitor sin la posibilidad de poder verlo y estar con él, incluso en ocasiones sin saber su paradero. Así, la elección determinante la tomé por la importancia que veo en proteger a ese menor que por causas ajenas a él tenga que estar privado de ver y convivir con uno de sus padres y dejar de relacionarse con el círculo que le rodea en todos sus ámbitos. Son muchas las situaciones en las que ocurre este hecho, lo vemos en películas y series pensando que es muy lejano, lo que no somos conscientes es de que realmente este hecho sucede cotidianamente, y es por ello por lo que tengo gran interés en estudiar este tema con detenimiento.

Así también lo ha recogido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, puesto que se trata de un tema de gran relevancia y es necesaria su regulación, ésta dice textualmente *“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*

¹https://cronicaglobal.lespanol.com/vida/cada-ano-se-denuncian-mas-de-300-casos-de-sustraccion-de-menores-en-espana_40551_102.html

perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores”². Es en el 2002, con la Ley mencionada *supra*, cuando el legislador tras el problema que supone la sustracción de menores decidió castigar esa conducta como delictiva, pues anteriormente la conducta de sustracción de menores por parte de los progenitores no era punible en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo una laguna legal de tipificar tal conducta como delito.

El delito de la sustracción de menores normalmente se da en el entorno de las relaciones familiares, o cuando se lleva a cabo una vulneración de los deberes que se manifiestan de esas relaciones. Este delito se comete en el momento en que se incumple la resolución judicial o administrativa que otorga la custodia de los menores cuando los progenitores se separan, divorcian o ponen fin a su relación. Normalmente tal como hemos mencionado *supra*, la sustracción de menores se da cuando los progenitores tienen nacionalidad distinta y cada uno de ellos es nacional de un país diferente, en el momento en que ponen fin a su relación, hay casos en los que uno de ellos se traslada al país donde residía anteriormente, llevándose consigo a los hijos menores, cometiendo por lo tanto un delito de sustracción de menores si se cumplen todos los requisitos, impidiendo así que los menores tengan relación con quien ostenta su guarda y custodia³.

Han sido varios los casos con gran repercusión mediática sobre la sustracción de menores, como por ejemplo el caso Juana Rivas y el de la expresidenta de infancia libre María Sevilla. Uno de los casos con mayor transcendencia jurídica es el de Juana Rivas, que ha llegado incluso hasta el Alto Tribunal⁴. Estos casos son de actualidad, hay un aumento de sucesos de esta procedencia, y cada vez más el progenitor custodio reclama la restitución del menor por vía judicial, requiriendo que se cumpla con la resolución judicial en vigor, sobre

² Exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. BOE num.296, de 11 de diciembre de 2002.

³ MUÑOZ CONDE, F.: “Delitos contra los derechos y deberes familiares: Sustracción de menores”, en *Derecho Penal: Parte Especial*, Muñoz Conde, F. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp 301,304,305.

⁴ Juana Rivas, madre de dos menores, decidió trasladar a sus hijos desde Italia hasta España, sustrayéndolos de su marido alegando que la maltrataba y que sus hijos estaban en peligro con su padre, incumpliendo así las resoluciones judiciales sobre la guarda y custodia de los menores, siendo condenada a cinco años de prisión por sustracción de menores e inhabilitación de la patria potestad, sin embargo, la acusada ha recurrido al Tribunal Supremo a través del recurso de casación, donde todavía no se ha celebrado el Pleno para decidir sobre el presunto delito cometido por Juana Rivas.

la guarda y custodia del menor, y de que el sujeto activo cumpla la pena impuesta por el órgano jurisdiccional por haber cometido un hecho delictivo.

Por tanto, en estas páginas analizaremos detenidamente los diferentes aspectos regulados en el artículo 225 bis del Código Penal, sobre la sustracción de menores, y estudiaremos las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre este tema.

II. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.

2.1. Antecedentes.

En primer lugar, debemos indicar que en el Código Penal de 1822 se sancionó el “raptó de niños impúberes y el robo de menores sometidos a patria potestad o tutela” en los artículos 664 y 675 del Código Penal, no siendo en sí sustracción de menores, pero similar a la que hoy en día es, podemos calificarlo entonces como el origen de la tipificación del delito de “sustracción de menores”. Posteriormente, en 1848 se castigó la conducta de sustracción de menores de siete años en el artículo 398 del Código Penal con la pena de cadena temporal, sin embargo, no se diferenció quién era el sujeto activo del delito de sustracción de menores⁵.

Más tarde, en el Código Penal de 1973 se regularon tres formas distintas de sustracción en los artículos 484, 485 y 486 del Código Penal:

- a) Por el artículo 484 del Código Penal: la sustracción real y efectiva, esto es, la sustracción de un menor de siete años.
- b) A través del artículo 485 del Código Penal: la sustracción presunta, donde se castigaba al que estando encargado del menor no lo presente a sus guardadores.
- c) En virtud del artículo 486 del Código Penal: la inducción a abandonar el domicilio a un menor, pero exigiéndose que este fuera mayor de siete años⁶.

Por último, el Código Penal de 1995 suprime el delito de sustracción de menores de siete años, e introduce la sustracción de menores como un agravante en los supuestos de detención ilegal o secuestro realizado a menores de edad, quedando sin tipificar por lo tanto la conducta

⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 4,5.

⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A.: “Perspectiva histórica”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 28-32.

de sustracción de menores ejecutada por los propios progenitores de forma independiente, regulación que el legislador subsanó en 2002 con la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre⁷.

2.2. Introducción del delito de sustracción de menores en el Código Penal de 1995 por la Ley 9/2002, de 10 de diciembre.

El Código Penal de 1995, eliminó el delito de sustracción de menores de siete años, sin embargo, no fue suficiente lo que el legislador penal reguló en el Código Penal de 1995 sobre la sustracción de menores, ya que era necesario prever la sustracción de menores de forma independiente, y no calificarlo como un agravante del delito de desobediencia o de detenciones ilegales. Era necesario castigar la conducta de sustracción de menores de forma clara y autónoma, cuando el que sustrae a un menor sea uno de los progenitores que no ostenta su guarda y custodia, negándose a restituirlo a la persona o entidad que tienen asignada su guarda y custodia⁸.

La sustracción de menores se introdujo en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre. El motivo de introducir el delito de sustracción de menores como autónomo fue la necesidad que había de castigar esa conducta de sustracción por sí sola, ya que anteriormente se castigaba como unas detenciones ilegales o como un quebrantamiento de los deberes de custodia, siendo en ocasiones muy difícil castigarlo como tal, puesto que realmente no todos los casos de sustracción de menores eran subsumibles dentro del delito de detenciones ilegales porque no cumplían con todos los elementos exigidos por el tipo. Así, la solución que dio el legislador penal fue tipificar ese delito de forma independiente, ya que los progenitores sustraen a los menores cuando rompen sus relaciones, incumpliendo las resoluciones judiciales dictadas en cuanto a la guarda y custodia de los hijos, vulnerando tanto los derechos de los progenitores en cuanto a sus hijos, como los de los propios menores puesto que dejan de relacionarse con el otro progenitor⁹.

⁷ RODRÍGUEZ SOTO, M.L.: “La sustracción de menores”, *Diario La Ley*, núm.8331, 2014, pp 6.

⁸ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. BOE num.296, de 11 de diciembre de 2002.

⁹ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 580.

De esta forma, para cumplir lo establecido en la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, se realizó una reforma en el ámbito penal muy importante. Se insertó una nueva Sección, la Sección Segunda llamada “De la sustracción de menores”, en el Capítulo III “Delitos contra los Derechos y Deberes Familiares”, sito en el Título XII “Delitos contra las Relaciones Familiares”, en el que se incluyó el artículo 225 bis del Código Penal, donde se regulan diversas modalidades del delito de sustracción de menores¹⁰.

Por lo que actualmente, dicho delito queda regulado en el artículo 225 bis del Código Penal de la siguiente forma:

“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 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.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

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”¹¹.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F.: “Delitos contra los derechos y deberes familiares: Sustracción de menores”, en *Derecho Penal: Parte Especial*, Muñoz Conde, F. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp 304.

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.

Por sustracción de menores entendemos aquel traslado o separación de un menor de edad del lugar donde reside, sin consentimiento de la persona que ostente su guarda y custodia. La sustracción de menores llevada a cabo por el progenitor que no tiene atribuida la custodia es una conducta de carácter antijurídico, y por ello es castigada por el Código Penal en su artículo 225 bis¹².

En el ámbito penal nos encontramos con una doble vertiente de la sustracción de menores, la sustracción de carácter interna o nacional, es aquella en la que el traslado del menor de su lugar de residencia a otro diferente se produce dentro del mismo país donde habita el menor, sin embargo, es realmente difícil que la sustracción perdure un largo periodo de tiempo, puesto que los instrumentos policiales que tenemos a nuestro alcance son suficientes para garantizar la restitución del menor sustraído¹³; y la internacional, se trata de la separación del menor de su lugar habitual de residencia a un país diferente.

La sustracción de menores viene definida en el artículo 225 bis apartado 2º del Código Penal, 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”¹⁴.

En cuanto a la naturaleza del delito, el artículo 225 bis del Código Penal es un delito especial debido a que las personas que pueden ser sujetos activos del delito están especificadas en el precepto penal de forma clara y limitada. La cuestión debatida es si se trata de un delito especial propio o impropio, algunos autores sostienen que se trata de un delito especial; mientras un sector doctrinal mayoritario defiende que nos encontramos ante un delito especial propio.

¹² DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 2 y 27.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

Para MARTOS NÚÑEZ, la sustracción de menores es un delito especial propio, cuya tipicidad está limitada a los sujetos que presentan unas cualidades recogidas expresamente por la Ley; de forma especial, la condición de ser progenitor del menor sustraído. De hecho, sujeto activo del delito sólo pueden serlo los progenitores y más específicamente, aquel que no ostenta la guarda o custodia del menor, sino que ostenta un régimen de visitas o una custodia compartida, sin perjuicio de que, por razones sociológicas, el legislador equipare punitivamente la realización de la sustracción por determinados parientes del progenitor; estos son: los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que realicen las conductas anteriormente descritas, según establece el apartado 5 del artículo 225 bis del Código Penal¹⁵.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La cuestión del bien jurídico protegido es una de las mayores problemáticas que se plantean en la mayoría de las figuras delictivas.

El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal siguiendo a la doctrina mayoritaria, es el bienestar personal, físico, psíquico, material, etc. del menor, que se encuentra asegurado a través de una resolución judicial o administrativa¹⁶.

En el delito de sustracción de menores recogido en el artículo 225 bis del Código Penal, se quiere proteger y velar por la seguridad del menor, para que este pueda desenvolverse y desarrollarse en un ambiente conocido y estable, pudiendo relacionarse con ambos progenitores. Sin embargo, debemos hacer un matiz, y es que en ocasiones no son los padres quienes ostentan la guarda y custodia de sus hijos, sino que es una entidad pública, en este caso, el bien jurídico protegido no puede ser salvaguardar la relación con sus progenitores, sino que el menor se encuentre en protección y conviva en un entorno tranquilo¹⁷.

¹⁵ MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores”, en *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 328.

¹⁶ <https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871>

¹⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 11 y 12.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores es una cuestión discutida, pues la doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a cuál es el bien jurídico protegido por este delito. COBO DEL ROSAL sostiene que el bien jurídico protegido “*es la familia concretado en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda*”. En otra línea se manifiesta DÍEZ RIPOLLÉS, que defiende que la sustracción de menores “*tutela la libertad de movimiento del menor, interpretada como libertad presunta o limitada a su entorno familiar o de guarda al que pertenece, incluso pudiere ser restrictivo de la voluntad natural del propio menor, donde además se atenta contra otros bienes jurídicos como los derechos y deberes de la patria potestad, tutela y demás que se insertan en el ámbito de las relaciones familiares*”, siendo en su opinión un delito de carácter pluriofensivo. Para TORRES FERNÁNDEZ, la protección del delito de sustracción de menores está en “*la paz en las relaciones familiares*”, para que en los momentos de crisis familiares, se tenga en cuenta siempre el interés del menor y se respeten los cauces jurídicos para resolver los conflictos¹⁸.

Por otra parte, es muy densa la jurisprudencia en cuanto a la interpretación del bien jurídico protegido que en el caso del delito de sustracción de menores, aunque es similar, puede ser muy variado. Así, nos encontramos con las siguientes resoluciones donde cada una de ellas interpreta a su forma cuál es el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal.

En la *praxis*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de junio de 2020, en su Fundamento Jurídico 3º, establece que: “*el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del art.225 bis del CP 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*”

¹⁸ MONGE FERNANDEZ, A.: “Aproximación al bien jurídico protegido en el artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 41, 42 y 43.

bajo el Capítulo III "De los delitos contra los derechos y deberes familiares", del Título XII "Delitos contra las relaciones familiares"”¹⁹.

En un sentido análogo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2020 en su Fundamento Jurídico 3º, establece que *“el bien jurídico protegido es la protección de intereses de los menores en relación con el ejercicio de los deberes de custodia, de forma que al ámbito penal se reconducen incumplimientos de resoluciones judiciales relativas al mismo y no al régimen de visitas”*²⁰.

No obstante la interpretación en cuanto al bien jurídico protegido, para que éste se entienda vulnerado, ha de llevarse a cabo un incumplimiento grave de la resolución judicial o administrativa que contenía quién ostentaba la guarda y custodia del menor. En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2020 en su Fundamento Jurídico 4º que *“la aparente situación de conflicto en que viven los progenitores, resulta ciertamente forzado encauzar la presente situación a través del delito de sustracción de menores del art.225 bis 2 del Código Penal, pues, ni puede hablarse propiamente de retención ni hay voluntad deliberada de apoderarse definitivamente del menor, lo que evapora la idea de incumplimiento grave y de ausencia de la más mínima justificación. Y es que no todo incumplimiento de una resolución judicial (especialmente en las circunstancias sociosanitarias en las que nos encontrábamos) debe enmarcarse en la esfera penal. Antes al contrario, como alega el Fiscal la localización de la menor no revistió la más mínima dificultad, pues la madre conoció en todo momento el paradero de la niña, siendo que la cuestión de autos ha de observarse desde el prisma de una situación de conflicto de pareja que ha de ser definitivamente resuelta en el ámbito civil”*²¹.

V. SUJETOS.

En primer lugar, definiremos con carácter general el significado de sujeto activo y pasivo de un delito. Por sujeto activo entendemos aquella persona física o jurídica que realiza una conducta delictiva, en el caso del delito que estamos analizando, el sujeto activo del delito

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, (Sección 2ª), núm.183, de 9 de junio de 2020 (ROJ 446/2020).

²⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 21ª), núm.1057, de 30 de julio de 2020 (ROJ 9595/2020).

²¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª), núm. 540, de 15 de octubre de 2020 (ROJ 5547/2020).

se recoge en los números 1 y 5 de dicho precepto legal. Sujeto pasivo es la persona a la que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito, al que se le causa un daño o un mal, en el apartado 1 del artículo 225 bis del Código Penal, se reconoce quien es el sujeto pasivo del delito.

En lo concerniente al sujeto pasivo del delito de sustracción de menores recogido en el artículo 225 bis apartado 1 del Código Penal, podemos apreciar que es el menor de dieciocho años no emancipado²². Si bien es cierto que hay opiniones diferentes, ya que los adolescentes (menores de dieciséis años) tienen la suficiente madurez para decidir por ellos mismos y tomar sus propias decisiones, siendo totalmente conscientes de los aspectos que suceden en su vida y en sus relaciones familiares. Es por ello que hay cierto sector doctrinal que piensa que sujeto pasivo del delito reconocido en el artículo 225 bis del Código Penal son los menores de dieciséis años; sin embargo, atendiendo al tener estricto recogido en el tipo penal de la sustracción de menores, sujetos pasivos del delito de sustracción de menores son todos ellos, es decir, hasta los dieciocho años de edad siempre que no estén emancipados²³, es decir, deben de estar sujetos a la patria potestad para ser sujetos pasivos del delito, si el menor está emancipado, se extingue la patria potestad, que en el caso de que sean sustraídos o trasladados por parte de sus progenitores, ascendientes o parientes, no se incurriría en un delito de sustracción de menores, sino en otro como podría ser la detención ilegal o el secuestro²⁴.

Respecto a los sujetos activos, la doctrina sostiene que el delito de sustracción de menores se trata de un delito especial, puesto que la conducta se limita a castigar a los sujetos que cumplen ciertas condiciones establecidas por la ley, es decir, ser progenitores, ascendientes del menor, o parientes de los progenitores. Sin embargo, aunque se trate de un delito especial, la doctrina ha discutido sobre si se trata de delito especial propio o impropio²⁵.

²² TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 581.

²³https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTYwMztlUouLM_DzbsMz01LySVLXEvOSM_CJbT0NjY7XEpOL8nNKSINCiTNUQotJUAL_U5Ao9AAAAWKE

²⁴ <https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871>

²⁵ MONGE FERNANDEZ, A: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 55 y 56.

Es doctrina mayoritaria y entre ellos, autores como MARTOS NÚÑEZ o Díez RIPOLLÉS, los que piensan que nos encontramos ante un delito especial propio (también denominado “delito de propia mano”), puesto que éste únicamente puede ser cometido por aquellos sujetos expresamente recogidos en el artículo 225 bis del Código Penal, los llamados sujetos cualificados, y no se admiten junto con ellos que el delito pueda cometerlo cualquier otra persona, ya que si esto fuese así, estaríamos ante otro tipo de delito diferente a la sustracción de menores²⁶.

Para TORRES ROSELL se trata de un delito especial, pues son sujetos activos tanto el padre como la madre que, además, pueden cometer el delito conjuntamente, siendo ambos coautores. El apartado 5 del artículo 225 bis del Código Penal establece una serie de sujetos a los que se le aplica también la conducta típica, estos son, los ascendientes y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad²⁷. Asimismo, Díez RIPOLLÉS sostiene que se trata de un delito especial propio, pues no existe nada en común con la detención ilegal, protector de un bien jurídico distinto²⁸.

Sin embargo, PRATS CANUTS se posiciona en contra de las opiniones anteriores, entendiendo que la sustracción de menores se caracteriza por ser un delito especial impropio, puesto que si quien sustrae al menor no es uno de los sujetos especificados en el artículo 225 bis del Código Penal, no cometería un delito de sustracción de menores, pero sí cometería un delito genérico contra la libertad ambulatoria (bien detenciones ilegales o secuestro)²⁹.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015, se pronunció estableciendo que “*la sustracción de menores se trata de un delito especial propio, pues solo*

²⁶ MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores”, en *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 328.

²⁷ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 580 y 581.

²⁸ MONGE FERNANDEZ, A.: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 56 y 57.

²⁹ *Ibidem*.

las personas en quienes concurren las características personales que establece el precepto penal, pueden ser sujeto activo del delito”³⁰.

A nuestro juicio entendemos que se trata de un delito especial propio, por la razón de que el delito solo puede ser cometido por los sujetos específicamente expuestos en el precepto penal; de ser un delito impropio se acogería en la redacción del artículo que pueden ser también otros sujetos de forma general quienes incurriesen en el delito si realizan la conducta castigada. Por lo que, ya que no se admiten otros sujetos junto con los cualificados, estamos ante un delito especial propio, pues si esa retención o traslado se cometiese por cualquier otra persona que no fuesen sus progenitores, ascendentes o parientes hasta el segundo grado, no nos encontramos ante un delito de sustracción de menores, sino ante otro tipo de delito. Por lo tanto, sujetos activos pueden ser los progenitores, es decir, el padre o la madre del menor; los ascendientes del menor; y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Una vez solucionada la problemática en cuanto a si la sustracción de menores se trata o no de un delito especial, seguimos con el análisis del sujeto activo del delito donde se nos abre una doble vertiente, en la que por una parte nos encontramos con la modalidad del traslado dentro de la sustracción de menores y por otra con la retención.

En el primero de los casos (el traslado), el sujeto activo del delito es aquel progenitor que sustrae de su lugar de residencia al menor sin consentimiento del progenitor con el que conviva habitualmente. Sin embargo, hay jurisprudencia en contra de esta opinión, la cual se sustenta en que además de no haber consentimiento por parte del progenitor custodio, es necesario a su vez que exista una resolución judicial o administrativa acerca de la situación del menor en cuanto a su guarda y custodia. En este sentido se pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2007 en su Fundamento jurídico 2º, donde establece que *“la aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º, 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*

³⁰ MONGE FERNANDEZ, A: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 56 y 57.

*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*³¹. Por lo tanto, aunque no se exprese de forma estricta en el apartado 2.1º del artículo 225 bis del Código Penal, sí que es necesaria una resolución judicial o administrativa en la que se especifique quien obtiene la guarda y custodia del menor.

De otro lado, cuando nos encontramos con la retención del menor en sí misma, el sujeto activo es el progenitor (ya sea padre o madre) que no tenga atribuida la custodia del menor por decisión judicial o administrativa, pues se exige como elemento del tipo que se incumpla gravemente lo establecido en resolución judicial o administrativa, lo que conlleva a afirmar que el sujeto activo ha de ser el progenitor no custodio³². En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2017 en su Fundamento Jurídico 3º, en el que se menciona que, *“partiendo del hecho ya probado de que en el momento de los hechos la guarda y custodia de los menores la ejercía el acusado, sostiene la sentencia que el acusado no puede ser sujeto activo de dicho delito ya que sólo puede serlo el progenitor no custodio*³³.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2017, recoge un caso concreto, en el cual una madre viaja hasta México con su hija menor de edad ostentando su custodia para celebrar la festividad de los santos con el consentimiento del otro progenitor, el cuál ahora solicita que sea condenada por un delito de sustracción de menores ya que se llevó a su hija de España y no ha regresado. Sin embargo, dicha sentencia se pronunciaba en su Fundamento Jurídico 3º así: *“la guarda y custodia de la menor la seguía ostentando, a los efectos de la causa que nos ocupa, la madre, por lo que no podía la misma cometer el*

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm.1109, de 29 octubre de 2007 (ARP 2007\698).

³² TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 580 y 581.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª), núm.131 de 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\91143).

*delito que se le imputa*³⁴. Por lo que podemos ver, no cumple las cualidades para ser sujeto activo del delito de sustracción de menores recogido en el artículo 225 bis del Código Penal puesto que mediante una resolución judicial le había sido concedida la guarda y custodia de la menor mientras siguiera conviviendo con ella, caso en el que nos encontramos, pues es solamente en el caso en el que la madre del menor no tuviese asignada la guarda y custodia de su hijo y se lo hubiese llevado del lugar donde reside habitualmente cuando estaríamos ante un delito de sustracción de menores, pero no es este el caso que se nos plantea.

No se nos puede olvidar mencionar uno de los supuestos que recoge el apartado 2.1º del artículo 225 bis del Código Penal en el que la guarda y custodia del menor la ostenta una institución tutelar de servicios sociales. Dicho precepto establece que: *“a los efectos de este artículo, se considera sustracción: 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”*. Este caso es recogido por la Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº4 de Valladolid de 31 de julio de 2019, donde los padres (ambos) de tres hijos menores de edad se presentaron en el centro donde se encontraban en acogimiento y los sustrajeron sin autorización durante tres días, la sentencia falló condenando a ambos padres como autores del delito de sustracción de menores tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal, pues los progenitores fueron los sujetos activos del delito ya que la guarda y custodia no estaba conferida a ellos, sino a los servicios sociales, incurriendo por tanto en el delito de sustracción de menores³⁵.

Por último, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de abril de 2019, nos encontramos con un caso en el que se refleja la conducta típica cometida por un ascendiente del menor (abuela). La guarda y custodia de la menor estaba conferida a su padre, y a la abuela se le acusa como autora criminalmente responsable de un delito de sustracción de menores en grado de tentativa (pues intenta introducir a la menor en el interior de un vehículo para retenerla sin que su padre diese su consentimiento, pero finalmente la menor consigue escapar de los tirones que estaba ejerciendo su abuela sobre ella), imponiéndose una pena de nueve meses de prisión³⁶. Se cumplen todos los elementos del

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 30ª), núm. 616 de 17 de julio de 2015, (ARP 2015\824).

³⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº4 de Valladolid, núm.227, de 31 de julio de 2019, (JUR 2019\288699).

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, (Sección 2ª), núm.96, de 29 de abril de 2019, (ROJ 568/2019).

tipo, ya que su abuela no es la que ejercía la guarda y custodia de la menor de edad, y aunque no consiguiera consumar la acción, intentó sustraerla, incurriendo por lo tanto en un delito de sustracción de menores en grado de tentativa.

VI. ANÁLISIS DEL DELITO.

Para analizar los elementos que forman parte del delito que venimos explicando, acudiremos a los criterios jurisprudenciales, pues estos fijan de una forma muy clara los componentes que conforman el tipo penal del delito de “sustracción de menores” recogido en el artículo 225 bis del Código Penal.

La resolución escogida para ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de octubre de 2014, que refleja los elementos en el Fundamento Jurídico 2º:

- a) El bien jurídico protegido es el derecho que tiene un hijo a relacionarse con sus progenitores puesto que se ve privado de mantener contacto con ambos padres, además se protege que las relaciones familiares no se vean perjudicadas.
- b) El sujeto pasivo del delito es el menor de edad que no esté emancipado, además un sector jurisprudencial afirma que el sujeto pasivo también lo es el progenitor que ostenta la guarda y custodia del menor. Sujeto activo del delito es en este caso el progenitor que no ostenta la guarda y custodia del menor.
- c) El tenor literal de la Sentencia que hemos señalado *supra* nos indica que “*la conducta típica exige y así lo señala la doctrina científica y jurisprudencial (STS 21 de enero de 2011) la existencia de una resolución judicial o administrativa cuyo contenido dispositivo es vulnerado por la retención del menor*”.
- d) La Sentencia indica textualmente que “*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*”.
- e) La acción típica del artículo 225 bis del Código Penal exige que la sustracción del menor se realice de forma injustificada, es decir “sin causa justificada”, ya que de

existir una justificación en la que la conducta típica se haya realizado para proteger al menor, la acción deviene atípica³⁷.

- f) Finalmente, se hace alusión a que son dos las conductas susceptibles de ser tipificadas como delito de sustracción de menores, las cuales se recogen en el apartado 2 del artículo 225 bis del Código Penal: la retención del menor incumpliendo una resolución judicial o administrativa, y el traslado del menor sin consentimiento de la persona que ostenta su custodia³⁸.

6.1. Tipo objetivo.

El artículo 225 bis apartado 2 del Código Penal considera típica la sustracción no justificada del hijo menor por parte de su progenitor contemplando dos modalidades: el traslado del menor desde el lugar donde reside habitualmente sin el consentimiento del progenitor con el que conviva de forma habitual o de las personas o instituciones que ostentan su guarda y custodia; y la retención del menor incumpliendo de forma grave lo establecido en una resolución judicial o administrativa en la que se refleja quien ostenta la guarda y custodia del menor³⁹.

En primer lugar, debemos analizar qué significa el término “sin causa justificada” que aparece en el apartado 1º del artículo 225 bis del Código Penal, y es que la sustracción de menores solamente es castigada cuando no exista causa justificada para ello⁴⁰, la sustracción está justificada cuando el menor se encuentre en una situación de peligro, y tal conducta no sería constitutiva de delito, ya que la sustracción se ha llevado a cabo para proteger al menor, la causa justificada debe sustentarse en un motivo razonado de que el menor pueda verse en peligro física o psíquicamente, incluso que no se cubrieran sus necesidades⁴¹. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de marzo de 2017 nos muestra un caso en que la madre de una menor la retuvo con causa justificada siendo absuelta del delito de

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, (Sección 2ª), núm.184, de 10 de octubre de 2014, (ARP 2015\441).

³⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁹ OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, en *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp 420.

⁴⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores”, en *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 317.

⁴¹ MONGE FERNANDEZ, A.: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *el delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 89 y 90.

sustracción de menores, dicha resolución en su Fundamento Jurídico 2º se establece que: “*en el supuesto enjuiciado la apelante manifestó que la menor llevaba tiempo diciéndole que no quería estar con el padre, lo que motivó la interposición de una demanda de modificación del régimen de custodia, y que, cuando la tuvo consigo el fin de semana del 14 de septiembre de 2012, le dijo que quería quedarse con ella. Manifestó que mandó un mensaje al padre comunicándoselo, y que vio que su hija estaba muy nerviosa. De hecho, en una entrevista con la profesora de la niña, aquélla le dijo que últimamente iba mal en los estudios. Por otro lado, la niña se quejaba de la agresividad del padre, y las vecinas advirtieron a la recurrente de que a veces escuchaban peleas entre ambos. Así las cosas, y pese a que la acusada iba a marcharse a residir a Madrid por otros motivos, personales y profesionales, por petición de la niña, a la vista de las circunstancias, decidió llevársela consigo, lo que también comunicó al padre. De hecho, compareció en comisaría en Madrid para explicarlo. Tomó la decisión de no restituir a la menor, en definitiva, en atención al bienestar de aquélla*”, por ello, el tribunal entendió que “*se ha sembrado una duda razonable sobre la concurrencia de la causa justificada, y, lo que parece más claro, no hay acreditación de que se incumplieran "gravemente" las obligaciones judicialmente establecidas*”⁴², dictaminando finalmente que la madre de la menor no podía ser sujeto activo del delito de sustracción de menores debido a que tenía una causa justificada para retener a la menor con ella y que su conducta no era susceptible de ser tipificada como delito ya que siempre ha comunicado su residencia, y ha estado localizable, aportando además pruebas suficientes sobre la causa de justificación.

Si analizamos las diferentes conductas, la primera acción típica se trata del traslado del menor del lugar donde vive sin consentimiento del progenitor con el que reside o sin el consentimiento de las personas o instituciones que ostenten su custodia. Para que se de la modalidad del traslado, es necesario un desplazamiento físico del menor desde el lugar donde convive habitualmente hacia otro domicilio diferente. En esta acción de desplazar al menor de su lugar habitual de residencia hacia otro distinto, el sujeto activo no cuenta con la autorización del progenitor que ostenta la custodia del menor o de las otras personas o instituciones que pudieran tener su guarda o custodia. Sin embargo, deviene atípica y se debe excluir como conducta delictiva los traslados que el progenitor no custodio u otro familiar

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª), núm.189, de 7 de marzo de 2017, (JUR 2017\127431).

ejecuta durante los periodos en los que disfruta del régimen de visitas establecido en la resolución judicial o administrativa⁴³. El delito se comete en el momento en que se desplaza al menor de manera in consentida⁴⁴, por ello, si el progenitor custodio acepta el traslado del menor, la conducta no es constitutiva de delito⁴⁵.

Se pronuncia en esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de agosto de 2019 en su Fundamento Jurídico 4º, en el que se manifiesta que “*su conducta no sería típica pues 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*”⁴⁶. En esta sentencia, se recoge un caso en el que la madre de un menor de edad pasaba bastante tiempo conviviendo con su hijo con el consentimiento del padre el cual ostentaba la guarda y custodia, por lo que el tribunal entiende que al prestar el progenitor custodio su consentimiento para que el menor pasase tiempo en casa de su madre, la conducta deviene atípica y la madre no es sujeto activo de un delito de sustracción de menores.

La segunda variante del delito sería el retener al menor contraviniendo de forma grave lo acordado por resolución judicial o administrativa. Así, el término retener debe ser interpretado como una no devolución del menor a su lugar de residencia habitual, lo que se quiere hacer es separar al menor de forma permanente del progenitor custodio⁴⁷, la conducta típica, en este caso, es no devolver al menor al progenitor que ostenta la guarda y custodia tras finalizar el periodo de visitas que tiene el otro progenitor no custodio⁴⁸.

⁴³ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 581.

⁴⁴<https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/repercusion-de-los-incumplimientos-sobre-guarda-y-custodia-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>

⁴⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 9.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, (Sección 4ª), núm.404, de 10 de agosto de 2019, (ARP 2019\418).

⁴⁷ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 581 y 582.

⁴⁸<https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/repercusion-de-los-incumplimientos-sobre-guarda-y-custodia-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>

En todo caso, para que la conducta sea susceptible de ser castigada como delito, exige una infracción grave de la resolución judicial o administrativa sobre la custodia del menor, no comprendiendo simplemente un retraso en cuyo caso no habría conducta que tipificar⁴⁹, en este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de julio de 2014 en su Fundamento Jurídico 5º el cual establece que: *“solamente son punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia”*⁵⁰.

Se puede dar el caso concreto de que no exista ninguna resolución judicial ni administrativa en la que se otorgue la custodia del menor a los progenitores, en este caso tal y como se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 2007, no existiría conducta subsumible en un delito de sustracción de menores puesto que no se cumple uno de los elementos exigido por el tipo, dicha sentencia en su Fundamento Jurídico 1º, establece que: *“la circunstancia de que en la fecha de la denuncia, al igual que en la fecha en que se acordó el archivo de la causa, no existiera resolución judicial que atribuyera la guarda o custodia del hijo menor de edad a uno de los progenitores impide que el presente caso sea incardinable en el tipo penal citado. Efectivamente este delito exige, en lo que atañe al caso, que su autor sea el progenitor que no tenga confiada la guarda o custodia del menor; razón por la que no existiendo resolución judicial sobre tal extremo se está en la situación de que la tienen conferida ope legis tanto el padre como la madre”*⁵¹.

La resolución sobre la custodia del menor puede ser o no firme, y puede ser judicial o administrativa. En el caso de que sea judicial nos podemos encontrar con medidas provisionales, provisionalísimas o definitivas dependiendo del momento del proceso judicial en que nos encontremos⁵². Siguiendo con el análisis de la resolución judicial o administrativa de los deberes de custodia del menor como elemento del tipo, el legislador únicamente la

⁴⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 11.

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (Sección 2ª), núm.334, de 18 de julio de 2014, (JUR 2014\236439).

⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 27ª), núm.707, de 15de noviembre de 2007, (JUR 2008\39461).

⁵² DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 36 y 37.

exigió en la modalidad de la retención del menor, sin embargo, la jurisprudencia defiende que también se debía ostentar una resolución en el caso del traslado del menor, por lo que sin la existencia de resolución judicial o administrativa la conducta se vuelve atípica en ambos casos (tanto en el traslado como en la retención)⁵³. Son abundantes las resoluciones en las que se requiere que exista una resolución judicial o administrativa para ambos supuestos de sustracción, es decir, traslado y retención, interpretando así de forma muy restrictiva el precepto penal⁵⁴.

En esta línea se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de noviembre de 2012, donde el misma en su Fundamento Jurídico 2º dice: *“la aplicación e interpretación del precepto del apartado 2.1º, 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. Y no existiendo en el supuesto de autos dicha resolución, la consecuencia será que los hechos en cuestión no pueden ser incardinados en el precepto penal, puesto que la madre gozaba de la guardia y custodia del menor que era compartida por los dos progenitores”*⁵⁵.

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2013, que en su Fundamento Jurídico 6º establece que: *“para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del «deber» a que se refiere el tipo penal [...] el contenido de la resolución judicial se erige en elemento esencial de la figura delictiva, ya que lo que en ella se acuerde permitirá esclarecer hasta qué punto se ha incumplido gravemente el deber al que se refiere la norma penal”*⁵⁶. Podemos apreciar por

⁵³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores”, en *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 313.

⁵⁴ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 582.

⁵⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 3ª), núm.1026, de 5 de noviembre de 2012, (JUR 2013\13625).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Recurso de Amparo núm.5652, de 2 de diciembre de 2013, (RTC 2013\196).

tanto que hasta nuestro Tribunal Constitucional, y la mayoría de la *praxis* exigen la existencia de una resolución judicial o administrativa que se mencione sobre la guarda y custodia del menor.

En síntesis, son dos las modalidades que nos podemos encontrar en la sustracción de menores, el traslado del lugar de residencia del menor hacia otro distinto, y retención del menor en contra de lo dispuesto en una resolución judicial o administrativa incumpliendo la misma gravemente; y tres los elementos del tipo, estos son, que no exista una causa de justificación de la conducta de sustracción del menor, un incumplimiento grave de la resolución judicial o administrativa, y que no se preste consentimiento por parte del progenitor custodio. A nuestro juicio, la causa justificada excluye la tipicidad de la conducta, ya que si el menor está el peligro con el progenitor que ostenta su guarda y custodia, lo coherente es que el otro lo retenga o traslade para protegerlo; opinamos que es necesaria la existencia de resolución judicial o administrativa tanto en uno como en otro caso, puesto que tanto para el traslado como para la retención es indispensable que la custodia del menor esté asignada a un progenitor para que el otro sea el sujeto activo del delito; y por último, a nuestro parecer, en el caso en que medie consentimiento por parte del otro progenitor, la conducta debería considerarse atípica puesto que está aceptando que el menor vaya con el padre o madre que no ostente la custodia.

6.2. Tipo subjetivo.

El legislador configura este artículo 225 bis del Código Penal como doloso, no incluyendo la modalidad imprudente. Tal como establece el artículo 12 del Código Penal, la imprudencia solo se castiga cuando así lo prevea la ley, por lo que para que una conducta sea castigada como imprudente, ese delito la tiene que prever expresamente.

El dolo lo forman dos elementos, el intelectual que consiste en conocer que una conducta está castigada como delito, y el volitivo que es la voluntad de realizar dicha acción típica y antijurídica⁵⁷.

⁵⁷ RAMOS TAPIA, M.I.: “Delito de acción. La tipicidad (III)”, en *Lecciones de derecho penal: parte general*, Moreno-Torres Herrera, M.R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp 133.

Mientras que la imprudencia es una infracción cometida por un sujeto debido a la falta de cuidado o por incumplimiento de un deber, que produce una lesión en el bien jurídico protegido en un precepto penal causando por consiguiente una conducta tipificada como delito⁵⁸.

Una vez explicado el significado de subjetividad dentro de un ilícito penal, nos adentramos en analizar los elementos subjetivos del delito de sustracción de menores. Lo más importante que hay que dejar claro es que el legislador configura este delito del artículo 225 bis del Código Penal como doloso, no incluyendo dentro del tipo la modalidad imprudente, lo que conlleva que la acción no puede ser castigada como delito si la conducta fuera ejecutada por imprudencia ya que el precepto penal no lo castiga de forma expresa. La cuestión del dolo en la sustracción de menores es tratada por la jurisprudencia, que viene exigiendo dos requisitos para que se pueda apreciar, en el momento en el que no exista uno de esos requisitos, la conducta no puede tipificarse como delito, estos son:

- a) La voluntad de querer retener al menor y privar del todo la relación de este con su progenitor, es decir, debe haber una intención del sujeto activo de retener o trasladar al menor de forma permanente y no meramente temporal, para alterar la resolución en la que se establece la guarda y custodia del menor.
- b) Que el autor del delito conozca la existencia de una resolución judicial o administrativa que conceda la guarda y custodia del menor al otro progenitor⁵⁹.

Para TORRES ROSELL, es necesario que haya una finalidad de trasladar o retener al menor durante un largo periodo de tiempo, es decir, de forma duradera y no meramente temporal, textualmente dice que *“la Jurisprudencia dominante ha venido exigiendo que, atendida la gravedad de las penas previstas en el tipo para estas conductas, el tipo subjetivo alcance la intención de trasladar o retener con voluntad de permanencia, esto es, con la finalidad de alterar o pervertir de forma permanente el régimen de custodia legalmente establecido. Este planteamiento lleva a entender que no es grave el incumplimiento en los*

⁵⁸ <https://www.bonattipenal.com/el-tratamiento-la-imprudencia-codigo-penal/>

⁵⁹ MONGE FERNANDEZ, A: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 99 y 100.

supuestos en que, de las circunstancias en que se produce la sustracción del menor, quepa inferir la intención de devolver al menor en un periodo razonable”⁶⁰.

El tenor literal del Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de diciembre de 2012 dice *“Doña. Rita no ha existido la voluntad de esconderse y no posibilitar que el padre de Lorena pudiera pasar por su domicilio al efecto de cumplir el régimen de visitas que ellos habían pactado en su convenio regulador de abril del 2005. No consideramos que exista dolo que exige la conducta delictiva de la sustracción de menores [...], en este sentido la jurisprudencia perfila el concepto de dolo al afirmar que es dolosa "aquella acción voluntaria cuyo significado y resultado antijurídicos, una vez presentados al agente, son queridos y consentidos por el mismo", de modo que el "dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho, y a la vez, la voluntad de realizarlo [...], la estructura del dolo se sustenta pues en dos elementos; uno intelectual consistente en la representación o conocimiento de los elementos objetivos del hechos y de su significación antijurídica, y otro volitivo, que es la voluntad de ejecutarlo [...], en el presente caso, nos encontramos con Doña Rita , la cual no procede a ocultar de forma maliciosa el domicilio donde se encuentra con su hija, sino que por el contrario lo facilita y además indica su número de teléfono móvil así como el número telefónico de su abogado y el nombre del mismo, por lo tanto da todos los elementos posibles al efecto de poder ser localizada si bien ello no fue así, ahora bien no apreciamos que se haya producido una ocultación con el ánimo de impedir al padre el poder ver a su hija puesto que consta que a partir del momento que Rita habló con la madre del Sr. Luis Carlos se reanudó el régimen de visitas”⁶¹. En el caso en que nos encontramos, no se puede hablar de un delito de sustracción de menores puesto que no se da el elemento subjetivo del dolo y tal como se establece el artículo 5 del Código Penal no hay delito sin dolo, la madre no incumple ninguna resolución judicial o administrativa sobre la custodia de la menor, y tampoco tiene intención de ocultar a la menor de su padre, puesto que como ha quedado reflejado se comunicó con*

⁶⁰ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 582.

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), núm.668, de 15 de diciembre de 2011 (JUR 2012\25843). En esta resolución se recoge un caso en el que una madre traslada a su hija menor de edad con ella a Francia la cuál ostentaba la guarda y custodia en virtud de un convenio regulador entre ella y el padre de la menor, el tribunal no apreció que la madre de la menor actuara con dolo puesto que en ningún momento se escondió y en todo momento comunicó dónde se encontraba, no teniendo intención de separarla de forma definitiva de su padre, por lo que al no cumplirse los elementos que requiere el dolo para el delito de sustracción de menores el tribunal absolvió a la madre de la menor del delito de sustracción de menores.

su abuela a fin de que el padre ejerciese el derecho de visita acordado en el convenio regulador.

En este sentido se manifiesta igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de noviembre de 2005 cuando establece en su Fundamento Jurídico 1º literalmente que *“la sentencia apelada hace un amplio y detallado estudio de la génesis y contenido del artículo 225 bis del Código Penal, para concluir con su inaplicación a los hechos probados [...], no hubo tendencia subjetiva dolosa de apartar definitivamente al otro progenitor”*⁶². Por lo que podemos apreciar que al no darse uno de los requisitos exigidos para que este delito sea calificado como doloso, en este caso, retener al menor y apartarlo definitivamente de quien ostenta su guarda y custodia, no puede castigarse tal conducta como delito puesto que la conducta deviene atípica al no cumplirse los elementos necesarios.

Sensu contrario se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de marzo de 2019, en su Fundamento Jurídico 2º, que dice *“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”*⁶³. En este caso, de forma opuesta a las anteriores resoluciones, los requisitos del dolo si se cumplen, puesto que había voluntad de impedir la relación del padre con sus hijos, al existir ese dolo y darse el elemento subjetivo del tipo, la conducta debe castigarse como delito.

El Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia de 2 de diciembre de 2013, afirma de nuevo cuáles son los requisitos exigidos para el dolo, y que estos son necesarios para tipificar la conducta como delito, del tenor literal de dicha resolución extraemos que *“las Sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria consideraron acreditada la concurrencia del tipo penal, incluyendo lo que denomina «elemento subjetivo del tipo o injusto» o «ánimo doloso», sobre la base de que el demandante tuvo intención de que la madre no pudiera estar con su hijo y así privarla de sus derechos. Respeto de la alegación formulada por el entonces acusado, acerca de que*

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª), núm.669, de 24 de noviembre de 2015, (JUR 2006\222393).

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), núm.98, de 7 de marzo de 2019, (ARP 2019\453). La madre de dos menores, incumpliendo una resolución y con voluntad de apartar a los menores de su padre, trasladó a sus hijos desde Italia a España, siendo condenada por un delito de sustracción de menores.

ignoraba de la existencia de resoluciones judiciales que otorgaban la guarda y custodia a la madre del menor, la fundamentación jurídica ofrecida por la Sentencia se limita a sostener que las resoluciones dimanantes de los procedimientos civiles son firmes y de obligado cumplimiento, siendo el acusado el único responsable de que no se le pudiera notificar personalmente, al marcharse durante ocho años del país. Por otra parte, resultan particularmente significativas algunas de las consideraciones recogidas por la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia dictada en grado de apelación, acerca de que lo característico del delito por el que fue condenado el recurrente es el dolo consistente en la voluntad del autor que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con su hijo menor”⁶⁴.

En definitiva, la jurisprudencia ha optado por castigar las conductas en las que se cumplen los requisitos que conforman el dolo para este delito, es decir, el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa y el traslado o retención del menor de forma permanente impidiendo relacionarse con el progenitor que ostenta su custodia; dejando sin penalizar las conductas en las que esos requisitos no se cumplen, cuando el autor del delito no tiene intención de apoderarse definitivamente del menor, sino que solamente se trata de una acción temporal, no se castiga puesto que se entiende que no existen los elementos del dolo y que la acción es atípica.

Cuestión diferente son los casos de error, el error se regula en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 14 del Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que existen dos tipos de error, aunque el legislador no los distinga de forma expresa. Por una parte, nos encontramos con el error de prohibición que es la creencia errónea de que estas actuando lícitamente cuando no es así; y de otro lado, el error de tipo, esto es, que el autor de los hechos no conoce los elementos integradores del delito y no sabe que se encuentra ante un ilícito penal cuando realiza la conducta⁶⁵.

En el delito de sustracción de menores, normalmente el error se produce en torno al consentimiento, o a la existencia de resolución judicial o administrativa. En los supuestos

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Recurso de Amparo núm.5652, de 2 de diciembre de 2013, (RTC 2013\196).

⁶⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “La culpabilidad”, en *Lecciones de derecho penal: parte general*, Moreno-Torres Herrera, M.R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp 170.

que se puede dar el error respecto a la existencia de una resolución judicial o administrativa es cuando el progenitor ignora que existe tal resolución, por lo que al no darse uno de los elementos exigidos por la conducta típica, el progenitor piensa que está actuando lícitamente no siendo así, al darse un error de prohibición, la conducta es antijurídica y no puede castigarse como delito. En lo que concierne al consentimiento, el error se da en el momento en que se otorga ese consentimiento por el otro progenitor, pudiendo parecer que se da un alcance que no es el real, es decir, que el progenitor no custodio puede interpretar que el consentimiento ha sido amplio, cuando no fue así, dando lugar a situaciones de error⁶⁶.

Así, si analizamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de marzo de 2019, que en su Fundamento Jurídico 3º establece que *“el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta, [...] manifiesta que su conducta no incurre en dolo ya que la misma, carente de conocimientos legales adecuados actuaba en base al asesoramiento recibido. Tal alegación exculpatoria no puede tener éxito. Aunque así hubiese sido, extremo que desconocemos pues no sabemos lo que sus asesores le aconsejaron, ello no puede servirle de coartada pues J. conocía la resolución dictada [...], siendo además requerida por el Juzgado de 1ª Instancia número tres de Granada para la devolución de los menores el 11 de Julio de 2017 y, nuevamente el 24 de Julio siguiente, por lo que no podía llamarse a engaño sobre lo ilegal de su conducta”*⁶⁷. El error se puede dar en aquellos casos en los que se desconozca por completo la existencia de una resolución judicial o administrativa que otorgue la guarda y custodia del menor a la persona

⁶⁶ MONGE FERNANDEZ, A: “Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 104-111.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), núm.98, de 7 de marzo de 2019, (ARP 2019\453).

correspondiente, y en el caso en que realmente no sepas que tu conducta es contraria a derecho, en caso contrario, la conducta no puede reconocerse como antijurídica.

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015, que extraemos del tenor literal del Fundamento Jurídico 1º lo siguiente “*la falta de conciencia de la antijuricidad de la acción, en este caso consistente en la retención de los menores durante el periodo referido, que aduce el recurrente, no es sostenible, [...] porque el convenio fue propuesto por ambas partes interesadas en el mismo [...], como señala la Audiencia pretender la cobertura del consejo del letrado tampoco es exacto en sus propios términos tal como resulta de la manifestación como testigo del mismo en el juicio en relación con la llamada que recibió el acusado desde el Juzgado, que el mismo día 1 de agosto dictó auto acordando que aquél trasladara a los menores al domicilio de la madre, siendo requerido para dicha entrega por parte de la Secretaria Judicial, si bien se negó a ello, según consta en la diligencia de constancia realizada por la Secretaria Judicial*”⁶⁸. En esta sentencia se desestimó el motivo aducido por el presunto sujeto activo, puesto que no se cumplen ninguno de los requisitos que exige el error para que se pueda aplicar el mismo, ya que como consta en el Fundamento transcrito *supra*, el padre de los menores sabía de la existencia de una resolución judicial y aún siendo requerido por el juzgado para devolver a los menores, hizo caso omiso, debiendo por tanto el tribunal desestimar el recurso pues no hay ningún argumento para justificar el error.

De igual modo, afirma literalmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de octubre de 2014 que es doctrina del TS que “*en relación al ámbito del error de prohibición no cabe extender el error de prohibición a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Así se pronuncia entre otras la Sentencia 835/2012, de 31 de octubre (RJ 2012, 10576). Y en la Sentencia de esta Sala 237/2007, de 21 de marzo (RJ 2007, 2244), se expresa que el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia*

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm.870, de 19 de enero de 2015, (RJ 2016\14).

de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente”⁶⁹.

Abundando en lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2015 en su Fundamento Jurídico 3º afirma que es doctrina de la Sala que *“el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta”⁷⁰.*

En consecuencia, para que pueda apreciarse error y la conducta se defina como antijurídica es estrictamente necesario que el sujeto plenamente sin posibilidad de error piense que su acción es conforme a Derecho, puesto que de lo contrario no cabe que se aplique el error y se absuelva por el delito cometido.

6.3. Tipo agravado.

Una vez regulado el tipo básico del delito de sustracción de menores, se redactaron además unos tipos agravados en los que se castiga el delito en su mitad superior, estos son: el traslado del menor fuera de España, y la exigencia de condiciones para restituirlo⁷¹.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), núm.184, de 10 de octubre de 2014, (ARP 2015\441).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm.687, de 10 de octubre de 2015, (RJ 2014\5006).

⁷¹ MONGE FERNANDEZ, A.: “Los tipos cualificados de sustracción parental de menores”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 118.

Así, el tenor literal del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal expresa que: *“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”*⁷².

El motivo de que la pena se agrave para los casos en los que el delito se cometa en su vertiente internacional es que supone un mayor inconveniente la localización del menor y una mayor dificultad a la hora de que vuelva al lugar donde convive de forma habitual. Y el fundamento de la agravación en la exigencia de condiciones para restituir al menor se sustenta en que obligan al progenitor custodio a realizar acciones que afectan normalmente al régimen de visitas del menor o pudiendo constituir incluso una amenaza⁷³.

6.3.1. Exigencia de una condición para restituir al menor.

El apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal dice que las penas establecidas en el apartado 1, se van a imponer en su mitad superior cuando se exija una condición para restituir al menor. Así, analizaremos qué supone la exigencia de una condición a la hora de restituir al menor para que la pena se agrave cuando se ejecute la conducta típica descrita en los apartados anteriores, es decir, el traslado o retención del menor de forma injustificada y sin consentimiento del progenitor que ostenta su custodia.

En este contexto, la condición crea una situación en la que se impone una obligación a hacer o no hacer algo, y a cambio se restituye al menor. Muchos autores han discutido respecto a que se debe entender por condición, haciendo alusión a que el legislador debería haber redactado de una forma más clara el precepto penal, explicando cómo ha de ser esa condición (de qué naturaleza, esto es, económica, personal, laboral, respecto al régimen de custodia, etc.), haciendo además una diferenciación entre el carácter lícito o ilícito de la misma puesto que para autores como STERN BRIONES o PRATS CANUTS el reproche punitivo no debe ser el mismo si la condición que se exige es legal o no, puesto que si la condición que se impone es algo lícito debería castigarse de forma más leve⁷⁴. Autores como DÍEZ RIPOLLÉS defiende que la conducta se castigue aunque la condición sea lícita, sin

⁷² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

⁷³ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 583.

⁷⁴ MONGE FERNANDEZ, A.: “Los tipos cualificados de sustracción parental de menores”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 125.

obligación de que sea ilegal para que se pueda castigar, este autor explica literalmente que *“la condición que se interpone para dejar de prolongar la sustracción no tiene por qué ser ilícita, pudiendo ser lícita, por ejemplo, que el progenitor titular de la guarda se comprometa a no seguir obstaculizando el régimen de visitas al que el sustractor tiene derecho”*⁷⁵.

Un ejemplo de condición lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de febrero de 2013, en su Fundamento Jurídico único dice textualmente *“en fecha 21 de junio de 2010 se produjo el regreso del acusado con la menor, que lo hizo sin consentimiento de su madre y pese a existir una resolución judicial prohibiéndolo expresamente, y que condicionó su regreso (el de la menor) a España a que ella (la madre) firmara un convenio fijando la custodia compartida y un documento anterior autorizando la salida de la menor”*. La condición en este caso exigida por el padre para restituir a la menor fue la firma de un convenio que la que se compartiese la custodia de esta entre ambos progenitores⁷⁶.

La conducta se va a castigar se consiga o no que se cumpla la condición por el sujeto al que se exige, es decir, aunque el sujeto al que se pide la condición no la cumpla, igualmente se va a penalizar tal conducta como agravante del delito de sustracción de menores⁷⁷.

6.3.2. Traslado del menor fuera de España.

El traslado del menor fuera de España se trata de una sustracción internacional de menores, que podemos definirla como la situación en la que el progenitor no custodio sin consentimiento del otro traslada a su hijo menor hacia otro estado diferente del que reside habitualmente⁷⁸. Se debe entender que la conducta típica es la misma que la que se regula en el apartado 2 del artículo 225 bis del Código Penal pero desplazando al menor hacia un estado geográficamente diferente al que vive de forma habitual, en nuestro caso, la conducta típica se realizaría en el momento que se traslada al menor en un lugar situado fuera de las

⁷⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 51 y 52.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, (Sección 8ª), núm.23, de 7 de febrero de 2013, (JUR 2013\97017).

⁷⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 52.

⁷⁸ REVILA PÉREZ, L.: “La sustracción internacional de menores: aspectos teórico prácticos” en *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 34.

fronteras españolas⁷⁹. Por lo tanto, la agravante del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal “traslado del menor fuera de España”, se aplica cuando concurren los requisitos del tipo básico de sustracción de menores del apartado 1 y 2 del mencionado artículo, y además se dé la situación de “traslado fuera de España”, haciendo una puntualización y es que para autores como PRATS CANUTS la expresión “fuera de España”, incluye tanto a países, como buques o aeronaves⁸⁰.

No obstante, para poder afirmar que nos encontramos ante un caso de sustracción internacional de menores de forma clara, se deben dar los requisitos que se exponen a continuación:

- a) El sujeto pasivo del delito debe ser un menor de edad, aquí hay una cuestión que debemos dejar clara, y es que diferentes Convenios como el de la Haya de 1980 o el del Luxemburgo de 1980, han entendido que deben ser menores de 16 años los sujetos pasivos de esta modalidad reconocida dentro del artículo 225 bis del Código Penal, sin embargo, la legislación española entiende que puede ser sujeto pasivo todo menor, es decir, hasta los 18 años.
- b) El traslado del menor debe realizarse sin el consentimiento del progenitor al que se le ha atribuido su guarda y custodia.
- c) Traslado hacia un lugar geográficamente fuera de España, donde debía tener su residencia habitual.
- d) Se debe infringir por el sujeto activo la resolución judicial en la que se otorga la custodia al otro progenitor⁸¹.

Es importante hacer hincapié en que para que exista la sustracción internacional de menores como agravante del delito que se recoge en el apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal, debe haber un desplazamiento del menor a un lugar fuera de España, que

⁷⁹ MONGE FERNANDEZ, A.: “Los tipos cualificados de sustracción parental de menores”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 117 y 118.

⁸⁰ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 50-52.

⁸¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “La sustracción internacional de menores a la luz de su interés superior: algunos datos a considerar”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm.10, 2016, pp 3.

suponga un cambio sustancial de residencia, es decir, que se aparte del lugar donde se desenvuelve en su día a día⁸².

Problema al que tenemos que dar solución es la cuestión de si la agravante del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal “traslado fuera de España” se extiende a la retención del menor o solo al traslado, puesto que en dicho precepto se menciona únicamente el “traslado”. La doctrina ha discutido sobre esta cuestión, ya que cierto sector doctrinal sostiene que si el legislador no lo ha castigado de forma expresa en el precepto penal, no se puede aplicar la agravante por analogía, sino que es preciso que se castigue de forma explícita para que puede tratarse de una agravante⁸³; mientras que otra parte de la doctrina piensa que en ambos casos (retención y traslado) se altera la residencia del menor y se priva de convivir con uno de sus progenitores, concluyendo en que la agravante debía aplicarse en ambos casos puesto que son similares⁸⁴. A nuestro juicio, debería castigarse tanto el modo de traslado como la retención, puesto que ambos forman parte de la conducta típica del tipo básico, y no tendría sentido que en el caso del traslado se agravase y en la retención no, ya que sustracción de menores son ambas conductas y las dos merecen de agravación puesto que se priva al menor de convivir con quien tiene atribuida su guarda y custodia.

Dentro de la agravante del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal, nos podemos encontrar con dos situaciones diferentes: por un lado, que se traslade al menor a un lugar fuera de España sin consentimiento de quien ostenta la guarda y custodia del menor; y de otra parte, que el menor resida en otro país, y se traslade a España⁸⁵.

Como ejemplo de aplicación de la agravante “traslado fuera de España” del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal a un caso concreto, exponemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de octubre de 2014 donde el Fundamento Jurídico 3º de la mencionada resolución explica que “*la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside*”

⁸² SERRA MUÑOZ, M.: “La sustracción de menores en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.909, 2015, pp 6.

⁸³ MONGE FERNANDEZ, A.: “Los tipos cualificados de sustracción parental de menores”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 119.

⁸⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 50.

⁸⁵ SERRA MUÑOZ, M.: “La sustracción de menores en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.909, 2015, pp 6.

habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercerlo. El código penal sanciona en su artículo 225 bis la conducta que es objeto de imputación tanto a la madre de la menor, por su condición de progenitora, como a su compañero sentimental, y a los abuelos maternos”⁸⁶. En esta resolución, la madre de la menor, así como la pareja de la madre y los abuelos de la menor, fueron condenados por un delito de sustracción de menores, concurriendo la agravante del apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal puesto que la menor fue trasladada a Portugal, teniendo la guarda y custodia su padre. Se condenaron a todos los sujetos anteriormente mencionados con la pena de prisión en su mitad superior por concurrir la agravante de traslado fuera de España; y además condenar a la madre de la menor a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 30 de junio de 2014, la cuál resuelve un recurso planteado contra la sentencia que se dictó por el Juzgado de lo Penal N°2 de Huelva el 28 de abril de 2014, cuyo recurso ha sido desestimado, afirmando por tanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que castigaba a la madre como sujeto activo del delito de sustracción de menores a cuatro años de prisión y a cinco años de inhabilitación para ejercer la patria potestad. En esta resolución, la madre de una menor traslada a su hija hacia Rumanía, cuando no ostentaba su guarda y custodia puesto que le fue concedida al padre de la menor, explica el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia de la Audiencia Provincial que *“cabe deducir un ánimo en la acusada de permanencia y no de mera temporalidad [...], la recurrente era conocedora de las resoluciones que a lo largo de los procedimientos entablados fueron recayendo y del contenido de la obligación que se ponía a su cargo en ejecución de aquellas, la entrega de la menor a su padre, y sin embargo a pesar del conocimiento siguió insistiendo en su postura, impidiendo además toda relación entre la menor y su padre. Su conducta no puede ser calificada de otra manera que a través de la sustracción de menores en su modalidad de incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial o administrativa prevista en el citado artículo 225 bis [...], son correctas las consecuencias jurídicas aplicadas, al estimar concurrentes los elementos integrantes del tipo objeto de condena*

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, (Sección 2ª), núm.450, de 10 de octubre de 2014, (JUR 2014\288485).

tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, al deducirse de sus actos que era conocedora de que su comportamiento era antijurídico, pues desde la fase inicial de la ejecución delictiva era conocedora de su obligación de retorno, esto es, de desistir de su conducta, pese a lo cual se mantuvo en su obstinada actitud”. El Juzgado de lo Penal, castigó a la madre de la menor como autora de un delito de sustracción internacional de menores de los apartados 2 y 3 del artículo 225 bis del Código Penal, puesto que el órgano juzgador entendió que se cumplían todos los elementos exigidos por el precepto penal, y además se da la agravante de trasladar a la menor fuera de España, es por ello que la Audiencia se reitera en la opinión justificada en la sentencia que dictó el Juzgado de lo Penal, y desestima el recurso, reproduciéndose por tanto lo dicho en la sentencia que fue recurrida⁸⁷.

En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de julio de 2014, en la que se condena al padre de un menor de edad por dos delitos de sustracción de menores siendo el sujeto pasivo el mismo menor, pero al realizarse dos conductas diferentes, dieron lugar a dos penalizaciones por delito de sustracción de menores, una por los hechos acontecidos en diciembre de 2011, y otra en julio de 2012. En la sentencia que se recurre que fue dictada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa de 1 de abril de 2014, se castigó por dos delitos de sustracción de menores, uno a diez meses de prisión e inhabilitación de cinco años para ejercer la patria potestad; y otro por tiempo de tres años y tres meses de prisión y ocho años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Igualmente, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial se reiteró en lo establecido en la recurrida, desestimando el recurso interpuesto contra la misma, puesto que en su Fundamento Jurídico 5º dice que *“el recurrente lesionó en dos ocasiones el bien jurídico protegido, por cuanto, sin el consentimiento de la madre ni conocimiento del menor, trasladó en dos ocasiones al menor desde España a Noruega reteniéndole con grave incumplimiento del deber establecido por resolución judicial, separando al menor de su entorno geográfico, familiar, social y educativo habitual, sin que pueda entenderse que se trató de un simple desacuerdo entre los progenitores como se sostiene en el recurso, sino todo lo contrario, su conducta revela la gravedad y entidad suficientes para ser constitutiva de los delitos por los que ha resultado condenado. En cuanto a las concretas penas impuestas, por los hechos acontecidos en fecha 16 de diciembre de 2011, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 225 bis 1o, 2o, 3o*

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, (Sección 1ª), núm.215, de 30 de junio de 2014, (JUR 2014\256502).

y 4o, que nos sitúa en un marco penológico que va de los seis meses a dos años de prisión; y, por los hechos acontecidos en fecha 16 de julio, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 225 bis 1o, 2o y 3o, lo que determina una pena que va de tres a cuatro años de prisión”. Se condenó en ambas ocasiones al progenitor por el apartado 3 del artículo 225 bis del Código Penal, puesto que se da la agravante “fuera de España”, al haber trasladado al menor de España hacia Noruega⁸⁸.

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2016, donde se condena al padre de tres menores por delito de sustracción internacional de menores a tres años de prisión y ocho años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por darse todos los elementos del tipo, ya que existía una resolución judicial en la que se otorgaba la guarda y custodia a la madre y sin su consentimiento se llevó a los hijos a Siria concurriendo de esta forma la agravante “traslado fuera de España”, así lo explica en el Fundamento Jurídico 1º que literalmente dice que *“los menores han sido trasladados del lugar de su residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivían. Y trasladados al extranjero, además, para lo cual había expresamente una prohibición judicial, resultando indiferente la autorización incluso del progenitor con quienes convivieran los menores. De manera que, como en este caso, hacerlo sin autorización judicial y sin informar siquiera a la madre de los menores, constituye un supuesto de comisión delictiva incuestionable de sustracción, del que el acusado ha tenido cabal conocimiento desde el primer momento, ha aceptado mantener durante los diez años que los menores han permanecido en Siria y durante el enjuiciamiento ha defendido haberlo hecho, a su entender, justificadamente, con alegaciones a las leyes personales que rigen en su país de procedencia o en el supuesto incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre y que, a estos efectos, si se reconoce estaba vigente”⁸⁹.*

Para finalizar, se puede destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de mayo de 2018, en la que se traslada a dos hijos menores de edad desde Italia hacia Tenerife, solicitando la madre de los menores la restitución de los mismos en virtud del Convenio de la Haya de 1980, donde el tribunal explica en su Fundamento Jurídico

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (Sección 2ª), núm.334, de 18 de julio de 2014, (JUR 2014\236439).

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 6ª), núm.691, de 7 de diciembre de 2016, (JUR 2017\7425).

2º que “*El Convenio tiende, efectivamente, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata. Que nos encontremos ante un supuesto de "sustracción ilícita", es exhaustivamente analizado en la resolución de instancia en sus fundamentos tercero y cuarto que este Tribunal plenamente comparte [...], debiendo concluirse que los menores residían en Italia junto a su madre, que se trasladaron a Tenerife para una estancia temporal por vacaciones, concluyendo la juzgadora que se trata de un supuesto de sustracción ilícita*”. La resolución de la Audiencia se reafirmaba con lo expuesto en la sentencia recurrida, puesto que se dan los elementos necesarios para que se tratase de una sustracción ilícita estando la madre en su derecho de pedir la restitución de los niños en virtud del Convenio de la Haya de 1980 puesto que se trataba de una sustracción internacional de menores al haberlos trasladado desde Italia hasta Tenerife⁹⁰.

VII. PREVISIONES PENOLÓGICAS.

El apartado 1 del artículo 225 bis del Código Penal prevé que: “*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*”; y el apartado 5 de este mismo precepto establece que: “*las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas*”⁹¹. A partir del precepto penal señalado, las penas a imponer por la comisión de un delito de sustracción de menores son dos, por una parte, la pena de prisión desde dos a cuatro años; y de otro lado, la inhabilitación para ejercer la patria potestad en el menor sobre el que recae la conducta típica, y es que dicha inhabilitación se orienta a proteger al menor puesto que el progenitor que ha cometido el delito puede ponerlo en peligro o desfavorecer su desarrollo⁹².

La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria muestra que la determinación de la pena es uno de los aspectos más importantes de una resolución, cuando

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, (Sección 1ª), núm.234, de 10 de mayo de 2018, (AC 2018\1294).

⁹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

⁹² DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 74.

dice en su Fundamento Jurídico 5º que: *“el Tribunal Supremo tiene afirmado con reiteración, que un aspecto esencial de la fundamentación de las sentencias es justificar la individualización judicial de la pena, extremo de la mayor importancia pues equivale a explicitar el porqué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente, los Altos Tribunales remarcan una especial exigibilidad de motivación en aquellos supuestos en los que la pena se ha fijado en cuantía o extensión superior a los mínimos legales. Por otro lado, la pena ha de ser adecuada al autor y al hecho. Así, han de tenerse en cuenta, tanto la gravedad del hecho como su naturaleza pero las condiciones personales del autor se valorarán para tratar de evitar tanto cualquier represión excesiva o innecesaria, como una aplicación benevolente que puede frustrar la finalidad de la pena, invalidando igualmente el instrumento punitivo. El norte, en todo supuesto, es la proporcionalidad”*⁹³.

Hay ocasiones en las que la conducta típica no recae solo sobre un hijo, sino sobre varios, pudiendo dar lugar a un concurso real de delitos si los hechos se califican como tres delitos diferentes o también, castigarse como un mismo hecho incluido todos dentro de la misma unidad⁹⁴. Para analizar dicha cuestión, es necesario acudir a la jurisprudencia puesto que es ella quien implanta cómo se ha de castigar dicha conducta, jurisprudencialmente se establece que varios sujetos diferentes dan lugar a varias conductas susceptibles de ser tipificadas por separado, se ha previsto que hay tantos delitos de sustracción de menores como hijos susceptibles de ser sujeto pasivo del delito en los que recae la conducta típica. Si hay varios sujetos pasivos a los que le afecte el delito, hay una conducta individualizada para cada sujeto pasivo del delito, por lo que se cometen tantos delitos como menores haya, y por consiguiente, se deben poner tantas penas como perjudicados por el hecho delictivo⁹⁵.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de marzo de 2019, en la que se condena a la madre de unos menores de edad por dos delitos de sustracción de menores, puesto que son dos los sujetos pasivos afectados por la conducta de su progenitora, el Fundamento Jurídico 4º cuyo tenor literal dice: *“así pues en el caso que*

⁹³ Sentencia del Juzgado de lo Penal N°6 de Gran Canaria, núm.9, de 15 de enero de 2016, (ARP 2016\576).

⁹⁴ MARTÍN RÍOS, B.: “Problemática concursal del delito de sustracción internacional de menores”, en *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp 385 y 386.

⁹⁵ OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, en *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp 421.

nos ocupa aunque la acción típica es la misma y es el mismo sujeto activo, hay dos resultados lesivos pues son dos los sujetos pasivos ya que son dos hijos”, y además también establece 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 incumpliendo las resoluciones judiciales que le obligaban a su entrega al padre que detentaba por disposición judicial la custodia de los mismos”⁹⁶.

En esta misma línea jurisprudencial se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid en un caso en que los padres sustraen a sus tres hijos menores de edad, concurriendo en un concurso real de delitos apreciable por el tribunal, el Fundamento Jurídico 4º de la mencionada resolución explica que: *“el personal bien jurídico concretamente protegido y la naturaleza de este precepto determina la aplicación de una u otra figura concursal, en el caso en favor del concurso real, pues aunque la acción típica de los apelados fue la misma, resultando ser también los mismos sujetos activos (los progenitores/apelados), no obstante lo anterior, en el caso existieron tres resultados lesivos, al existir tres sujetos pasivos titulares de muy personales y por tanto individuales bienes jurídicos lesionados [...], por ello procede la revocación de la recurrida y condenar a los acusados Amparo y Jose Francisco, como autores responsables de tres delitos de sustracción de menores, previstos y penados en el art.225 bis CP, a las respectivas penas de seis meses de prisión por cada uno de los tres delitos”⁹⁷.*

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2016 establece en su Fundamento Jurídico 2º 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 [...] en consecuencia, siendo tres los menores que fueron trasladados al extranjero, y tres los*

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), núm.98, de 7 de marzo de 2019, (ARP 2019\453).

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), núm.234, de 21 de octubre de 2019, (JUR 2019\332765).

*titulares de bienes jurídicos lesionados resulta inasumible la tesis de la unidad natural de acción que se pretende*⁹⁸.

En otro sentido, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de julio de 2019, en su Fundamento Jurídico 2º establece que *“a juicio de quien resuelve, en este caso, nos encontramos con una unidad natural de acción. Da igual que la sustracción afecte a uno o varios menores fue una única ocasión en la que los acusados se llevaron a sus tres hijos menores y por ello, dándose esa unidad natural de acción, sólo deben responder de un único delito”*⁹⁹. En este caso, dos padres sustrajeron a sus hijos menores de edad de un centro de acogida que ostentaba su guarda y custodia, en cambio, el tribunal entendió que no habían cometido tres delitos diferentes (uno por cada hijo) sino un único delito por el que deben ser condenados, lo que le llevó a fallar en ese sentido, condenándolos únicamente por un solo delito de sustracción de menores.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria coincide en afirmar que se deben castigar tantos delitos como sujetos pasivos afectados por la conducta típica, opinión con la que coincido, ya que no puede ser castigado de igual forma el sustraer a un solo menor que a dos, al igual que no pueden castigarse dos asesinatos como si solamente fuera uno, ya que los sujetos pasivos afectados no son solo uno, sino dos o más.

En último lugar, una cuestión importante que debemos analizar es si la pena que no ha sido solicitada por las partes acusadoras o por el Ministerio Fiscal se ha de imponer de forma preceptiva por el órgano judicial, para ello, es preciso que nos atengamos al tenor literal del artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que *“la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones”*¹⁰⁰. Así, este hecho fue estipulado en los Acuerdos adoptados en la sesión celebrada el 20 de diciembre de 2006 por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁰¹.

⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª), núm.691, de 7 de diciembre de 2016, (JUR 2017\7425).

⁹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 4, núm.227, de 31 de julio de 2019, (JUR 2019\288699).

¹⁰⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE num.260, de 17 de septiembre de 1882.

¹⁰¹ Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 20 de diciembre de 2006, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-20-de-diciembre-de-2006--sobre---1--Indeminizacion-de-dano-moral---2--Aplicacion-de-agravante-de-primera-necesidad---3--Aplicacion-del-art--789-3-de-la-LECrim>

De forma análoga, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 7 de mayo de 2012, donde explica que cuando una pena no sea de carácter preceptivo, no se impondrá si no es solicitada por las partes acusadoras o el Ministerio Fiscal, en su Fundamento jurídico 1º establece que: *“critica la sentencia por imponer una penalidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, cuando esta pena, por no ser de obligada imposición en las conductas que, como la aquí enjuiciada, se hallan sancionadas en el artículo 225 bis 1 y 2. 2º, del Código Penal, no había sido pedida por el Ministerio Fiscal. Examinado su escrito de acusación, efectivamente no se contiene petición al respecto [...] el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa, y como se reitera posteriormente por reiterada doctrina, que este principio no ha de quedar restringido solamente a la relación de hechos acusada, sino a la misma calificación jurídica, y dentro de esta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones, la imposición de una pena que no ha sido solicitada por la acusación, condiciona y menoscaba las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan”*¹⁰². En definitiva, debemos sostener que al tratarse de una cuestión debatida en el Tribunal Supremo, y estando recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de forma concreta, la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad es válida que se imponga solamente en caso de que las partes o el Ministerio Fiscal así lo requieran.

VIII. EXCUSA ABSOLUTORIA.

8.1.Inciso primero del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal.

El apartado 4 primer inciso del artículo 225 bis del Código Penal, contiene una excusa absolutoria, es decir, se absuelve al sujeto activo del delito de sustracción de menores en el caso de que *“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”*¹⁰³.

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª), núm.96, de 7 de mayo de 2012, (JUR 2012\209151).

¹⁰³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

Por lo que podemos comprobar del tenor literal del precepto mencionado *supra*, se recogen dos cuestiones:

- a) La comunicación al progenitor o a quien ostente su guarda y custodia del paradero del menor dentro de las 24 horas siguientes a su sustracción, y su inminente restitución. Debemos puntualizar que para autores como STERN BRIONES o PRATS CANUTS, la restitución inmediata no siempre debe de realizarse en un mismo plazo legal para todos los supuestos (pudiendo rebasarse por tanto el plazo de 24 horas), sino que se deberá analizar caso por caso atendiendo a las circunstancias, no debiéndose alargar en exceso, pero teniendo en cuenta los diferentes pormenores que puedan concurrir en ese caso concreto.
- b) Que aunque no se comunique la estancia del menor, se restituya en un plazo de 24 horas, contadas esas 24 horas no como día completo, sino de momento a momento¹⁰⁴.

Para TORRES ROSELL la excusa absolutoria premia el arrepentimiento y las acciones positivas que ejecutó el sujeto activo del delito una vez cometido el mismo, restituyendo al menor en su residencia habitual¹⁰⁵. En opinión de PRATS CANUTS, el sujeto activo del delito ejecuta un acto deliberado y activo que permite la aplicación de la excusa absolutoria puesto que ha abandonado la realización de la conducta típica, debiendo ser únicamente aplicable al autor del delito puesto que es una excusa personalísima¹⁰⁶. Sin embargo, en contra de esta línea, hay autores que piensan que el primer inciso del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal no contiene una excusa absolutoria, como TORRES FERNÁNDEZ que opina que se trata de una causa de atipicidad donde el plazo de restitución es tan corto que no debe ni siquiera apreciarse como delito de sustracción de menores; o DÍEZ RIPOLLÉS, que sostiene que es un desistimiento por parte del autor ya que la restitución del menor y la eliminación del peligro para este supone una renuncia de la pena impuesta para este delito puesto que se pone fin a la conducta típica¹⁰⁷. A nuestro juicio, se trata de una excusa absolutoria, puesto que si se cumplen todos los elementos del tipo delictivo recogido en el artículo 225 bis del Código Penal esa conducta debe ser calificada como

¹⁰⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 54 y 55.

¹⁰⁵ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 583.

¹⁰⁶ MONGE FERNANDEZ, A.: “Excusa absolutoria”, en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 138.

¹⁰⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 54.

delito, si bien es cierto que al cumplirse asimismo los requisitos exigidos en el apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal el autor debe ser absuelto del delito, concluyendo por consiguiente en que la acción si se consumó así que si se trataría de un delito y por tanto si se trata de una justificación para absolver al sujeto activo del mismo, por lo que nos encontramos ante una excusa absolutoria.

En cuanto a la comunicación del paradero del menor de la que habla el apartado 4 inciso primero del artículo 225 bis del Código Penal, puede hacerse de forma directa por el propio sustractor o de forma indirecta por medio de terceros, realizándose de forma inminente la restitución del menor, y la inmediatez de la restitución se valorará atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto, se debe comunicar dentro de las primeras 24 horas siguientes a la denuncia por sustracción de menores¹⁰⁸. Además, los plazos de 24 horas indicados en el apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal, se empiezan a computar desde que se interpone denuncia por sustracción de menores y no desde la sustracción en sí misma¹⁰⁹.

Por otra parte, en lo referente a la forma de restituir al menor, debe realizarse de modo directo, es decir, no basta dejar al menor en un lugar conocido o en las inmediaciones de su residencia habitual, sino que se debe restituir de modo directo a la persona o institución que ostenta su custodia por el propio sustractor¹¹⁰.

Como ejemplo de aplicación de esta excusa absolutoria, se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas de 14 de abril de 2005, donde se absuelve al autor de un delito de sustracción de menores por haberle comunicado a la madre del menor dónde se encontraba su hijo antes de que la misma interpusiera denuncia por sustracción y llevando a cabo su restitución inminente, así se pronuncia el Fundamento Jurídico 1º cuyo tenor literal dice *“la entrega del menor a su madre se hace voluntariamente y que la denuncia se interpone posteriormente [...] 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, con conocimiento de que el hijo le va a ser devuelto, como así*

¹⁰⁸ GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 2010, pp 28.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” *en Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 583.

ocurre, hasta el punto de ella misma acude al aeropuerto a recibirlo”. Así, al sujeto activo del delito, se le aplicó la excusa absolutoria del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal, por concurrir en esa conducta las circunstancias necesarias para su aplicación, esto es, comunicarle a la madre del menor dónde se encontraba y restituirlo de forma voluntaria e inmediata¹¹¹.

8.2. Inciso segundo del apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal.

El tipo atenuado del delito de sustracción de menores que se recoge en el apartado 4 in fine del artículo 225 bis del Código Penal expresa lo siguiente: *“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”*¹¹².

Según lo establecido *supra*, lo que quiere decir este precepto es que cuando el sujeto activo del delito restituya al menor sin comunicar su estancia, pero sin que sobrepase un plazo de quince días (siempre contados desde que se interpone denuncia por sustracción de menores), la pena en vez de ser de cuatro años e inhabilitación para ejercer la patria potestad será menor, es decir, habrá una atenuación de la pena, pues la misma se impondrá en un intervalo de entre seis meses y dos años¹¹³.

En opinión de PRATS CANUTS el fundamento reside en una solución de la forma más rápida posible de los conflictos que hayan podido surgir y poner fin de inmediato al incumplimiento de la resolución sobre la guarda y custodia del menor. Es doctrina mayoritaria como TORRES FERNÁNDEZ o STERN BRIONES la que piensa que la agravante está bien considerada puesto que en un plazo de quince días no da tiempo a que se pueda cambiar de residencia al menor o se mute el domicilio, al igual que no hay plazo temporal suficiente para que comience a desenvolverse en su nuevo entorno¹¹⁴.

Una cuestión importante que debemos de analizar es que es el propio autor del delito quien debe restituir al menor de forma directa, pues se trata de una acción personalísima para

¹¹¹ Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas, (Sección 2ª), núm.152, de 14 de abril de 2005, (JUR 2005\129771).

¹¹² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

¹¹³ TORRES ROSELL, N.: “De la sustracción de menores” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp 583.

¹¹⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 56 y 57.

la aplicación del tipo atenuado del delito, en esta línea tienen ocasión de pronunciarse SAAVEDRA RUIZ o PRATS CANUTS, pues debemos de tener en cuenta que no basta con que el menor escape del lugar donde esté retenido o haya sido trasladado, sino que es necesario que sea el propio autor de forma activa quien ejecute la acción de restitución, de forma que si no lo restituye el sustractor por sí mismo, no se puede aplicar la atenuante si el que ejecuta dicha acción es un tercero¹¹⁵.

IX. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

En los artículos 27 y 28 de nuestro Código Penal nos encontramos con la materia relativa a la autoría y participación de los hechos delictivos. El artículo 27 del Código Penal define quiénes pueden ser los responsables de un determinado ilícito penal, estableciendo que son “*los autores y los cómplices*”. Por su parte, el artículo 28 del Código Penal nos da una definición de qué se entiende por autor y quienes son considerados autores, el tenor literal del precepto explica que “*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”¹¹⁶.

Dentro del concepto de autor dado por el artículo 28 del Código Penal, nos podemos encontrar con:

- a) Los que son autores en sí, es decir, los que realizan el hecho por ellos mismos o de forma conjunta o por medio de otro. Que a la vez se debe de hacer una distinción, entre los autores que obran por sí solos, es decir, la “autoría directa”; los autores que los realizan conjuntamente denominados “coautores”; y los que se sirven de otro como instrumento llamados “autores mediatos”.
- b) Los que se consideran autores pero que no lo son propiamente dichos, esto es, los que inducen, y los que cooperan.

En conclusión, tenemos tres formas de realización de un delito en cuanto a autoría y participación: autoría (directa, coautoría o autoría mediata), cooperación e inducción¹¹⁷.

¹¹⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 56 y 57.

¹¹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, F “Autoría y participación”, en *Derecho penal: parte general*, Muñoz Conde, F (Dir.), García Arán, M (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp 408 y 409.

Una vez explicada la teoría general en cuanto a la autoría y participación, nos detendremos a analizar este tema en nuestro delito concreto. Tal como explicamos anteriormente en el apartado referido a los sujetos, el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal se configura como un delito especial propio, en cuanto que el ámbito del sujeto activo únicamente está reservado a aquellos que expresamente menciona el precepto señalado, es decir, los progenitores, los ascendientes del menor, y los parientes de los progenitores hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Por ello, autor solo puede ser uno de los sujetos mencionados *supra*, puesto que son los únicos que pueden ser sujetos activos del delito que venimos analizando, de forma que si el que ejecuta la acción es un sujeto diferente a los comprendidos en el precepto, no se estaría hablando de autoría sino de cooperación. En el caso de la sustracción de menores, normalmente quien realiza la conducta típica suele ser un autor directo puesto que normalmente suele cometerse por un único individuo, pero son admisibles además otras formas de autoría y participación¹¹⁸.

En la línea indicada anteriormente nos encontramos con la mayoría de la jurisprudencia, puesto que es más común que se castiguen a los sujetos activos únicamente como autores directos de un delito de sustracción de menores. Así, nos encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de julio de 2014, que en el fallo dice textualmente *“que debo condenar y condeno a d. amadeo , como autor penalmente responsable de un delito de sustracción de menores, previsto y penado en el artículo 225 bis 1 , 2 , 3 y 4 del código penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de diez meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cinco años”*¹¹⁹. En el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de las Palmas de Gran Canaria de 15 de enero de 2016, cuyo tenor literal dice: *“debo condenar y condeno a d./dña. carina como autor criminalmente responsable de la comisión de un delito de sustracción de menores (art. 225.bis CP), sin la concurrencia circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de*

¹¹⁸ MONGE FERNANDEZ, A: “Autoría y participación” en *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A, (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 133.

¹¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (Sección 2ª), núm.334, de 18 de julio de 2014, (JUR 2014\236439).

*sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 4 años de inhabilitación especial del derecho de patria potestad*¹²⁰, entre otras.

En otra línea distinta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de octubre de 2014 que castiga a los sujetos como coautores de un delito de sustracción de menores, el Fundamento Jurídico 3º de dicha resolución explica qué es necesario para castigar a los sujetos como coautores de un delito, el tenor literal de este Fundamento dice que *“la coautoría aparece cuando dos o más personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo [...], la coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben ser en fase de ejecución del delito. Además, los coautores deben dominar, conjunta y funcionalmente, la acción, controlando el hecho típico sin que entre la acción de uno u otro aparezca una nota de subordinación que permitiría encuadrar la aportación en la complicidad”*, concluyendo el órgano sentenciador que *“del resultado de la prueba practicada evidencia datos más que suficientes para considerar probada la existencia de una actuación conjunta por parte de todos los acusados”*, castigando a los sujetos como coautores de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal¹²¹.

Como hemos podido observar en las resoluciones anteriores, son mayoritarios los casos en los que los sujetos activos del delito son calificados como autores, sin embargo, traemos un caso en el que se condena en una misma actuación a diversas personas como autores y como cómplices de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 24 de enero de 2018. Esta resolución nos relata en sus Antecedentes de hecho que una madre sin ostentar la guarda y custodia de los menores ya que esta fue otorgada al padre, sustrae a sus hijos

¹²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de enero de 2016, (ARP 2016\576).

¹²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, (Sección 2ª), núm.450, de 10 de octubre de 2014, (JUR 2014\288485).

menores de edad escondiéndose durante más de dos años en Lugo siendo ayudada por su hermana y su abogada. La Sentencia recurrida castigó a la madre de los menores como autora de dos delitos de sustracción de menores, y a su abogada como cómplice de estos, puesto que durante todo el tiempo que se desarrolló la sustracción fue asistida por lo que le decía su abogada para que se pudiera mantener oculta. Sin embargo, aunque la Audiencia se reafirmó en cuanto a castigar a la madre de los menores y a su abogada como autora y cómplice respectivamente de un delito de sustracción de menores, castigó también a la hermana de la madre como cómplice ya que de no ser por su ayuda en el alquiler del piso en el que se mantuvieron escondidos, no hubiera sido posible ocultarse durante más de dos años, así lo explica la Sentencia de la Audiencia Provincial en su Fundamento Jurídico 4º que explica que *“sí que existe una concreta conducta que es susceptible de ser considerada como de complicidad y esta es la desarrollada por Ángela , quien resultó acreditado que alquiló un piso, lugar en el que estaban madre e hijos viviendo ocultos. Resulta evidente, a criterio de la Sala, que tal intervención, resultó eficaz para la comisión del hecho punible pues el alquiler del piso por su hermana resultó determinante para que madre e hijos estuvieran ocultos [...] desarrolló una acción que resultaba imprescindible para la comisión del hecho delictivo pues sin lugar en donde esconderse, esto es sin el piso que le proporcionó su hermana, no podría cometerse el delito”*¹²².

X. ÍTER CRIMINIS.

El íter criminis es el desarrollo que sigue un sujeto activo del delito para ejecutarlo, está compuesto por cuatro fases:

- a) Fase interna: es donde aparece la idea de realizar un delito, se planifica, se decide como hacerlo, etc.
- b) Actos preparatorios: se comienza la fase externa del delito, son conductas realizadas por el sujeto activo del delito pero que todavía no dan lugar a la ejecución del delito. Los actos preparatorios se van a castigar solamente cuando se prevea para ese delito concreto, sino se castiga por el Código Penal para ese delito, no son punibles.
- c) Tentativa: se da comienzo a la ejecución del delito, pero no se consigue el resultado querido por el autor de los hechos.

¹²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, (Sección 2ª), núm.11, de 24 de enero de 2018, (JUR 2018\86133).

- d) Consumación: se realizan todos los actos que dan lugar a cumplirse los elementos exigidos por el tipo penal¹²³.

En concreto, en el delito de sustracción de menores no se castigan los actos preparatorios puesto que tal como hemos dicho *supra*, solo son castigados cuando se prevén concretamente para ese delito¹²⁴. En este sentido la doctrina mayoritaria y entre ellos DE LA ROSA CORTINA afirman que los actos preparatorios, son de forma clara imaginables y aislables, y que no son punibles al no existir una previsión legal expresa¹²⁵.

En lo que a la tentativa se refiere, el artículo 15 del Código Penal nos da a conocer que la tentativa de delito sí es punible, y es en el artículo 16 apartado 1 del Código Penal donde se define la tentativa, el tenor literal del precepto dice “*hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”¹²⁶.

Así, la tentativa es la parte del íter criminis en la que se inicia la acción delictiva a través de hechos directos, pero por distintas causas no se consigue la ejecución final y la consecutiva consumación del delito. Dentro de la tentativa nos encontramos con dos tipos:

- a) La tentativa acabada: el sujeto realiza todos los actos que forman el tipo penal pero no se consigue consumir el delito.
- b) La tentativa inacabada: no se realizan todos los actos que darían lugar a la comisión del hecho delictivo y por tanto, tampoco se consume el delito¹²⁷.

Por lo que respecta a la doctrina penal, la mayoritaria piensa que para el delito de sustracción de menores sí existe la tentativa, así, para MONGE FERNÁNDEZ el delito de sustracción de menores admite la tentativa tanto acabada como inacabada¹²⁸. En este sentido

¹²³ <https://www.iberley.es/temas/iter-criminis-delitos-47871>.

¹²⁴ GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 2010, pp 23 y 24.

¹²⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 64.

¹²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

¹²⁷ SALAS BETETA, C.: “El íter criminis y los sujetos activos del delito”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm.19 (06), 2007, pp 4.

¹²⁸ MONGE FERNANDEZ, A.: “Iter criminis” en *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp 131.

también se pronuncian DE LA ROSA CORTINA, DÍEZ RIPOLLÉS y QUERALT JIMÉNEZ¹²⁹.

En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia, así nos encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de abril de 2019, esta sentencia resuelve un recurso de apelación entablado contra la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal N°2 de Ciudad Real en la que se condenó a varios sujetos por delito de sustracción de menores en grado de tentativa, los sujetos no terminaron de finalizar la acción típica por causas ajenas a ellos, entendiendo el órgano sentenciador que se cumplían todos los elementos del tipo, calificó los hechos y condenó a los sujetos por delito de sustracción de menores en grado de tentativa. La Audiencia tras escuchar a las partes y valorar la prueba explicó en su Fundamento Jurídico 3º que *“por concurrir en los hechos declarados probados la totalidad de los elementos típicos del delito que en dicho artículo se describe, siendo la intención de los acusados la de llevarse a la menor con la que la abuela forcejó agarrándola de un brazo para meterla en el coche en el que la esperaba su madre, quedando el delito meramente intentado al conseguir la niña zafarse de su abuela”*, por ello, la Sentencia de la Audiencia que resuelve el recurso de apelación, se reafirmó con la recurrida castigándolos por delito de sustracción de menores en grado de tentativa¹³⁰.

De igual modo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de diciembre de 2016, donde califica los hechos como delito de sustracción de menores en grado de tentativa, así en su Fundamento Jurídico 3º dice *“ha de descartarse de todo punto que el delito de sustracción de menores llegara a consumarse, luego no hubo infracción de normas del ordenamiento jurídico relativas a la fase de ejecución alcanzada [...], nos hallamos ante un delito de sustracción de menores en grado de tentativa, en opinión de la Sala y habida cuenta del riesgo inherente al intento solo debió rebajarse la pena básica en un grado. En efecto, el encausado, en su ilícito propósito de sacar a la menor del ámbito que para ella había determinado el Juez, desplegó una intensa actividad de vis física y moral con aquel fin (llevarse en brazos a la menor que lloraba; golpear en la cara al Sr. Benedicto con la*

¹²⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 64.

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, (Sección 2ª), núm.96, de 29 de abril de 2019, (ROJ 568/2019). En esta Sentencia, la madre de una menor, la abuela materna y dos conocidos de las anteriores, esperaron a que la menor saliese del colegio donde la esperaban con un coche, la abuela salió en su busca e intentó meterla en el coche a la fuerza, sin embargo, la menor se zafó de su abuela, concurriendo de esta forma los sujetos en un delito de menores en grado de tentativa.

finalidad de consumir su acción; seguir caminando con la Sra. Eugenia agarrada a sus ropas) que no cesó hasta que se vio rodeado por otras personas que había en el parque y por la llegada de agentes de la Ertzaintza. Acción del encausado en definitiva que si no llega a ser por la también enérgica actividad desempeñada por los cuidadores, hubiera llevado a la consumación del delito examinado, rebajándose en definitiva un grado tanto la pena de prisión como la de inhabilitación especial, imponiéndose ambas en su mínimo”¹³¹.

Concluimos de esta forma que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que existe la tentativa para el delito de sustracción de menores, y que de no terminar la consumación de los hechos delictivos, debe calificarse como delito en grado de tentativa.

El artículo 15 del Código Penal explica que “*es punible el delito consumado*”¹³². El delito de sustracción de menores se consuma cuando al menor se le ha trasladado ya a su nuevo domicilio, o cuando no haya sido restituido tras finalizar el periodo de visitas en el caso de la retención con la finalidad de asumir la guarda y custodia del menor y no solamente de quedárselo a modo temporal¹³³.

El delito de sustracción de menores se da por cometido desde que el autor de los hechos realiza la conducta típica, aquí los plazos no comienzan a contar desde la denuncia sino desde que se produce la sustracción, pues ese cómputo únicamente cuenta para el apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal¹³⁴.

En cuanto a la consumación, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de marzo de 2015, cuyo fallo reafirma el fallo de la resolución recurrida en apelación, en la que se condena al padre y a la madre de dos menores “*como autores y responsables de dos delitos consumados de sustracción de menores penados en el art.225*

¹³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, (Sección 2ª), núm.90335, de 27 de diciembre de 2016, (JUR 2017\66695). El padre de la menor que no ostentaba la guarda y custodia de esta intentó sustraerla en un parque cuando la menor se encontraba con su madre y el marido de esta, su padre no llegó a conseguirlo puesto que la gente que andaba alrededor del parque y de la policía lo detuvo para que no consiguiese irse con la menor. El órgano sentenciador castigó al padre de la menor por un delito de menores en grado de tentativa por no llegar a consumarse el delito al no poder detraer a la menor.

¹³² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE num.281, de 24 de noviembre de 1995.

¹³³ GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 2010, pp 23 y 24.

¹³⁴ OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, *en Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp 420.

*bis 2, 2º del CP, por cada uno de ellos, a la pena de dos años y un día de prisión y a ocho años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad*¹³⁵.

DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que cuando se produce la consumación del delito, el comportamiento sigue desarrollándose en el tiempo de forma continua, sin cesar, conllevando por lo tanto a que se califique este delito como “permanente”, en igual sentido se pronuncia LLORIA GARCÍA¹³⁶. En esta línea se manifiesta también OLMEDO CARDENETE, que explica que se trata de un delito permanente debido a que cada momento que el menor se encuentre sustraído, la consumación del delito se va renovando constantemente hasta su restitución¹³⁷.

La opinión doctrinal es apoyada también por la doctrina jurisprudencial, donde también se entiende que el delito de sustracción de menores es un delito permanente, así lo manifiesta el Fundamento Jurídico 2º del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2018, que dice “*el delito de sustracción de menores es un delito permanente, es decir, que la conducta ilícita no se perfecciona en el momento en que es sustraído sino que la situación antijurídica sigue cumpliéndose en tanto en cuanto el menor no sea restituido*”¹³⁸.

Dicho lo cuál, es necesario hacer una diferenciación entre delito permanente y delito continuado ya que son términos diferentes, aunque puedan parecer iguales:

- a) En el delito permanente, solo se realiza una acción que da lugar a la producción del hecho delictivo que perdura en el tiempo.
- b) Mientras que en el delito continuado se suceden acciones autónomas que llevan a que se produzca el resultado final¹³⁹.

Por ello, el delito de sustracción de menores no se trata de un delito continuado, y así lo reafirma la *praxis* jurisprudencial, por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de marzo de 2015, donde el Fundamento Jurídico 1º argumenta que “*no*

¹³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, (Sección 2ª), núm.107, de 25 de marzo de 2015, (JUR 2015\127768).

¹³⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017, pp 35.

¹³⁷ OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, en *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp 420.

¹³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 2ª), núm.295, de 30 de abril de 2018, (JUR 2018\253244).

¹³⁹ <https://soylegalmx.com/diferencia-entre-delitos-permanentes-continuos-y-delitos-continuados/>

podemos asumir que se pueda aplicar en este supuesto un delito continuado, al surtir plenamente efecto lo previsto en el art.74.3 CP que excluye la continuidad delictiva en los supuestos de ofensas, esto es, actos o conductas contra "bienes eminentemente personales", aparte de ser dos los menores que han padecido la conducta ilícita”, y que “desde la perspectiva del art.74.3 CP se puede afirmar con rotundidad que la conducta de los apelantes no puede configurarse como un delito continuado, aprovechando que esta norma permite su aplicación cuando se realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos”. Como podemos apreciar en este caso, no hay delito continuado debido a que solo se realiza una única acción, que es la sustracción, no varias acciones que dan lugar al hecho delictivo¹⁴⁰.

XI. CONCLUSIONES.

Primera. El delito de sustracción de menores se insertó en el Código Penal de 1995 a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, pasando a ser un delito con sustantividad propia sin estar inmerso en otro tipo penal. La sustracción de menores se encuentra tipificada en el artículo 225 bis del Código Penal, dentro del Título XII del Capítulo III de la Sección Segunda.

Segunda. En cuanto al concepto de sustracción de menores, viene recogido en el apartado 2 del artículo 225 bis del Código Penal, se entiende que es el traslado inconsentido del menor del lugar donde reside de forma habitual, o la retención del menor por quien no ostenta su guarda y custodia incumpliendo lo establecido en una resolución judicial o administrativa.

Tercera. Por lo que concierne a su naturaleza, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que se trata de un delito especial propio, puesto que solo pueden cometerlo aquellas personas que gozan de unas características muy concretas; a saber, los progenitores, los ascendientes del menor y los parientes de los progenitores hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, (Sección 2ª), núm.107, de 25 de marzo de 2015, (JUR 2015\127768).

Cuarta. De otro lado, el bien jurídico protegido por el delito no es algo que esté concretado de forma específica e igualitaria, sino que las opiniones doctrinales y jurisprudenciales son diferentes, aunque en sentido análogo. Así, podemos decir que el bien jurídico tutelado a través de este delito es el derecho que tiene el menor a relacionarse con sus padres y su familia, asegurar el bienestar, el desarrollo en un ambiente tranquilo y la seguridad del menor es lo más importante, en definitiva, proteger los intereses del menor.

Quinta. Respecto a los sujetos, el sujeto pasivo del delito de sustracción de menores son los menores de dieciocho años que no estén emancipados ya que es necesario que sigan estando bajo la patria potestad de sus progenitores; mientras que los sujetos activos del delito son los progenitores, concretamente aquel que no tenga atribuida la guarda o custodia del menor, sus ascendientes y los parientes de los progenitores hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Sexta. Para que el delito se entienda cometido, es necesario que este se realice sin una causa que lo justifique, sin consentimiento del progenitor que ostente la guarda y custodia del menor, y por supuesto, incumpliendo de forma grave lo establecido por una resolución judicial o administrativa en vigor.

Séptima. El tipo objetivo del delito de sustracción de menores se encuentra integrado por el traslado del menor a un lugar diferentes de donde reside habitualmente sin consentimiento de quien ostente su custodia, y por la retención del menor incumpliendo de forma grave lo establecido en una resolución judicial o administrativa. Es necesario y debe quedar claro que la sustracción debe hacerse de forma injustificada, de modo que si quien sustrae al menor tiene una razón para ello, el delito no se entienda cometido, y es de este modo como se ha manifestado la jurisprudencia mayoritaria. Igualmente, si la persona o institución que ostenta la guarda y custodia del menor consiente que el menor vaya con el supuesto autor del delito, la acción deviene atípica. Y que por último, el incumplimiento hacia la resolución que otorga la custodia del menor debe ser grave, no siendo suficiente con un simple retraso.

Octava. Por lo que respecta al tipo subjetivo del delito, la sustracción de menores se configura como un delito doloso, no admitiéndose dentro del delito la modalidad imprudente. Para que exista dolo dentro del delito de sustracción de menores es necesario

que concurra la voluntad de retener al menor y privarlo de la relación con la persona que ostenta su custodia y que, por otro lado, esa conducta se realice conociendo la existencia de una resolución en la que no se le atribuya la guarda y custodia, incumpliendo así la misma. La doctrina mayoritaria entiende que para que se dé el dolo, es necesario que el traslado o retención se realice de manera permanente, no de una forma temporal en la que haya intención de devolver al menor en un periodo corto de tiempo. En cuanto a los supuestos de error, en el delito de sustracción de menores nos podemos encontrar con casos de error cuando el progenitor desconoce que existe una resolución o cuando confunde el consentimiento por parte del progenitor custodio pensando que lo tenía cuando no era así.

Novena. En lo relativo al tipo agravado de la sustracción de menores, se han previsto dos modalidades que agravan la conducta típica del tipo objetivo, estas son, el traslado del menor fuera de España, y la exigencia de una condición para la restitución del menor. En cuanto al traslado fuera de España, nos encontramos ante la sustracción internacional de menores, donde lo que se castiga es que se traslade de forma ilícita al menor a un país diferente del que reside de forma habitual incumpliendo la resolución judicial o administrativa sobre la guarda y custodia del menor. Por lo que concierne a la imposición de una condición para devolver al menor con su guardador, esta puede ser lícita o no serlo, pero supone obligar a hacer algo que no es necesario y no tiene porqué hacerse y de ahí su agravación, normalmente le que se exige es que se cambie el régimen de visitas del menor o algún aspecto acerca de la custodia.

Décima. En lo relativo a la pena, aunque los pensamientos doctrinales y jurisprudenciales son diferentes, la opinión mayoritaria es que se debe castigar al sujeto activo por tantos delitos como menores afectados por el mismo, de modo que si en una misma acción se sustraen a dos menores, la pena se impone de manera individualizada por cada sujeto pasivo afectado. Para la sustracción de menores, el artículo 225 bis del Código Penal impone una pena de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación de cuatro a diez años para ejercer la patria potestad.

Undécima. En el apartado 4 del artículo 225 bis del Código Penal, se recoge una excusa absolutoria en la que si el sustractor comunica en un plazo de veinticuatro horas dónde se encuentra el menor y lo devuelve de forma inminente o lo devuelve antes de que transcurra dicho plazo aunque no haya comunicación de su paradero, queda absuelto del

delito de sustracción de menores. Además, en este mismo apartado del precepto mencionado *supra*, nos encontramos con una atenuación de la pena, donde se rebaja la pena desde seis meses a dos años de prisión si se devuelve al menor en un plazo de quince días. Los plazos tanto de veinticuatro horas como de quince días se comienzan a computar desde la interposición de la denuncia por sustracción de menores.

Duodécima. Dentro del delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, solo podrá ser sujeto activo del delito las personas que cumplan los requisitos establecidos en el precepto mencionado anteriormente. Dentro de este delito nos encontramos con diversas figuras en cuanto a autoría y participación se refiere, pues pueden aparecer como sujetos activos del delito los autores (a veces se comete este delito en coautoría), están admitidos también los cómplices y los cooperadores para aquellas personas que no revistan los elementos exigidos por el tipo penal y que hayan intervenido en la acción delictiva.

Décimo tercera. Por último, en lo referente al íter *criminis*, no se admiten los actos preparatorios puesto que para que estos se castiguen es necesario que se prevean expresamente para cada delito. En cuanto a la tentativa, sí es admitida tanto por la mayoría de la doctrina como por la jurisprudencia mayoritaria, ya que si se realizan todos los hechos que componen el tipo del delito de sustracción de menores, pero por causas ajenas no finaliza la acción típica, debe castigarse el delito en grado de tentativa, que puede ser tanto acabada como inacabada. Por lo concerniente a la consumación, el delito de sustracción de menores se entiende consumado desde el momento que se traslada a otro lugar distinto de su residencia, o se retiene al menor durante más tiempo del autorizado cumpliéndose todos los elementos exigidos por el artículo 225 bis del Código Penal.

XII. BIBLIOGRAFÍA.

-*Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016.

-*Derecho Penal: Parte Especial*, Muñoz Conde, F. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

-*Derecho penal: parte general*, Muñoz Conde, F (Dir.), García Arán, M (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

-*El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Monge Fernández, A. (Dir.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2017.

-*La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (Coord.), J.M Bosch Editor, Barcelona, 2019.

-*Lecciones de derecho penal: parte general*, Moreno-Torres Herrera, M.R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

-*Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020.

-DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de estudios jurídicos*, 2017.

-GARCÍA PÉREZ, O.: “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 2010.

-RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “La sustracción internacional de menores a la luz de su interés superior: algunos datos a considerar”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm.10, 2016.

-RODRÍGUEZ SOTO, M.L.: “La sustracción de menores”, *Diario La Ley*, núm.8331, 2014.

-SALAS BETETA, C.: “El iter criminis y los sujetos activos del delito”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm.19 (06), 2007.

-SERRA MUÑOZ, M.: “La sustracción de menores en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.909, 2015.

-Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. BOE núm.296, de 11 de diciembre de 2002.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm.260, de 17 de septiembre de 1882.

XIII. WEBGRAFÍA.

https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/cada-ano-se-denuncian-mas-de-300-casos-de-sustraccion-de-menores-en-espana_40551_102.html

<https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871>

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUMTYwMztlLUouLMDzbsMz01LySVLXEvOSMCJbT0NjY7XEpOL8nNKS1NCiTNUqotJUALU5Ao9AAAAWKE>

<https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871>

<https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/repercusion-de-los-incumplimientos-sobre-guarda-y-custodia-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>

<https://www.bonattipenal.com/el-tratamiento-la-imprudencia-codigo-penal/>

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-20-de-diciembre-de-2006--sobre---1--Indeminizacion-de-dano-moral---2--Aplicacion-de-agravante-de-primera-necesidad----3--Aplicacion-del-art--789-3-de-la-LECrim>

<https://www.iberley.es/temas/iter-criminis-delitos-47871>

XIV. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

-STC, Recurso de Amparo núm.5652, de 2 de diciembre de 2013, (RTC 2013\196).

-STS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm.870, de 19 de enero de 2015, (RJ 2016\14).

-STS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm.687, de 10 de octubre de 2015, (RJ 2014\5006).

-AAP de las Palmas, (Sección 2ª), núm.152, de 14 de abril de 2005, (JUR 2005\129771).

-AAP de Madrid (Sección 17ª), núm.1109, de 29 octubre de 2007 (ARP 2007\698).

-AAP de Madrid, (Sección 27ª), núm.707, de 15 de noviembre de 2007, (JUR 2008\39461).

-SAP de Tarragona (Sección 2ª), núm.668, de 15 de diciembre de 2011 (JUR 2012\25843).

-SAP de A Coruña (Sección 2ª), núm.96, de 7 de mayo de 2012, (JUR 2012\209151).

-AAP de Barcelona, (Sección 3ª), núm.1026, de 5 de noviembre de 2012, (JUR 2013\13625).

-SAP de Asturias, (Sección 8ª), núm.23, de 7 de febrero de 2013, (JUR 2013\97017).

- SAP de Huelva, (Sección 1ª), núm.215, de 30 de junio de 2014, (JUR 2014\256502).
- SAP de Tarragona, (Sección 2ª), núm.334, de 18 de julio de 2014, (JUR 2014\236439).
- SAP de Asturias, (Sección 2ª), núm.450, de 10 de octubre de 2014, (JUR 2014\288485).
- SAP de Navarra (Sección 2ª), núm.184, de 10 de octubre de 2014, (ARP 2015\441).
- SAP de Álava, (Sección 2ª), núm.107, de 25 de marzo de 2015, (JUR 2015\127768).
- SAP de Madrid, (Sección 30ª), núm. 616 de 17 de julio de 2015, (ARP 2015\824).
- SAP de Valencia (Sección 2ª), núm.669, de 24 de noviembre de 2015, (JUR 2006\222393).
- SAP de Madrid (Sección 6ª), núm.691, de 7 de diciembre de 2016, (JUR 2017\7425).
- SAP de Vizcaya, (Sección 2ª), núm.90335, de 27 de diciembre de 2016, (JUR 2017\66695).
- SAP de Madrid (Sección 15ª), núm.131 de 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\91143).
- SAP de Barcelona (Sección 6ª), núm.189, de 7 de marzo de 2017, (JUR 2017\127431).
- SAP de Lugo, (Sección 2ª), núm.11, de 24 de enero de 2018, (JUR 2018\86133).
- AAP de Barcelona, (Sección 2ª), núm.295, de 30 de abril de 2018, (JUR 2018\253244).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, (Sección 1ª), núm.234, de 10 de mayo de 2018, (AC 2018\1294).
- SAP de Granada (Sección 1ª), núm.98, de 7 de marzo de 2019, (ARP 2019\453).
- SAP de Ciudad Real, (Sección 2ª), núm.96, de 29 de abril de 2019, (ROJ 568/2019).
- SAP de Girona, (Sección 4ª), núm.404, de 10 de agosto de 2019, (ARP 2019\418).
- SAP de Valladolid (Sección 2ª), núm.234, de 21 de octubre de 2019, (JUR 2019\332765).
- SAP de Granada, (Sección 2ª), núm.183, de 9 de junio de 2020 (ROJ 446/2020).
- AAP de Barcelona, (Sección 21ª), núm.1057, de 30 de julio de 2020 (ROJ 9595/2020).
- AAP de Madrid (Sección 29ª), núm. 540, de 15 de octubre de 2020 (ROJ 5547/2020).
- SJP N° 6 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de enero de 2016, (ARP 2016\576).
- SJP N°4 de Valladolid, núm.227, de 31 de julio de 2019, (JUR 2019\288699).