

Sacramento Ruiz Bosch

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~El delito de sustracción de menores~

I. INTRODUCCIÓN.

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, introdujo el artículo 225 bis del Código Penal. Este precepto trata de dar una respuesta penal a aquellas conductas parentales consistentes en imponer su voluntad a través de las vías de hecho.

La sustracción de menores vino tipificada en todos los códigos penales españoles desde 1848, sin embargo, el Código Penal de 1995 no lo contempló como un delito propio sino como un subtipo agravado de las detenciones ilegales y el secuestro. Es a partir del año 2002 cuando el Legislador considera otra vez la necesidad de prever una respuesta distinta al delito de desobediencia genérica, y asimismo en la reforma de 2002 se prevén medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones de menores¹. En efecto, la reforma adicionó también a los artículos 103 y 158 del Código Civil una serie de medidas cautelares administrativas y judiciales para prevenir el riesgo de sustracción².

La Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica de reforma de 2002 expresa que “El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores”.

¹ SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores en el Código Penal. Acerca de los sujetos activos y pasivos del delito. La Ley Penal nº 101, marzo-abril 2013, Aspectos de la Delincuencia Económica, p. 1.

² MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 319.

II. TIPO BÁSICO.

1. Modalidades.

El artículo 225 bis del Código Penal castiga con 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 al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor.

“Esta norma punitiva tiene origen en la Convención sobre los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que considera al menor de edad como sujeto de derecho; y en la Declaración Universal de los derechos del niño de 1959, que reforzó la política internacional en materia de derechos de la infancia. La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país; al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales” (SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero).

Como expone el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 37/2018, de 23 de enero, la sustracción de menores es una “figura de derecho internacional estableciendo las Convenciones, en especial el XXVIII Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/08, qué se entiende por sustracción y cuáles son los deberes de los Estados en vía civil. En concreto el derecho de custodia -artículo 5 a) del Convenio- comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. No se diferencia entre progenitores custodios y quienes no lo son. De ahí que se considere traslado ilícito -artículo 3.a) del Convenio- el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona...”

El artículo 255 bis del Código Penal contiene una interpretación legal del término sustracción en su apartado segundo. Son dos las modalidades que se recogen en este apartado:

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

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

Así pues, el tipo básico recoge dos modalidades: el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con el que convive y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa.

Entiende MUÑOZ CONDE que no se trata de detenciones ilegales, sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto de la guarda y custodia de los menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores³. Y así, como pone de relieve la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 47/2018, de 15 de febrero, la “propia Ley Orgánica 9/2002, dice en su Exposición de Motivos que lo que se pretende con la introducción de este tipo penal es dar “una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”, “en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor”. Se está pensando, en suma, en el quebrantamiento de la resolución judicial que ha estatuido sobre la custodia del menor, siendo preciso que el sujeto activo del delito sea el cónyuge no custodio”.

El bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa es “el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir.” (SAP Ourense, Sección Segunda, núm. 47/2018, de 15 de febrero). “El objeto de protección en el artículo 225 bis es algo más concreto que la vida, la integridad física y restantes intereses individuales personalísimos del menor, susceptibles de amparo jurídico-penal: es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar. La ubicación del precepto permite contemplar, además, los derechos

³ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, 2013, p. 317

igualmente del resto de personas afectadas por la conducta de que se trate” (AAP de Santander, Sección 3ª, núm. 166/2012, de 22 de marzo).

”Doctrinalmente, también se menciona la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural no es más que un aspecto derivado de los anteriores, por cuanto los cauces jurídicos y procesales atribuirán la guarda y custodia conforme a los intereses del niño, valorando tales circunstancias; lo que puede llevar a separarlo de su ambiente y residencia habitual atendiendo a conveniencias de diversa índole, incluso sin previa crisis familiar, sin que por ello tal situación sea punible. No puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño. La preocupación social se extiende también a conflictos internos, cuando se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se confía en obtener legalmente, con frustración de las expectativas procesales del otro padre o madre” (SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero).

El delito de sustracción de menores se configura como un delito especial, ya que sólo pueden cometerlo ciertos sujetos relacionados mediante parentesco con la víctima⁴. Son sujetos activos del delito el progenitor que no ostenta la custodia del menor, y además en su apartado 5, el artículo 255 bis del Código Penal amplía el círculo de sujetos activos del delito estableciendo la posibilidad de imponer las penas señaladas en el artículo a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas descritas en el precepto.

Advierte SÁNCHEZ LINDE que el Legislador percatándose de que existirían numerosos casos en los que uno de los progenitores estaría ayudado por otros

⁴ SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 2.

familiares se decide a incluir en la conducta típica y equiparara a nivel punitivo a estos otros sujetos⁵.

Los sujetos pasivos de este delito son obviamente los menores de edad que se encuentren unidos a los sujetos activos por los vínculos de parentesco que se enuncian en el texto legal, de manera que el menor podrá ser sujeto pasivo en concepto de hijo, nieto, bisnieto, o sobrino, dependiendo del supuesto concreto⁶.

No existe delito si al tiempo de producirse los hechos no existe resolución judicial que hubiera atribuido al padre (o a la madre) la custodia del hijo, pues la mera discrepancia en el ejercicio de la patria potestad compartida sólo puede resolverse ante el órgano civil correspondiente (AAP de Sevilla, Sección 1ª, núm. 33/2005, de 20 de enero).

2. Tipo objetivo. Necesidad de gravedad en el incumplimiento.

“La acción de sustraer supone un apoderamiento material de una persona o de un objeto (...) la interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal” (AAP, Sección Primera, de Salamanca núm. 294/2017, 28 de noviembre).

“No se identifican en el texto punitivo los elementos a los que se debe atender para establecer el marco distintivo, limitándose a indicar que “el incumplimiento debe ser grave”, introduciendo, pues, un concepto jurídico necesitado de la precisión que le otorgan las demás circunstancias del caso” (SAP Ourense, Sección Segunda, núm. 47/2018, de 15 de febrero).

⁵ SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 7.

⁶ SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 5.

3. Tipo subjetivo. La vocación de permanencia como elemento del tipo subjetivo.

Estamos ante una conducta que solo admite su modalidad dolosa.

La jurisprudencia mantiene que “dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de retener (o trasladar) al menor con claro propósito y voluntad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido con vocación de permanencia” (SAP Álava, núm. 348/2015, de 27 de noviembre)

En efecto, “el requisito subjetivo del tipo ha de entenderse como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial” (SAP, Sección 7ª, de Barcelona de 29 de mayo de 2017) .

III. AGRAVACIONES ESPECÍFICAS

El apartado tercero del artículo 255 bis del Código Penal establece la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución.

IV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL APARTADO CUARTO DEL ARTÍCULO 255 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

Las excusas absolutorias son circunstancias o conductas personales del sujeto activo anteriores, coetáneas o posteriores a la ejecución del hecho, que le eximen de responsabilidad criminal, pero que no afectan a la estructura del delito cometido (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), por lo que se incluyen dentro de la punibilidad, y por tanto, son causas de exención de la responsabilidad criminal

personales⁷.

En relación a la punibilidad, LUZÓN CUESTA distingue entre un momento normativo y un momento aplicativo o de concreción. El momento normativo se refiere al delito como esquema abstracto descrito por la ley. El momento aplicativo alude a un momento posterior, esto es, al hecho ya verificado. Y así, la pena podrá faltar, por las causas que fuese, en el segundo momento, pero nunca en el momento normativo, de modo que podrá faltar como efectiva consecuencia pero nunca como consecuencia legalmente previsible. Así pues, podemos partir de la idea de que la amenaza de una pena, señalada en abstracto para el delito, puede no tener efectividad concreta, pese a realizarse la conducta típica descrita. Por ello, por razones de política criminal o por otros motivos tenidos en cuenta por el Legislador, pese a haberse cometido por una persona imputable una acción típicamente antijurídica, culpable y punible, dicha amenaza de pena no puede cobrar realidad⁸.

La SAP de Madrid 439/2017, de 18 de julio, Sección 29, especifica que “Con carácter general, las excusas absolutorias, denominadas en la doctrina alemana como "delitos sin pena" (MEZGER) o "causas de levantamiento de la pena" (JESCHECK), se han definido en la doctrina como "auténticas condiciones personales extrínsecas capaces de excluir la aplicación efectiva de la pena frente a un hecho típico antijurídico y culpable por razones de conveniencia político criminal" (MAPELLI CAFFARENA), estando relacionadas estas últimas también "con el principio de intervención mínima del Derecho Penal" (MANZANARES SAMANIEGO).”

El apartado cuarto del artículo 255 bis del Código Penal recoge en su primer párrafo una excusa absolutoria, eximiendo de pena al 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.

V. ATENUACIÓN DE LA PENA.

Si la restitución la hiciera, sin la comunicación a que se refiere el primer párrafo

⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, I., Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento, La Ley Penal nº 122, septiembre-octubre 2016, p. 10.

⁸ LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 114 a 147.

del apartado cuarto del artículo 255 bis del Código Penal, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Tanto en los supuestos en que proceda aplicar la exención de pena como en aquellos en que se dé la minoración de la misma, los plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS

LUZÓN CUESTA, J. M., COMPENDIO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, DYKINSON, MADRID, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores en el Código Penal. Acerca de los sujetos activos y pasivos del delito. La Ley Penal nº 101, marzo-abril 2013, Aspectos de la Delincuencia Económica.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento, La Ley Penal nº 122, septiembre-octubre 2016.

Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 47/2018, de 15 de febrero.

Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 37/2018, de 23 de enero.

Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 294/2017, 28 de noviembre.

Sentencia de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid 439/2017, de 18 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 7ª, de Barcelona de 29 de mayo de 2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, núm. 348/2015, de 27 de noviembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, núm. 166/2012, de 22 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007.

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, núm. 33/2005, de 20 de enero.