
Índice General

ABREVIATURAS.....	9
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
I. Perspectiva histórica.....	25
II. Aproximación al bien jurídico protegido en el artículo 225 bis CP	41
III. Análisis del tipo básico del artículo 225 bis CP	55
1. Tipo objetivo	55
1.1. Los sujetos del delito.....	55
1.1.1. El Sujeto activo	55
1.1.2. El sujeto pasivo	71
1.2. La conducta típica: « <i>traslado</i> » y « <i>retención</i> » como sustracción ilegal.....	76
1.2.1. El « <i>traslado</i> » de un menor desde su residencia habitual	78
1.2.2. La « <i>retención</i> » del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa .	90

1.2.2.1. El incumplimiento <i>grave</i> del deber de custodia.....	93
2. Análisis del tipo subjetivo.....	99
Excurso. Tratamiento de los casos de error.....	103
IV. Causas de justificación.....	113
V. Los tipos cualificados de sustracción parental de me- nores.....	117
1. El traslado del menor fuera de España.....	117
2. La sustracción parental del menor con la exi- gencia de alguna condición para su restitución	123
VI. El <i>tipo privilegiado</i> de la sustracción parental de menores	127
VII. <i>Iter criminis</i>	131
VIII. Autoría y participación.....	133
IX. Excusa absoluta.....	137
X. Problemática concursal.....	139
1. Sustracción de menores y detenciones ilegales	139
2. Sustracción de menores y delito de desobe- diencia.....	141
3. Sustracción de menores, lesiones y malos tratos	142
4. Sustracción de menores y delito continuado...	143
CONCLUSIONES.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	155
ANEXO I. Anexo jurisprudencial.....	163
ANEXO II. Cifras y datos estadísticos sobre sustracción de menores en España.....	167

Prólogo

El fenómeno de la globalización, habitualmente circunscrito al ámbito económico, tiene un palmario reflejo, también, en las relaciones humanas y familiares.

Figuras como las becas *Erasmus*, las redes sociales, la movilidad laboral o el abaratamiento generalizado de los medios de transporte han elevado exponencialmente el número de matrimonios o parejas de hecho asimilables cuyos miembros pertenecen a grupos nacionales distintos; no se trata de un hecho nuevo sino constante en la historia de la Humanidad, baste pensar en la romanización del mundo antiguo o la hispanización del continente americano.

Nunca, sin embargo, se había producido la doble tesitura en la que nos encontramos: de un lado la proliferación de rupturas familiares, acorde por demás con la tendencia generalizada a todo tipo de parejas, de otro, la creciente facilidad de los desplazamientos, aumentada actualmente merced a la supresión de fronteras derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea.

Siendo natural que, en supuestos de crisis de pareja, el progenitor extraño al país donde la misma ha tenido su residencia busque amparo en su propia nación de origen, donde va a encontrar el apoyo de su familia extensa, donde contará con amistades y donde resulta evidente que va a encontrar (por razones de formación, contactos y

conocimiento del idioma) más facilidad para el acceso a un empleo, dicho traslado supondrá forzosamente un drástico cambio de vida para la prole menor que le acompañe, junto a una clara sensación de despojo por parte del progenitor que permanece en el lugar de residencia familiar, que se ve separado, con frecuencia sin haberes contado con su consentimiento, de sus hijos, a veces trasladados a miles de kilómetros de distancia.

A los aspectos jurídico penales de los traslados y retenciones ilícitos de menores, al llamado delito de sustracción de menores, dedica su nuevo trabajo la doctora Monge, con un esfuerzo en el rigor y exhaustividad que merece los mayores elogios.

Desde el análisis de los precedentes históricos de esta figura hasta la redacción vigente del artículo 225 bis del Código Penal, derivado de la ley Orgánica 9/2002 de 10 de Diciembre, incardinado en el Capítulo III del Título XII del Libro II, esto es, como delito contra los derechos y deberes familiares, Antonia parte para centrar su atención sobre los tres aspectos a mi juicio más interesantes de la figura objeto de su análisis.

En primer lugar analiza la controvertida cuestión relativa al bien jurídico protegido con el delito estudiado: resulta evidente la naturaleza pluriofensiva de este ilícito penal y la diversidad de opiniones de los autores que han puesto el acento en determinadas facetas del mismo: el interés superior del menor, su derecho a relacionarse regularmente con ambos progenitores, la paz en las relaciones familiares o el respeto a las resoluciones judiciales son algunos de los bienes jurídicos que se entienden protegidos con la regulación contenida en el artículo 225 bis, sin que, en mi modesta opinión, exista obstáculo alguno en acogerlas todas, como hace Antonia, como igualmente acertadas para delimitar figura tan caleidoscópica.

Una segunda cuestión, de extraordinario interés y actualidad, relacionada con la anterior, la constituye la determinación del posible sujeto activo del delito: a este respecto debe recordarse, así lo hace Antonia, la dificultad derivada de la diferente configuración que realiza nuestro Ordenamiento Jurídico del concepto de guarda y custodia, respecto al Derecho Internacional, que considera custodia (así el Convenio de La Haya de 1980) no solo el derecho a la atención del menor sino el de «decidir sobre el lugar de su residencia», cuestión ésta que de acuerdo con nuestra Legislación y Jurisprudencia, sería predicable de todo titular de la patria potestad, lo que exigirá una armonización de ambos conceptos por nuestros tribunales, viniendo a colación a este respecto la Sentencia 10/2016 de la Audiencia Nacional, citada por la doctora Monge, que viene a reconocer la concurrencia del tipo estudiado a supuestos en los que no existe siquiera resolución judicial que regule los efectos de la crisis matrimonial respecto a los hijos, lo que permitiría extender la condición de sujetos activos del delito incluso a progenitores hasta ahora excluidos del mismo.

Un tercer aspecto, tan interesante como los anteriores es el estudio realizado sobre los supuestos de exención de responsabilidad penal aplicables en estos supuestos y la controvertida interpretación de lo que debe entenderse con la expresión «*sin causa justificada para ello*» que utiliza el precepto estudiado: siendo evidente que tal referencia carecería de sentido, caso de entenderla como remisión genérica a los supuestos del artículo 20 del Código Penal, parece acertada la opinión de considerar como tales los supuestos de excepciones a la restitución contempladas en el Convenio de La Haya de 1980, si bien debe recordarse que, a diferencia de este último, el artículo 225 bis contempla como supuestos de sustracción los traslados «*dentro del territorio nacional*», como se desprende claramente de la configuración en el mismo del subtipo agravado, estudiado también por Antonia, de

que «*el menor sea trasladado fuera de España*», todo ello no hace sino contribuir a una confusión interpretativa que el trabajo comentado trata de despejar.

Antonia Monge ha vuelto a escoger un tema polémico, de connotaciones políticas evidentes, sobre el que la luz, potente pero tranquila, de la enorme ciencia que atesora, aporta claridad y precisión que los operadores jurídicos agradecemos sinceramente.

Daniel Valpuestra Contreras

Fiscal de menores

Sevilla