

SUSTRACCIÓN «LEGAL» DE MENORES



El delito de «**Sustracción de Menores**» se regula en el artículo 225.bis del **Código Penal** que establece que:

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

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

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.»

Si se fijan en dicho precepto, para estar ante un delito de sustracción de menores es indispensable que se haya dictado una resolución judicial o administrativa que establezca un régimen de

custodia sobre los menores, por lo tanto, no hay delito de sustracción de menores si previamente no se ha dictado una resolución judicial o administrativa que establezca un régimen de custodia sobre el menor «sustraído».

En mi opinión esta regulación es insuficiente ya que

SUSTRACCIÓN DEL MENOR

- Es delito la sustracción de menores por parte de uno de sus progenitores en su art. 225 bis C.P.
- Sustracción:
 - 1º Traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o institución que tuviese su guarda y custodia.
 - 2º Retención del menor incumpliendo el deber establecido en resolución judicial.

consecuencia de ello **verdaderas sustracciones quedan impunes y**, lo que es más grave, **al final tienen premio**, y esto no es culpa de los jueces, es culpa de la ley, una ley que resulta a todas luces insuficiente e ineficaz cuando a un padre o a una madre su pareja o ex pareja decide quitarle un hijo por las «bravas».

Como siempre digo, un ejemplo vale más que mil palabras, por ello hoy les pondré dos ejemplos, uno a nivel nacional y otro a nivel internacional.

El **primer caso** ocurrió dentro de nuestras fronteras, un buen día una progenitora decidió dar por terminada su relación con el que hasta entonces era su pareja y padre de su hija, sin decir nada un buen día se llevo a la hija común desde Elche, donde residía la unidad familiar, a Pamplona.

Desde que se llevó a la menor hasta el momento en que se dictaron las medidas provisionales transcurrieron más de 8 meses, periodo en el que esa progenitora no permitió que el padre tuviera contacto alguno con la menor.

Por asombroso que pueda parecer, los hechos descritos en el párrafo que antecede, carecen de relevancia penal, pero lo que es más grave, en el ámbito civil tuvieron premio, porque en lugar de reponer a la menor al que había sido su hogar desde su nacimiento se optó por considerar que la menor ya estaba arraigada en su nuevo «hogar» y, en consecuencia, en interés de la menor lo mejor fue dejar las cosas como estaban, es decir, que la niña se quedase en Pamplona.

El **segundo caso** es más grave si cabe, ya que aquí el menor no fue trasladado a otra provincia dentro de España, sino a otro país, ni más ni menos que al otro lado del Océano Atlántico, concretamente a Brasil.



En este caso el padre afectado denunció la sustracción de su hijo, la respuesta de la justicia fue concluyente, **al no existir ninguna resolución judicial que**

fije el régimen de custodia del menor «se trata de una cuestión a resolver en vía civil.»

Ante estos ejemplos que les he expuesto, más de un/a lector/a puede pensar que cuando una pareja entra en crisis cualquiera de los progenitores, bien sea el padre o la madre, puede llevarse a los hijos consigo, ya que como no hay una resolución judicial o administrativa que establezca un régimen de custodia sobre los hijos ambos progenitores tienen el mismo derecho.

Sobre el papel, así es, cualquiera de los dos progenitores puede llevarse a su hijo/a porque ambos tienen los mismos derechos y obligaciones, sin embargo la realidad es bien distinta.

¿Qué sucede cuando una pareja entra en crisis y uno de los dos progenitores –habitualmente la madre– decide llevarse a los hijos consigo? si atendemos a lo que sucede en la práctica, la respuesta es: **depende**.

Y ahora es cuando viene la siguiente pregunta **¿De que depende?** pues, en mi opinión, **del sexo del progenitor que se lleve al menor o menores**.

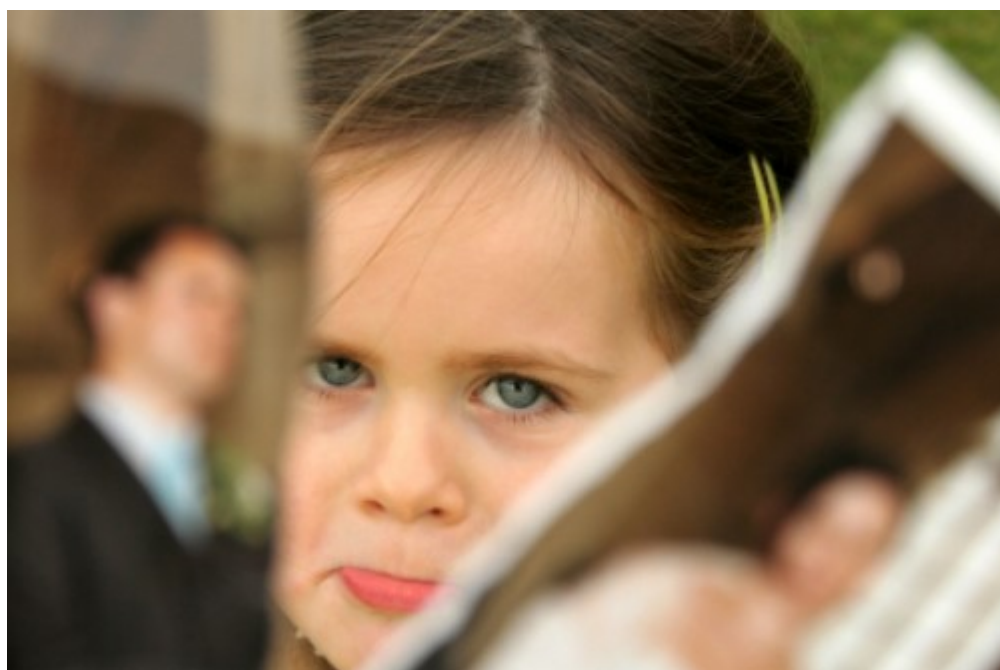
Nuestra sociedad en general y la justicia en particular, parece haber asumido con absoluta normalidad que cuando una pareja entra en crisis los hijos se queden con la madre hasta que se dicten las medidas provisionales o definitivas, e incluso que ésta ponga tierra de por medio y se vaya con el hijo o hijos comunes a vivir a otro lugar.

A lo largo de mi experiencia profesional como abogado matrimonialista me he encontrado con casos de lo más variado, desde progenitoras que se han llevado a los hijos a otra provincia –ej: de *Elche a Pamplona, de Logroño a Valladolid, de Canarias a La Coruña, y así un largo etcétera*– hasta progenitoras que se los han llevado a otro país –*de España a Brasil, a Grecia, a EEUU, etcétera*–.

En estos casos, las acciones penales que se hayan podido ejercer siempre han acabado igual, es decir, archivadas.

Sin embargo, si es el padre quien quiere permanecer con los hijos hasta que se dicten las medidas provisionales o definitivas, no le queda más remedio que quedarse en la vivienda familiar con los riesgos que ello conlleva –ej.: *una denuncia por violencia de género*–. Cualquier otra alternativa la desaconsejo encarecidamente.

Prueba de lo dicho, es la noticia «*Condenado por quedarse con su hija*» publicada en la sección «*Noticias*» de este espacio virtual, en la que comentaba un caso de un



hombre que decidió quedarse a su hija consigo no entregándosela a la madre hasta que recayera resolución judicial o llegarán a un acuerdo, practica habitual de muchas madres en este país.

Pues bien, este padre fue condenado mediante Sentencia, de fecha 26 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Alicante «... **como autor de un delito de realización arbitraria del propio derecho** previsto y penado en el artículo 455.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **MULTA DE SEIS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS (6) EUROS**, con responsabilidad personal subsidiaria (arresto sustitutorio) para el caso de impago de la multa e insolvencia, previsto en el artículo 53 del Código Penal de 1995, así como al abono de las costas.»

Dicha sentencia no es firme ya que contra la misma se ha formulado Recurso de Apelación, cuya resolución espero como agua de mayo y que sin lugar a dudas comentaremos en este espacio, ya que, en caso de confirmarse la mencionada sentencia, se abre la veda contra cualquier progenitor/a que antes de dictarse medidas provisionales o definitivas sustraiga o retenga consigo a los hijos comunes.

Al igual que concluía en la noticia «Condenado por quedarse con su hija», tengo que decir que estoy convenido de que si quien hubiera retenido a la menor hubiera sido la madre y el padre hubiera sido quien hubiera denunciado, esa madre nunca hubiera sido condenada, lo que viene a evidenciar el distinto trato que reciben hombres y mujeres en estos casos.

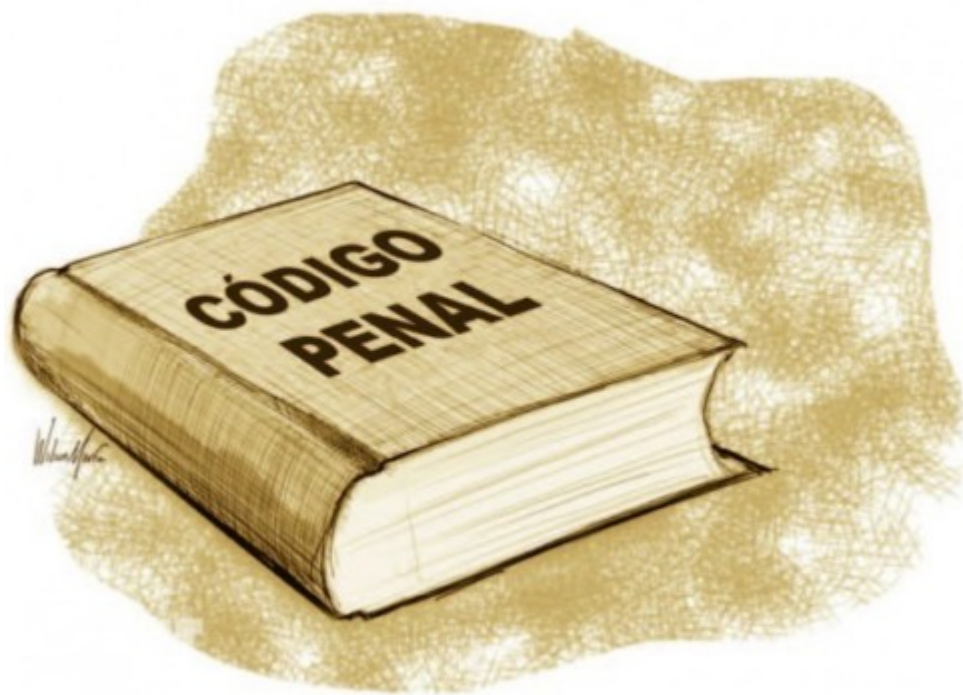
Por lo tanto, llegados a este punto, el consejo es obvio, **si usted estimado/a lector/a está pensando en separarse o divorciarse e intuye que su pareja puede llevarse a sus hijos consigo, lo mejor que puede hacer es solicitar urgentemente unas medidas provisionales previas a la demanda**, de forma que, **si la sustracción se produce con posterioridad al dictado de**

las medidas interesadas, siempre podrá ejercer acciones penales por la comisión de un delito de sustracción de menores previsto y penado en el artículo 225.bis del *Código Penal*.

Sin embargo, tengo que decir que el hecho de que se hayan acordado medidas provisionales o definitivas no garantiza que su ex no se la pueda jugar y dejarle sin hijos, *todo ello desde la más estricta legalidad*.

Así son innumerables los casos de padres –*los casos de madres son excepcionales*–, que a pesar de tener la patria potestad compartida y un amplio régimen de visitas no pueden estar con sus hijos, simplemente porque su ex pareja ha decidido incumplir el régimen de visitas.

Es más, ahora que en muchas Comunidades Autónomas se ha regulado la custodia compartida empiezo a encontrarme casos de progenitoras que de la noche a la mañana deciden unilateralmente que la custodia compartida se ha terminado, que el niño/a no va más con el padre.



Pues bien, ambas conductas, desde que se derogó la falta de incumplimiento del régimen de visitas prevista y penada en el artículo 618.2 del Código Penal

–*cuestión a la que dediqué el post «Modificación del Código Penal e incumplimiento del régimen de visitas»*– carecen de relevancia

penal, tratándose como una simple cuestión civil.

Se que mis compañeros penalistas estarán pensando que no es lo mismo un incumplimiento del régimen de visitas o del régimen de custodia que una sustracción de un menor, cierto, no les falta razón, pero al final el resultado es el mismo, **un padre o una madre al que se le roba la paternidad o la maternidad y, lo que es más grave, un menor al que se elimina de su vida a toda una familia**, la paterna o la materna.

Me da igual que el niño/a se lo lleven a Pamplona, a Valladolid, a Brasil o no salga de la misma localidad de residencia del padre, **si se impide que un menor se relacione con su padre o su madre, estamos ante una verdadera sustracción de menores, no de derecho pero si de hecho.**

Y lo que es vergonzoso es que tal conducta quede impune, se reduzca a una mera cuestión civil que, en el mejor de los casos, tarda en resolverse un año como mínimo.

Y aquí no podemos exculpar ni a jueces ni a fiscales, con el Código Penal en la mano hay argumentos para perseguir estas conductas, basta con que a quien incumpla el régimen de visitas o de custodia se le requiera bajo apercibimiento de desobediencia para que cumpla y, en caso de seguir incumpliendo, se libre testimonio de lo actuado y se dé traslado al juzgado de guardia para que actúe, sin embargo, nos encontramos que muchos jueces son reticentes a la hora de proceder así contra una mujer.

Pero es más, si no se quieren perseguir penalmente esas conductas, con la Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano también se pueden perseguir, bien sea mediante la imposición de multas coercitivas o, adoptando la medida más radical, acordando un cambio de custodia –*artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*-. .

Sin embargo, con la excusa del interés superior del menor, muchas veces no se adoptan estas medidas, sin darse cuenta que

el más perjudicado es precisamente el menor, un menor que acaba creciendo sin su padre o sin su madre, en muchos casos víctima del síndrome de alienación parental y que el día de mañana va a sufrir todo tipo de secuelas.

Señorías, Señoras y Señores Fiscales, **no se pueden dejar impunes tantas sustracciones «legales» de menores**, un día esos menores nos juzgarán a todos, y es probable que la conclusión a la que lleguen es que nos les hemos protegido debidamente de personas que, privándoles de la familia paterna o materna, les arrancaron una parte de su vida.

Es responsabilidad de todos que esto cambie, de los abogados, de los peritos psicólogos/psiquiatras, de jueces y fiscales.

De los **abogados** los primeros ya que no es ético que, sin causa alguna que lo justifique, se defiendan a los/las progenitores/as que un buen día deciden incumplir el régimen de custodia o de visitas; soy consciente de que todo el mundo tiene derecho a una defensa, pero en estos casos se está defendiendo algo manifiestamente ilegal y perjudicial para el menor.

De los **peritos psicólogos y psiquiatras**, que con sus informes, muchas veces tendenciosos o carentes de rigor científico, vienen a justificar y amparar algo tan aberrante como es privar a un menor de su padre o de su madre.

Y de los **jueces y fiscales**, ya que nosotros humildes abogados, poco



**El superior interes del menor
nunca debe perderse de vista**

**Defendamos los derechos
de los niños...**

podemos hacer si la justicia no está a la altura de lo que se espera de ella, y la justicia no es un ente abstracto, la justicia son Ustedes.

En la jurisdicción de familia debe primar siempre el interés

superior del menor, pero no nos confundamos, si ese interés nos lleva a justificar que un menor deje de relacionarse con su familia paterna o materna –salvo en casos justificados como pueden ser violencia doméstica, adicciones, trastornos mentales– es que se está pervirtiendo tan importante principio.