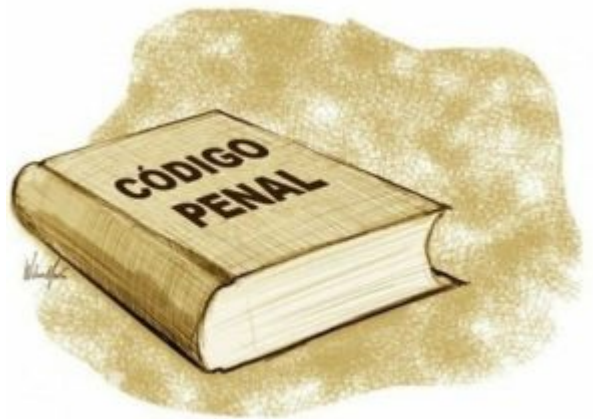


# EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES (SENTENCIA N.º 156/2023, DE FECHA 8 DE MARZO, DICTADA POR LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO)

El pasado día 8 de marzo de 2023, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó la Sentencia n.º 156/2023; una sentencia que, en mi opinión, **introduce importantes novedades en relación con el delito de sustracción de menores** previsto y penado en el **artículo 225.bis** del Código Penal.

El citado precepto en sus **apartados 1 y 2** establece lo siguiente:

«1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.



2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo

gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa».

Partiendo de dicho precepto, como veremos a continuación, muchos juzgados e incluso audiencias provinciales han venido manteniendo que, **autor del delito de sustracción de menores solo podía ser el progenitor no custodio o el progenitor que no convive habitualmente con el menor.**

De forma que, cuando una pareja entraba en crisis y uno de los progenitores –habitualmente la progenitora– se llevaba a los niños y no dejaba que tuvieran contacto con el padre hasta que se acordase un régimen de visitas –ya fuera en medidas provisionales o definitivas– se consideraba que los hechos eran atípicos, es decir, que dicha conducta no era constitutiva de un delito de sustracción de menores.

## **EL CASO**

El día 5 de julio de 2019, una progenitora con la ayuda de su madre, es decir, de la abuela materna del menor, trasladó al hijo común de manera unilateral y **sin el conocimiento ni el consentimiento del padre** desde Ibiza –localidad en la que el menor vivía y estaba escolarizado– hasta Alicante, donde lo empadronó arrogándose en exclusiva por la vía de hecho la custodia del menor.

El padre formuló denuncia por tales hechos incoándose las oportunas diligencias previas; diligencias que, tras la instrucción de la causa, el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Ibiza acordó su continuación por los trámites del procedimiento abreviado, es decir, **que la progenitora y la abuela materna fueran juzgadas por la presunta comisión de un delito de sustracción de menores.**

Contra dicha decisión la progenitora y la abuela materna formularon recurso de reforma y subsidiario de apelación –recurso de reforma que fue desestimado–.

Contra el auto desestimatorio del recurso de reforma y en sustento del recurso de apelación subsidiario formularon alegaciones.



Pues bien, dicho recurso de apelación fue estimado por Auto de fecha 9 de marzo de 2021 dictado por la Sección 1.ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

En dicho auto, textual de su tenor literal de su parte dispositiva, se acordó lo siguiente:

«ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Constanza, contra el Auto de 26 de febrero de 2020 y contra el Auto de 20 de octubre de 2020 dictados por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Ibiza en las Diligencias Previas n.º 950/19, que SE REVOCA y se deja sin efecto, acordando el sobreseimiento libre de las actuaciones, sin perjuicio de las acciones a ejercitar ante la jurisdicción civil».

La decisión de la Sección 1.ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se fundamentó en que consideraba que «el sujeto activo del delito ha de ser el progenitor que no ostenta la custodia o con el que el menor no convive habitualmente», circunstancias que no concurrían en la recurrente, siendo por ello por lo que la sala consideró los hechos atípicos y acordó el sobreseimiento libre de la causa.

Contra el auto dictado por la Sección 1.ª de la Ilustrísima

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca formuló recurso de casación por infracción de ley el **Ministerio Fiscal**, recurso que ha sido estimado por Sentencia n.º 156/2023, de fecha 8 de marzo, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

## **SENTENCIA N.º 156/2023, DE FECHA 8 DE MARZO, DICTADA POR LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Como he expuesto anteriormente, la Sentencia n.º 156/2023, de fecha 8 de marzo, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha estimado el recurso formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Sección 1.ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dejando sin efecto el mismo y reponiendo el dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Ibiza.

Los argumentos más importantes que se recogen en dicha sentencia son los siguientes:

### **1.º**

Se comete el delito de sustracción de menores cuando se traslada al menor de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del progenitor con quien conviva –independientemente de que los progenitores estén separados o no; que, en caso de estar separados, la separación sea de hecho o de derecho, y que haya resolución judicial o mutuo acuerdo o no–.

### **2.º**

Lo único que se exige para que se cometa el delito de sustracción de menores es que **el traslado sea sin el consentimiento del progenitor con quien conviva el menor**; por

lo tanto, cuando el menor convive con los dos progenitores y uno de ellos se lo lleva, se comete el delito de sustracción de menores.

### 3.º

Este es «el punto que más me gusta», ya que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pone el foco en **el interés superior del menor** en la medida en que **no debe verse privado de relacionarse regularmente con ambos progenitores**, recogándose varias veces a lo largo de la sentencia que **este es el bien jurídico protegido por la norma**.

## OPINIÓN PERSONAL

Algo que vemos con frecuencia los profesionales que nos dedicamos al derecho de familia son casos en los que, cuando una pareja entra en crisis, uno de los progenitores –habitualmente la progenitora–, coge al hijo o hijos comunes y se los lleva consigo a otra localidad –provincia– y, en los casos más extremos, a otro país y dice: «Hasta que no haya medidas provisionales o definitivas no te dejo ver a los niños».

Esta situación genera mucha impotencia, porque hasta que no se acuerdan medidas provisionales o definitivas solo se puede esperar... Espera que, en el mejor de los casos, puede ser de tres meses como mínimo.



Pues bien, con esta sentencia podemos decir que se ha dado el primer paso para que estos «abusos» se acaben.

El Ministerio Fiscal en su recurso hacía referencia a la ausencia casi absoluta de reglas jurisprudenciales claras de interpretación del **artículo 225 bis 1 y 2.1.º del Código Penal**. Pues ahora **la Sala de lo Penal ya ha dado reglas jurisprudenciales claras para interpretar dicho precepto**.

Y, lo que es más importante, lo ha hecho poniendo el foco en **EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**. Creo que estarán de acuerdo conmigo que **es el interés principal por el que deben velar todos los operadores jurídicos cuando hay menores implicados en los procedimientos judiciales**.

Más información en:

Sentencia n.º 156/2023, de fecha 8 de marzo, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo