

# La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar

Antonia Monge Fernández

DIRECTORA

FELIPE BAUER BRÖNSTRUP  
DAMIÁN PABLO BOREÁN  
SYLVA D'AMATO  
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ  
JACKELINE FLORES MARTÍN  
M<sup>a</sup> MARTA GONZÁLEZ TASCÓN  
ASUNCIÓN MARÍN VELARDE  
M<sup>a</sup> ASCENSIÓN MARTÍN HUERTAS  
BLANCA MARTÍN RÍOS  
ROCÍO MARTÍN RÍOS  
JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ  
ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ  
FERNANDO MORENO MOZO  
ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA  
LUHÉ PALMA CHAZARRA  
JAVIER PARRILLA VERGARA  
LUIS REVILLA PÉREZ



**JYB**  
BOSCH EDITOR

La sustracción internacional de menores (SIM) representa un fenómeno creciente en los últimos años, motivado principalmente por la globalización, con el consiguiente aumento de matrimonios mixtos y las frecuentes crisis de pareja, donde uno de los progenitores se toma la justicia por su mano, incumpliendo una resolución judicial o administrativa con relación a la custodia y derecho de visita de los hijos. Ante esta situación, el Derecho debe ofrecer una respuesta adecuada, articulando los medios adecuados para evitar la sustracción o, una vez producida ésta, reparar en la medida tal conducta («*quid iuris?*»).

Es evidente el carácter poliédrico de su regulación, afectando tanto a la jurisdicción civil como a la penal, con procedimientos propios en cada una de ellas, con una profusión normativa que, en ocasiones, dificulta sobremanera la resolución de los problemas prácticos de este drama cuyo estudio reviste una gran complejidad.

Precisamente, la obra que se presenta al lector constituye un estudio transversal y multidisciplinar de la sustracción internacional de menores, comenzando en primer lugar, con una aproximación teórico-práctica delimitando conceptualmente lo que sea «sustracción ilícita», tomando como referencia el *Convenio de la Haya de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (CH 1980) y el *Reglamento Bruselas II Bis*, que facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos. Conexo a lo anterior, se analizan las medidas legislativas de prevención ante la sustracción parental de menores, destacando el papel fundamental del Fiscal, resultando de obligada referencia la Orden Europea de Detención y Entrega (*Euroorden*), y el *exhorto europeo* de obtención de pruebas, en los casos en que el país receptor del menor sustraído pertenezca a la Unión Europea. En este ámbito civil, resulta de importancia hacer referencia al binomio «custodia compartida y sustracción de menores», como ejes fundamentales sobre los que pivota la sustracción internacional de menores, guiado como criterio de interpretación por el «interés superior del menor».

En el ámbito penal es imprescindible una breve referencia a la evolución histórica, legislativa y jurisprudencial del artículo 225 bis CP, que tipifica el delito de sustracción parental, subrayando la sustracción internacional como tipo cualificado («el traslado del menor fuera de España»), destacando los innumerables problemas concursales y abordando su estudio desde una perspectiva sistémica y de justicia restaurativa.

Finalmente, como tercera perspectiva, concluye el trabajo con unas referencias de Derecho comparado, no sólo en el ámbito de la Unión Europea (Italia), sino también a Ordenamientos extracomunitarios, como son el caso de la República Argentina y el Derecho penal brasileño, con el estudio de algunas Sentencias Paradigmáticas.

En síntesis, este trabajo se presenta como una obra de referencia para el estudio de la sustracción internacional de menores, ofreciendo al lector una visión multidisciplinar sobre esta problemática, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también aportando soluciones prácticas, fundadas en la jurisprudencia nacional y europea.

Antonia Monge Fernández  
(Directora)

# LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR

## AUTORES

Felipe BAUER BRÖNSTRUP

Damián Pablo BOREÁN

Sylva D'AMATO

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ

Jackeline FLORES MARTÍN

M<sup>a</sup> Marta GONZÁLEZ TASCÓN

Asunción MARÍN VELARDE

M<sup>a</sup> Ascensión MARTÍN HUERTAS

Blanca MARTÍN RÍOS

Rocío MARTÍN RÍOS

Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ

Antonia MONGE FERNÁNDEZ

Fernando MORENO MOZO

Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Luhé PALMA CHAZARRA

Javier PARRILLA VERGARA

Luis REVILLA PÉREZ

Barcelona  
2019

  
BOSCH EDITOR

© FEBRERO 2019

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ  
(Directora)

© FEBRERO 2019



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-949775-9-6

ISBN digital: 978-84-949922-0-9

D.L.: B5141-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

ABREVIATURAS .....	19
INTRODUCCIÓN .....	27

## CONSIDERACIONES GENERALES

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS TEÓRICO PRÁCTICOS .....	33
---	----

**Luis Revila Pérez.** Letrado de la Administración de Justicia. Miembro de R.E.C.I.L.A.J. Punto de Contacto de IBER RED. Profesor Asociado de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

I. Concepto de sustracción internacional de menores .....	34
II. ¿Qué se puede hacer para prevenir que se lleven a un hijo? .....	34
1. Ámbito penal .....	34
2. Ámbito civil .....	36
2.1. Convenios internacionales suscritos por España: .....	37
2.2. Derecho material y procesal interno: Ley de Enjuiciamiento Civil y Código Civil .....	37
3. Derecho material y procesal interno: Ley de enjuiciamiento civil y Código civil .....	46
3.1 Código Civil .....	46
III. ¿Qué se puede hacer si ya se ha producido la sustracción? .....	47
1. Si la sustracción ya se ha consumado y el menor trasladado ilícitamente a otro país tuviera su residencia en España .....	47
2. Si la sustracción ya se ha consumado y el menor es trasladado ilícitamente a España desde un país firmante del Convenio .....	48
IV. ¿Cómo puede presentarse una solicitud de restitución? .....	53
1. ¿Qué documentación debe presentarse junto a la solicitud y qué formalidades se requieren? .....	54

2. ¿Qué hace la Autoridad Central española cuando se produce una sustracción al extranjero de un menor residente en España? .....	55
3. ¿Qué hace la Autoridad Central española cuando se produce la sustracción de un menor residente en el extranjero donde tenía su residencia habitual a España?.....	55
4. ¿Puede denegarse la devolución de un menor? .....	56
5. ¿Cuánto costará el procedimiento? .....	56
6. Padres que desean obtener derechos de visita a sus hijos.....	56
7. Datos de contacto de la a Autoridad Central española encargada de la sustracción de menores .....	57
8. ¿Cuáles son los principales instrumentos internacionales y de la Unión Europea que regulan la sustracción internacional de menores? .....	57

**MEDIDAS LEGISLATIVAS DE PREVENCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES** ..... 59

**M<sup>ª</sup> Marta González Tascón.** Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

I. Introducción.....	59
II. Derechos vulnerados .....	61
III. Medidas preventivas.....	67
1. Medidas civiles .....	67
2. Medidas penales .....	74
3. Mecanismos internacionales.....	79
Bibliografía. ....	89

**ASPECTOS CIVILES**

**EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**..... 95

**M<sup>ª</sup> Ascensión Martín Huertas.** Profesora Titular Acreditada. Derecho Internacional Privado. Universidad de Sevilla

I. Introducción.....	95
----------------------	----

II. El Convenio de la Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores .....	98
1. Delimitación de su ámbito de aplicación. Relación con otros instrumentos internacionales .....	99
1.1. Ámbito de aplicación: material, personal y espacial.....	99
1.2. Estados plurilegislativos .....	104
1.3. Relación con otros instrumentos internacionales .....	106
2. Objetivos perseguidos .....	109
2.1. Restitución inmediata. Motivos de no retorno .....	109
2.2. Derechos de custodia y de visita .....	113
3. Mecánica de actuación. Las Autoridades Centrales .....	116
III. Las Medidas preventivas establecidas por el legislador español .....	119
1. Los artículos 158.3 y 103.1 del Código Civil español .....	120
IV. Valoración final .....	122
Bibliografía .....	125

## ¿EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS FACILITA EL RETORNO DEL MENOR EN CASO DE SU TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS? .....

129

**Ana Moreno Sánchez-Moraleda.** Profesora Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla

I. Introducción.....	129
II. Medidas para facilitar la restitución del menor sustraído en la Unión Europea .....	137
1. La obligación de retorno aunque se invoque el riesgo del menor .	137
2. La prioridad de la resolución de retorno posterior a la resolución de no retorno .....	139
3. La ejecución inmediata de la resolución de restitución del menor: la supresión del procedimiento de exequátur.....	143
III. La Propuesta de modificación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción de menores .....	148
1. La obligación del retorno del menor cuando se adopten medidas de protección en su interés superior.....	151
2. El instrumento de revisión en interés del menor de la resolución de no restitución.....	152

3. La ejecución directa de la resolución de restitución y los motivos de denegación .....	154
Bibliografía .....	157
Jurisprudencia.....	158

**«IN CRESCENDO»: CUSTODIA COMPARTIDA Y SUSTRACCIÓN DE MENORES.** 161

**Jackeline Flores Martín.** Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

I. Consideraciones generales.....	161
1. El porqué de relacionar custodia compartida y sustracción internacional de menores.....	161
2. Normativa reguladora.....	164
II. La residencia del menor tras la ruptura de los progenitores.....	172
1. Cuestiones objeto de regulación.....	172
2. Residencia habitual y empadronamiento.....	174
3. Cambio de domicilio de los progenitores .....	177
III. Sobre el régimen de custodia y el delito .....	178
1. La sustracción como ruptura del deber de colaboración en la guarda y custodia compartida.....	178
2. El régimen de custodia establecido y la apreciación del delito ....	180
2.1. El incumplimiento del régimen de custodia .....	180
2.2. Requisitos para la apreciación del delito.....	180
2.3. Ruptura de la línea jurisprudencial en relación a la custodia compartida .....	183
3. Las estadísticas comparativas: progresión e interrelación de ambos factores .....	187
Bibliografía .....	190
Jurisprudencia.....	191
Recursos y fuentes consultados.....	191

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU RELEVANCIA EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....** 193

**Asunción Marín Velarde.** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.

**Fernando Moreno Mozo.** Profesor Contratado-Doctor. Universidad de Sevilla.

I.	Planteamiento .....	194
II.	Normativa general sobre el interés superior del menor. Concepto de interés superior del menor .....	195
	1. Normativa sobre los derechos del menor y el interés superior de éste .	195
	1.1. Normativa internacional .....	196
	1.2. Normativa española.....	197
	2. Concepto de «interés superior del menor» .....	198
	2.1. Delimitación.....	198
	2.2. Caracteres del principio «interés superior del menor» .....	199
	2.3. El concepto de interés del menor en la Convención de los Derechos del Niño: la Observación general N° 14 (2013) ...	202
	2.4. El interés del menor en la LO de Protección Jurídica del menor .....	204
	2.5. Conclusiones sobre la cuestión .....	206
III.	El interés superior del menor en las normas de Derecho internacional privado relativas a responsabilidad parental. La relevancia de la residencia habitual del menor .....	210
	1. Competencia judicial internacional .....	210
	2. Ley aplicable .....	212
	3. Eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.....	213
IV.	La defensa del interés superior del menor como finalidad principal en la sustracción internacional de menores .....	214
	1. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) .....	215
	2. El Reglamento Bruselas II Bis .....	219
	2.1. Requisitos de aplicación. Concepto de menor .....	220
	2.2. Concepto de traslado ilícito. El retorno.....	220
	2.2.1. El traslado ilícito .....	220
	2.2.2. El retorno .....	221
	3. El interés del menor en supuestos de sustracción: custodia, derecho de visita y residencia. Relevancia del concebido y no nacido	222
	3.1. El derecho de visita .....	222
	3.2. Relevancia del concebido y no nacido.....	225
V.	La mediación como instrumento favorecedor del interés del menor .	226
	1. El papel de la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores.....	226

1.1. Referencia a la mediación civil y familiar en España .....	228
1.2. Conexión de la sustracción internacional de menores y los conflictos familiares.....	229
2. La mediación en los instrumentos internacionales relativos a la sustracción internacional de menores .....	230
2.1. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y La Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación .....	230
2.2. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 .....	232
2.3. La Recomendación nº (98) del Consejo de Europa sobre Mediación familiar .....	233
2.4. El Reglamento Bruselas II Bis.....	234
3. Espacio temporal de la mediación ante la sustracción internacional de menore .....	234
3.1. La mediación extrajudicial en la sustracción internacional de menores.....	235
3.2. La mediación intrajudicial en la sustracción internacional de menores.....	235
4. Idoneidad de la solución mediada en los conflictos en materia de sustracción internacional de menores .....	237
Bibliografía .....	239
Jurisprudencia.....	243
<b>EL FISCAL EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES .</b>	245
<b>Rocío Martín Ríos.</b> Doctora en Derecho procesal. Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla	
I. Acercamiento a la figura.....	245
II. El delito de sustracción internacional de menores en la normativa española.....	248
1. Cuando el país receptor pertenece a la Unión Europea .....	254
1.1. La Orden Europea de detención y entrega o Euroorden.....	254
1.2. Exhorto europeo de obtención de pruebas.....	256
2. Cuando el país receptor está fuera de la Unión Europea.....	259
Bibliografía .....	263

## ASPECTOS PENALES

<b>EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.....</b>	267
<b>Javier Parrilla Vergara.</b> Máster en Abogacía. Grado en Derecho. Universidad de Sevilla	
I. Introducción.....	267
II. El Código Penal de 1822.....	269
III. El Código Penal de 1848.....	272
IV. El Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, de reforma del Código Penal.....	275
V. La omisión del Código Penal de 1995 y la reforma de la LO 9/2002, de 10 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 10/1995.....	282
Bibliografía.....	287
Jurisprudencia.....	288

<b>EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.....</b>	291
--	-----

**Rosario de Vicente Martínez.** Catedrática de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción.....	291
II. Algunos datos.....	298
III. Evolución de la respuesta legislativa a la sustracción de menores.....	299
IV. Evolución jurisprudencial del delito de sustracción de menores.....	309
1. El sujeto activo: sustracción de un menor por uno de los progenitores.....	309
2. La conducta típica: existencia de una resolución judicial o administrativa.....	312
3. La expresión «sin causa justificada».....	317
Bibliografía.....	321

<b>SOBRE LA NATURALEZA Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.....</b>	323
---	-----

**Juan Antonio Martos Núñez.** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

I. Introducción.....	323
----------------------	-----

II. Naturaleza Jurídica del delito de Sustracción de Menores.....	324
1. Autonomía del delito .....	324
1.1. Irrelevancia del consentimiento.....	324
1.2. Principio de especialidad.....	324
1.3. La sustracción verificada por los progenitores.....	325
2. Ausencia de sustantividad propia .....	326
3. Delito pluriofensivo y principio de protección del interés superior del menor .....	326
4. Delito especial propio.....	328
III. El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores.....	329
1. Fundamento.....	329
2. La libertad.....	329
3. La seguridad .....	331
4. La familia .....	332
5. La paz en las relaciones familiares.....	333
6. La patria potestad o la tutela.....	334
IV. Consideraciones críticas y toma de posición.....	335
Bibliografía .....	337
Webgrafía.....	338

**EL «TRASLADO» DEL MENOR FUERA DE ESPAÑA COMO DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....** 339

**Antonia Monge Fernández.** Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

I. Introducción.....	339
II. «Traslado» y «retención» como sustracción ilícita.....	341
1. El «traslado» del menor desde su residencia habitual .....	341
2. La «retención» del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.....	348
2.1. El incumplimiento grave del deber de custodia.....	350
III. El traslado del menor fuera de España.....	353
IV. Conclusiones .....	357
Bibliografía .....	358
Jurisprudencia.....	359

<b>PROBLEMÁTICA CONCURSAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES</b> .....	361
<b>Blanca Martín Ríos</b> . Profesora de Derecho Penal. Universidad Loyola Andalucía	
I. Sustracción internacional de menores y delito de desobediencia .....	362
1. Posible apreciación de un concurso de leyes .....	369
2. Posible apreciación de un concurso de delitos.....	372
II. Sustracción Internacional de menores y delito de detención ilegal....	374
III. Coacciones.....	376
IV. Amenazas y violencia doméstica o de género .....	378
1. Amenazas vertidas sobre el progenitor custodio .....	378
2. Amenazas vertidas sobre persona distinta al progenitor custodio .....	380
V. Lesiones.....	381
VI. Inducción a incumplir el régimen de guarda o a abandonar el domicilio familiar .....	381
VII. Abandono de familia.....	383
VIII. Quebrantamiento de medidas cautelares .....	383
IX. Concurso real con otros delitos de sustracción de menores.....	385
X. El delito continuado de sustracción internacional de menores.....	386
1. Sustracción de un único menor por un progenitor.....	386
2. Sustracción de varios menores por un progenitor.....	388
Bibliografía .....	389
Jurisprudencia.....	390

<b>EL DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA Y DE JUSTICIA RESTAURATIVA</b> .....	393
---	-----

**Luhé Palma Chazarra**. Doctora en Derecho. Profesora. Abogada y Mediadora. Especialista en Mediación y Justicia Restaurativa

I. Las diversas perspectivas de una conducta delictiva.....	393
1. La perspectiva legislativa y jurisdiccional .....	394
2. La perspectiva ciudadana.....	398
II. La perspectiva sistémica .....	402

1. La estructura vincular sistémica y la doble consciencia: individual y grupal .....	407
2. Los órdenes y los desórdenes sistémicos, involucrados en la ruptura de pareja.....	410
3. El reconocimiento y restablecimiento de los órdenes sistémicos por el ordenamiento jurídico .....	412
III. Propuestas de intervención desde la justicia restaurativa.....	417
IV. Conclusiones .....	421
Bibliografía .....	423

## DERECHO COMPARADO

<b>IL REATO DI SOTTRAZIONE E TRATTENIMENTO DI MINORE ALL'ESTERO NELL' ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, TRA ESIGENZE DI POLITICA CRIMINALE E SISTEMATICA DEL REATO .....</b>	<b>429</b>
--	------------

**Sylva D'Amato.** Dottore di ricerca Università' degli Studi Federico II di Napoli e professore a contratto Università' degli Studi di Salerno (Doctora en Derecho Penal, Profesora Asociada de Derecho Penal)

I. Introduzione: genesi e ratio di tutela del reato di sottrazione internazionale di minore .....	429
II. La sottrazione internazionale di minori e la tutela extrapenale del diritto di affidamento e visita nel 'superiore interesse del minore' nel sistema della Convenzione di Lussemburgo e della Convenzione dell'Aja del 1980 .....	432
III. L'introduzione del reato di sottrazione internazionale di minore nel codice penale e la sua problematica collocazione sistematica: dalla tutela della 'patria' potestà alla tutela dell'esercizio della responsabilità genitoriale nel 'preminente interesse del minore'.....	437
IV. I soggetti attivi e passivi del reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero .....	447
V. La condotta del reato di sottrazione internazionale di minori e i rapporti con altre fattispecie incriminatrici .....	448
VI. Intervento penale simbolico vs intervento penale minimo quale extrema ratio di una politica criminale razionale ed efficace per la tutela di beni di rilevanza costituzionale.....	456
Bibliografía .....	460

Giurisprudencia.....	463
<b>¿QUÉ DELITO COMETEN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA LOS PROGENITORES QUE SUSTRAN A SUS PROPIOS HIJOS MENORES DE 10 AÑOS? .....</b>	465
<b>Damián Pablo Borean.</b> Abogado (Universidad de Buenos Aires, UBA); Magister Legum (LLM) de la Universidad de Múnich, República Federal de Alemania; ex becario del Servicio alemán de Intercambio Académico (DAAD); ex docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y actual Agente Fiscal penal de la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, República Argentina	
I. Introducción.....	466
II. Bien jurídico.....	472
III. Sujetos activo y pasivo .....	484
IV. Conducta típica .....	488
1. La sustracción de menores contiene tres conductas típicas: sustraer, retener y ocultar .....	488
V. Solución del caso.....	499
VI. Conclusión .....	500
Bibliografía .....	502
<b>EL TIPO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES E INCAPACES EN DERECHO PENAL BRASILEÑO: APUNTES CRÍTICOS .....</b>	507
<b>Felipe Bauer Brönstrup.</b> Doctor en Derecho. Investigador Asociado Universidad de Göteborg (Suecia)	
I. Introducción.....	507
II. El tipo de sustracción de menores e incapaces en Derecho penal brasileño .....	509
1. La controversia en torno al momento de la consumación del delito: el caso <i>Pedrinho</i> .....	512
2. La sustracción de menores e incapaces por el progenitor/tutor no privado de sus derechos legales: el caso <i>Sean Goldman</i> .....	518
III. Consideraciones finales .....	519
Bibliografía .....	521
Jurisprudencia.....	521

## INTRODUCCIÓN

La sustracción parental de menores representa un tema de reciente actualidad, con algunos casos que han alcanzado gran repercusión mediática, aumentando sobre todo en el aspecto internacional –lo que se ha denominado como legal *kidnapping* o secuestro parental–, causado principalmente por el aumento de matrimonios mixtos y las frecuentes rupturas de pareja, suscitando entre otras cuestiones conflictos culturales entre un deber jurídico y un deber moral, en la que los progenitores «se toman la justicia por su mano», incumpliendo generalmente una resolución judicial o administrativa.

De ahí cabe inferir que la sustracción parental de menores sea un fenómeno de enorme complejidad jurídica, sobre todo en su aspecto internacional, dado que en su regulación se ven afectadas dos jurisdicciones, la civil y la penal, con procedimientos propios en función de cada caso concreto.

Baste recordar que España firmó el Convenio de 25 octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de la Haya, CH80) cuyo artículo 3 considera que son ilícitos el *traslado* o la *retención* de un menor, «cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención (apartado a); y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (apartado b)». A este respecto, debe subrayarse que el *derecho de custodia* mencionado en el apartado a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

De otro lado, debe destacarse la reforma en el proceso civil de sustracción internacional de menores, mediante la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, siguiéndose para su tramitación, tal y como dice la Exposición de Motivos «un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Además, esta reforma «moderniza este procedimiento, en el que se introducen mejoras sustanciales, incluyendo las medidas cautelares y las comunicaciones directas entre autoridades judiciales», modificando singularmente determinados artículos de la LEC (Ley 1/2000).

Al mismo tiempo, introduce nuevos apartados como es el *artículo 778 bis*, dentro del Capítulo IV bis, sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que dispone lo siguiente: «1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional».

En el ámbito penal, resulta llamativo que el Código Penal de 1995 suprimiera como delito con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años, y agravase, en cambio, el marco punitivo para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. Sin embargo, existía una laguna de punibilidad para los casos en que la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor fuere ejecutada por uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o a alguna persona o institución en interés del menor.

Con relación a esta cuestión se planteó un amplio debate doctrinal sobre la conveniencia político-criminal de sancionar estos conflictos familiares, controversia soslayada por el legislador penal a través de la LO 9/2002, redactando el artículo 225 bis CP, previendo «una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de los progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro».

En las líneas que siguen se realiza un estudio transversal sobre la sustracción internacional de menores, comenzando con una aproximación teórico-práctica, delimitando el concepto de «sustracción ilícita», analizando las medidas legislativas de prevención de la sustracción parental de menores y el papel fundamental del Fiscal, destacando el estudio de la Orden Europea de Detención y Entrega (*Euroorden*) y el exhorto europeo de obtención de pruebas, en los casos en que el país receptor del menor pertenece a la Unión Europea.

En el ámbito civil es imprescindible referirse al Convenio de la Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y al Reglamento Bruselas II bis que facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos. En segundo lugar, resulta necesario abordar el binomio «custodia compartida y sustracción de menores», como conceptos fundamentales sobre los que pivota la sustracción internacional de menores, adoptando como criterio de interpretación el «interés superior del menor».

En el ámbito penal, se realiza un breve recorrido por la evolución histórica, legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores, analizando sus elementos constitutivos, no sólo desde una perspectiva dogmática, sino además desde una perspectiva sistémica y de justicia restaurativa.

Finalmente, como tercera perspectiva, concluye el trabajo con unas referencias de Derecho comparado, analizando el delito de sustracción de menores en el Ordenamiento jurídico italiano, y comparando tal tipificación en otros países del ámbito latinoamericano, tales como la República Argentina, cuando los progenitores sustraen a sus propios hijos, menores de 10 años y en el Derecho penal brasileño, destacando algunos fallos jurisprudenciales paradigmáticos.

Las razones anteriormente expuestas han impulsado el objeto de este trabajo dirigido al estudio de los aspectos fundamentales que la sustracción internacional de menores suscita, ofreciendo al lector una visión multidisciplinar sobre esta problemática, no sólo desde una perspectiva teórica, sino también relativa a la praxis forense, a través de las Sentencias de los tribunales nacionales y extranjeros, lo que hace que su lectura sea obligada para los estudiosos y prácticos del ámbito del Derecho.

A modo de reconocimiento y muestra de gratitud deseo elogiar el trabajo y la dedicación brindada por los autores, cuyo esfuerzo, constancia, diligencia y profesionalidad han propiciado que esta publicación fuera posible.

No quisiera concluir estas líneas sin expresar nuestro agradecimiento a Javier Bosch, por la confianza depositada en los autores, esperando que la obra cumpla las expectativas deseadas.

En Sevilla, a 22 de diciembre de 2018

*Antonia Monge Fernández*