

# TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL

SOLEDAD ARROYO ALFONSO  
Profesora de Derecho Penal  
*Universidad de Huelva*

ÍNDICE: 1. Introducción.- 2. Repercusiones penales de la supresión del servicio militar obligatorio (LO 3/2002, de 22 de mayo). 3. El nuevo delito de sustracción de menores y reformas concordantes (LO 9/2002, de 10 de diciembre).

INDEX: 1. Introduction. 2. The Effects of the removal of military obligatory service abolition from Criminal Law (Law [LO] 3/2002 of 22 May 2002). 3. The new crime of parents kidnapping and concordant reforms (Law [LO] 9/2002, of 10 December 2002).

PALABRAS CLAVE: Despenalización • Servicio militar • Sustracción de menores • Infracción régimen de custodia

KEY WORDS: Abolishment • Military service • Parents kidnapping • Infringement of the civil safekeeping regime

## 1. INTRODUCCIÓN

Ante el anuncio de una reforma en profundidad del Código Penal para el año 2003 (recientemente aprobada si bien la mayoría de sus preceptos no entrarán en vigor hasta el 1 de octubre de 2004)<sup>1</sup>, la actividad legislativa en materia penal durante los años 2001 y 2002 se ha limitado a despenalizar el delito de insumisión, en clara consonancia con la desaparición del servicio militar obligatorio; y a incriminar la sustracción parental de menores, con la pretensión de frenar una conducta que hasta ahora podía ser sancionada como delito de desobediencia.

## 2. REPERCUSIONES PENALES DE LA SUPRESIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO (LO 3/2002)<sup>2</sup>

Como recuerda su exposición de motivos, tanto el cumplimiento del servicio militar como la prestación social sustitutoria habían quedado suspendidos desde el 31 de diciembre del año 2001, en virtud de los Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo, y 342/2001,

<sup>1</sup> La actividad legislativa en materia penal ha sido frenética durante 2003. A la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre), que reforma 166 preceptos del Código Penal, deben añadirse dos anteriores que sí han entrado en vigor: la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE núm. 156, de 1 de julio), y la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre). Además, acaba de publicarse una reforma posterior: la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO del Poder Judicial y del Código Penal (BOE núm. 309, de 26 de diciembre), que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

<sup>2</sup> Publicada el 23 de mayo de 2002, BOE núm. 123.



de 4 de abril, dictados en uso de la autorización concedida al Gobierno por la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas<sup>3</sup>.

La desaparición de estos delitos es una lógica consecuencia de la profesionalización de las Fuerzas Armadas, que los dejó carentes de antijuricidad<sup>4</sup>. Su aplicación tuvo un amplio eco social y doctrinal<sup>5</sup>, que influyó decisivamente en la progresiva reducción de la gravedad de la pena contemplada para estos tipos penales.

En esta línea, la LO 7/1998 de 5 de octubre (BOE núm. 239, de 6 de octubre) suprimió las penas de prisión y multa para los supuestos de incumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y asimismo redujo las penas de inhabilitación absoluta. Con anterioridad a esta reforma, el art. 527 (incumplimiento de la prestación social sustitutoria) preveía una pena de inhabilitación de 8 a 12 años y multa de 12 a 24 meses, así como una previsión en el art. 528, de aplicación de las penas del 604 (incumplimiento del servicio militar) en su mitad superior, cuando la objeción se había alegado falsamente; mientras que el art. 604 establecía las penas de 6 meses a 2 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 14 años en tiempo de paz, y de 2 a 4 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 14 años en tiempo de guerra. El art. 528 había sido criticado duramente por la doctrina, porque penalizaba la objeción de conciencia “no ya sólo como tal falsedad, sino convirtiéndola en un delito contra el deber de prestación militar y además agravándolo”<sup>6</sup>. Tras la LO 7/1998 se equipararon las penas de los artículos 527 y 604 (inhabilitación especial por tiempo de 4 a 6 años), aunque se mantenía la obligación de prestar el servicio militar en los casos de movilización por tiempo de guerra incluso en los supuestos en que el sujeto hubiera cumplido la condena impuesta.

En cuanto a la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, se deroga su artículo 119 bis, que castigaba al militar de reemplazo que se ausentare injustificadamente de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación. Y también se da nueva redacción al delito de deserción (art. 120), de manera que sólo podrán cometerlo militares profesionales y reservistas incorporados a las unidades, centros u organismos correspondientes del Ministerio de Defensa<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> La última STS es de 21 de diciembre de 2001, absolutoria por atipicidad de la conducta.

<sup>4</sup> Hay que tener en cuenta, no obstante, que en la Exposición de Motivos se advierte de la posibilidad “de una posterior regulación de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones relativas a la participación de todos los ciudadanos en la defensa, en consonancia con el derecho y el deber establecidos en el artículo 30.1 de la Constitución”. El 22 de abril saltaba a los medios de comunicación un supuesto extracto del Anteproyecto de Nuevo Código Militar en el que se introducía la figura de “derrotismo”.

<sup>5</sup> La bibliografía sobre el tema es bastante amplia y muy crítica. Véanse, entre otros, García Rivas, N.; “Los delitos de insumisión en la legislación penal española”, en *ADPCP*, pgs. 881-932; Jiménez Díaz, M.J.; “Delitos relativos a la prestación social sustitutoria” (I), en *CPC*, núm. 54, 1994, pgs. 943-1036, y (II), núm. 55, 1995, pgs. 43-124; Landrove Díaz, G.; *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal*, Valencia, 1992 y *La represión de los insumisos*, Barcelona, 1995.

<sup>6</sup> Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Valencia, 2001, pg. 802.

<sup>7</sup> Artículo 120 CPM: “Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, desti-

La LO 3/2001 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, incluyendo una Disposición Transitoria Única en la que se establecían amplios efectos retroactivos, incluyendo la cancelación de oficio de los antecedentes penales derivados de la comisión de estos delitos en el caso de sentencias totalmente ejecutadas.

### 3. EL NUEVO DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES Y REFORMAS CONCORDANTES (LO 9/2002, DE 10 DE DICIEMBRE)<sup>8</sup>

Mediante esta reforma se introduce con la rúbrica “De la sustracción de menores” una nueva Sección en el Capítulo III del Título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”) del Libro II del Código Penal, que consta del artículo 225 bis; se añade un nuevo apartado al art. 224 (Sección 1ª, “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio”), y se modifica la falta contemplada en el art. 622. Por otro lado, en su Disposición Transitoria Única se prorroga nuevamente la entrada en vigor del art. 4 LORPM.

#### 3.1. LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.

Se ha tomado para este tipo delictivo una antigua denominación, anterior al CP de 1995, que constituía delito especial frente a las detenciones ilegales, y que originaba no pocos problemas de interpretación respecto del bien jurídico protegido<sup>9</sup> y en cuanto a su aplicación en materia de concurso<sup>10</sup> porque suponía el castigo de la sustracción de menores de siete años por sujeto activo indiferenciado.

Actualmente la sustracción de menores tiene un contenido diferente<sup>11</sup>, dado que por un lado no hay más limitación respecto del sujeto pasivo que la minoría de edad, y por otro, el posible círculo de sujetos activos ha quedado circunscrito a los progenitores y ascendientes

---

no o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años”.

<sup>8</sup> Publicada el 11 de diciembre de 2002, BOE núm. 296.

<sup>9</sup> Sobre si el bien jurídico protegido en este delito es la libertad o los intereses familiares pueden verse las posturas enfrentadas de Quintano Ripollés, A.; “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, en *ADPCP* 1961, pgs. 1-17; y Cobo del Rosal, M.; “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores” (I), en *ADPCP*, 1961, pgs. 207-232. Díez Ripollés, J.L.; “Los delitos contra la custodia de menores e incapaces: consideraciones generales y análisis del artículo 223 del Código Penal”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada 1999, pgs. 699-726, pg. 700, resalta que igualmente se defendía la seguridad del menor como bien jurídico protegido, así como tampoco faltaban posturas que diferenciaran el bien jurídico protegido “según el precepto o circunstancias concurrentes”.

<sup>10</sup> Véase Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., 1995, pg. 183.

<sup>11</sup> Resaltando esta diferencia, y promoviendo para estos delitos la expresión “secuestro parental” por considerarla más adecuada al contenido del art. 225 bis, Torres Fernández, M.E.; “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia (I)”, en *La Ley*, núm. 5857, 25 de septiembre de 2003, pgs. 1-8 y (II), en núm. 5858, 26 de septiembre de 2003, pgs. 1-7, (II) pg.1.

del menor, y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, tal como se establece en los apartados 1 y 5 del art. 225 bis.

Según la Exposición de Motivos, la presente reforma está pensada para evitar al menor los perjuicios que pudieran ocasionarle, en situaciones de crisis familiar, estas infracciones del régimen de custodia legalmente establecido.

Hasta ahora tales infracciones podían ser sancionadas en virtud de los delitos de desobediencia, cuando eran cometidas por uno de los padres del menor. A tal conclusión se llegaba también cuando aún estaba vigente el antiguo delito de sustracción de menores<sup>12</sup>, por lo que no puede afirmarse que existiera en este ámbito una laguna de punibilidad. No obstante, la aplicación del delito de desobediencia del art. 556 CP presentaba dos objeciones: por una parte, la eficacia en la persecución penal de estos hechos se veía comprometida en los supuestos de traslado del menor al extranjero por uno de sus padres, dado que la pena contemplada en el mencionado precepto es de seis meses a un año, con lo que no siempre se podía lograr la extradición<sup>13</sup>; y por otro lado, aquél delito no valora suficientemente el injusto añadido de extraer a un menor de su entorno y privarlo de la compañía y relación con uno de sus padres.

Dada su ubicación entre los delitos contra los derechos y deberes familiares<sup>14</sup>, y su relación con el delito de inducción de menores al incumplimiento del régimen de custodia por uno de los titulares de la patria potestad, el *bien jurídico* protegido en el nuevo delito del art. 225 bis podría identificarse con el incumplimiento grave del régimen de custodia acordado por una autoridad administrativa o judicial. De esa forma se estaría continuando con una interpretación cercana al delito de desobediencia del art. 556 Cp, que estaba siendo aplicado hasta el momento para esas situaciones, si bien acentuando el interés del menor en mantener las relaciones con ambos padres<sup>15</sup>. Díez Ripollés ha destacado, no obstante, la

<sup>12</sup> Así por ejemplo Quintano, ob.cit., pg. 9, cita una STS de 13 de junio de 1882, en la que se califica “de coacción el apoderamiento de un niño llevado a cabo por su padre contra la voluntad de la madre a quien correspondía la patria potestad”, afirmando que de la misma manera “pudo haberse acudido a la calificación de desobediencia, pues ambas soluciones son correctas y, desde luego, su preferencia dependerá de las características del caso concreto, pues la desobediencia sólo será posible mediando previo y personal requerimiento, y la coacción interviniendo violencia para privar al titular del ejercicio de su derecho”. Lo más generalizado era, no obstante, su consideración como un delito de desobediencia, véase, por todos, Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., 1995, pg. 185.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, Torres Fernández, ob.cit.,(I), p 2. Sobre el estado de la cuestión en Derecho internacional, véanse entre otros, Miralles Sangro, P.P.; “Acerca de la eficacia de los Convenios internacionales contra el *secuestro* internacional de menores”, en *La Ley*, núm. 5659, de 20 de noviembre de 2002, pgs. 1-8; Montón García, M.; *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003; y Torres, ob.cit., pgs 3 y s.

<sup>14</sup> Sobre las Proposiciones de Ley de los grupos popular, (122/000066) y socialista (122/000002) y subsiguiente proceso de gestación de la LO 9/2002, véase Torres Fernández, (I), ob.cit., pg. 2.

<sup>15</sup> Esta es la línea seguida por Torres, ob.cit.,(I), pg.4, que considera que el bien jurídico “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. En ese sentido, el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares cuando éstas entran en situación de crisis, se pone al servicio del interés superior de los menores de edad, lo que exige necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes, en el ejercicio de la autonomía privada característica de este ámbito. No se olvide que el efecto de esos comportamientos es alterar por la vía de hecho el régimen de custodia establecido previamente-

dificultad de considerar “los derechos o deberes familiares” como bien jurídico protegido, que más bien nos permiten situarlo en el ámbito de la realidad social en el que debe ser interpretado. Pese a que el autor mencionado se refiere a los delitos contemplados en los arts. 223, 224 y 225, para los que defiende la “seguridad del menor” como bien jurídico protegido, sería igualmente posible una interpretación similar para la nueva figura, adecuándola a la propia realidad social a la que deberá ser aplicada y a la que pretende dar respuesta<sup>16</sup>.

La configuración del secuestro de menores como un delito especial frente al delito de desobediencia que venía siendo aplicado tiene el objetivo de defender el interés del menor que ya se tuvo en cuenta en el momento de fijar el régimen de custodia. Ese interés del menor reside tanto en su seguridad como en su derecho a mantener relaciones estables con las personas de su entorno familiar y social<sup>17</sup>, de manera que el desenvolvimiento de su entorno afectivo no se vea comprometido por las discrepancias derivadas de las crisis de pareja.

Este entendimiento del bien jurídico basado en los intereses del menor obliga a considerar como *sujeto pasivo* de las figuras delictivas contempladas en el art. 223 bis al menor de edad, y no a quienes ostentan su custodia<sup>18</sup>, quedando excluido, en lógica consonancia con

---

te, imponiendo unilateralmente la voluntad al otro interesado en la compañía del hijo menor y privando a éste de su relación con él” (subrayados añadidos).

<sup>16</sup> Díez Ripollés, ob.cit., pgs. 700 y ss., el bien jurídico protegido en los delitos de los arts. 223 a 225 sería la seguridad personal del menor, “cuyas especiales características de inmadurez y desvalimiento se acentúan notablemente si se les sitúa fuera de su entorno familiar o área de guarda, desprotección que tratan de evitar, de diverso modo, los artículos 223 y 224. La misma existencia del art. 225 abona esta interpretación” (p. 703). Sobre la dificultad de considerar que son “los derechos o deberes familiares” el bien jurídico, afirma: “la alusión a derechos y deberes no es una estructura conceptual adecuada para referirse a lo que sea un bien jurídico protegido: la valoración positiva a él inherente va referida usualmente a una situación o relación de la realidad social más o menos abstractamente considerada, y no a las facultades u obligaciones personales que la hacen posible” (pg. 701).

<sup>17</sup> En esta línea, véase la Exposición de Motivos de la recién publicada Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 28º, de 22 de noviembre de 2003): “El interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebrada un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos *debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor*, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia” (subrayado añadido).

<sup>18</sup> De otra opinión Torres, ob.cit., (I), pg. 6, que también considera sujeto pasivo “al padre o a la madre desposeído de la compañía del hijo”. Dada la posición defendida en el texto, a mi juicio tan sólo el menor puede ser titular del bien jurídico. De igual manera, aunque refiriéndose a los delitos de los arts. 223, 224 y 225, Díez Ripollés, ob.cit., pg. 701: “si aceptamos hablar de los *derechos* familiares, cabe preguntarse por qué han de ser los de los padres, tutores o guardadores, y no precisamente los del menor o incapaz: Una interpretación en este último sentido concordaría con las últimas reformas civiles, que potencian una configuración más pública y menos privatista del derecho de familia, y que se centran en la supremacía del interés del menor y en el ejercicio directo de sus derechos de forma progresiva; ello es, por lo demás, coherente con la concepción personalista de nuestra Constitución, que coloca los intereses individuales por encima de los familiares”.

la legislación civil, el menor emancipado. Debe destacarse críticamente la ausencia del incapaz como posible sujeto pasivo de estos delitos.

El posible círculo de *sujetos activos* incluye no sólo al progenitor, sino también, conforme al apartado 5 del art. 223 bis, a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La expresión “progenitor” debe entenderse en su acepción más amplia, incluyendo a los padres por adopción; de la misma manera deberá ser entendida la alusión a los ascendientes del menor<sup>19</sup>. Al tratarse de un delito permanente, cabe la posibilidad de intervención posterior a la sustracción realizada por un progenitor, por parte de uno de estos parientes.

Las *conductas típicas* se articulan sobre un tipo básico alternativo, dos tipos cualificados, un tipo privilegiado y una eximente.

El tipo básico es el recogido en el apartado primero del art. 223 bis, completado con el apartado dos, que ofrece una interpretación auténtica de lo que ha de entenderse por “sustracción” a estos efectos: “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” y “la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.

La ausencia de referencias al régimen de custodia en la primera modalidad permite, en principio, considerar cumplido el tipo en los primeros momentos de crisis de la pareja, cuando aún no se ha producido la atribución -siquiera provisional- de custodia a uno de sus miembros. Para evitar que el Derecho penal se convierta en arma arrojadiza y se emplee abusivamente por una de las partes con la intención de obtener un acuerdo más favorable a sus intereses, propone Torres que se interprete restrictivamente, exigiendo que “se haya instado previamente una decisión en la vía civil en la que se decida sobre la custodia de los niños, y que sólo cuando esa resolución resulte incumplida ... entre en juego el Derecho penal<sup>20</sup>”. Esta interpretación restrictiva, y coherente con la segunda modalidad de sustracción, no tiene en cuenta, sin embargo, que pueden darse ocasiones en las que uno de los padres decide romper la relación y sin poner sobre aviso ni dar la menor oportunidad al otro miembro de la pareja, sustraer al menor del domicilio habitual, apartándolo así de su entorno social y afectivo. Dado que el bien jurídico protegido es el interés del menor, y muy especialmente su estabilidad familiar, social y afectiva, no veo necesario exigir *en todo caso* el quebrantamiento de una resolución civil previa a la sustracción. Por la misma razón tampoco creo que esto debiera ser necesario respecto de la segunda modalidad, puesto que es perfectamente posible que la relación de pareja termine amigablemente y se produzcan visitas del menor al progenitor que abandonó el domicilio familiar en la confianza de que será devuelto a su entorno habitual, todo ello antes de que se haya tomado una decisión en vía civil sobre su custodia. Esta interpretación no puede sostenerse a la vista de la redacción dada por el legislador al segundo párrafo del art. 223 bis.2, lo que a mi juicio puede

<sup>19</sup> Sobre los posibles problemas que pueden generar estas expresiones, ampliamente Torres, ob.cit., (I) pg. 6, y (II), pg.4. La autora parece interpretar que la inclusión de estos parientes como sujeto activo se debe a la posibilidad de que presten ayuda al padre o la madre, que encontrarían más dificultades para realizar en solitario la sustracción del menor.

<sup>20</sup> Ob.cit., (II), pg. 2.

ocasionar algunas dificultades cuando se produzcan las conductas más graves, recogidas en el apartado tercero: "Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución", supuestos para los que se contempla la pena en su mitad superior. Así, por ejemplo, el progenitor que retiene al menor sin quebrantar una resolución judicial o administrativa (ya que aún no ha sido dictada) en un país extranjero al que fue trasladado con el consentimiento del otro progenitor.

Pese a ello, lo cierto es que la primera modalidad parece pensada para el progenitor que no tiene la custodia, y la segunda para el que, teniendo la custodia del menor, impide que éste se relacione con su otro progenitor al verse incumplido el derecho de visita<sup>21</sup>.

La referencia a que la sustracción se haga "sin causa justificada" suscita la cuestión de si tal cláusula es una referencia a las causas de justificación en general, o si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, postura esta última que permitiría un margen más amplio de causas que pudieran considerarse justificadas<sup>22</sup>. En mi opinión la cláusula debe entenderse como una referencia a las causas de justificación; no obstante, el llamamiento al sentido común y a otorgar relevancia a hechos que manifiestan una muy escasa antijuricidad material, que contiene la segunda postura, puede muy bien lograrse mediante una interpretación restrictiva atendiendo al impacto que tales hechos hayan tenido sobre la estabilidad familiar y social del menor.

Trasladar al menor fuera de España, circunstancia contemplada en el apartado tres, supone una cualificación del tipo básico, que implica una mayor ofensa al bien jurídico, por cuanto obstaculiza aún más el reintegro del menor a su entorno familiar y social habitual<sup>23</sup>. La otra agravante específica, consistente en imponer alguna condición para restituir al menor a su entorno, se ha dicho que añade un mayor desvalor a la conducta, en la medida en que de este modo el sujeto activo pretende quebrantar la libertad del progenitor a quien corresponde la custodia<sup>24</sup>. Con ser ello cierto, más grave me parece aún la "cosificación" a que se somete al menor, al utilizarlo como moneda de cambio para lograr intereses personales tan variados como la obtención de una mejora en el acuerdo económico o bien la reanudación de la convivencia con la antigua pareja, por ejemplo.

<sup>21</sup> Véase, ampliamente Torres, ob.cit., (II) pgs. 2 y s., donde alerta del riesgo de utilización abusiva de esta modalidad, así como de su falta de operatividad pese a su inclusión entre los delitos a los que resulta aplicable el art. 795 LECrim relativo al procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

<sup>22</sup> Respecto de la misma cláusula contenida en el art. 223, considera Díez Ripollés, Ob.cit., pg. 719 y ss., que es una remisión superflua a las causas de justificación, tal como suele interpretarse respecto de los delitos de coacciones y detenciones ilegales. En cuanto al consentimiento del menor, que también podría venir en consideración: "Es fácil apreciar que el consentimiento del menor sólo tiene relevancia a la hora de formalizar el acogimiento familiar o constituir la adopción pero no respecto a su cesación o extinción. Asimismo la posibilidad de tomar la iniciativa para modificar determinadas titularidades de guarda no implica que el poder de decisión al respecto se transfiera al solicitante" (p. 721). Prats Canut, J.M.; en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dtor. Quintero Olivares), 2001, pg. 1076, considera que se trata de una causa de exclusión de la tipicidad, y que "la justificación puede encontrarse en situaciones fácticas, eso sí, necesariamente... deberán tener un referente a la evitación de perjuicios del menor". Torres, Ob. cit. (II), pg. 3, acoge expresamente la tesis de este autor, en el sentido siguiente: "sin que el padre o la madre que sustrae al menor alegue un motivo razonable".

<sup>23</sup> Véase nota 13.

<sup>24</sup> Así Torres, ob.cit. (II); pg. 4.

La severidad de la pena del tipo básico (de dos a cuatro años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años), se ve atemperada (de seis meses a dos años de prisión) cuando el sujeto activo restituyere al menor en los quince días siguientes a la sustracción. El fundamento de esta atenuación reside en que la corta duración del periodo que ha pasado el menor alejado de su entorno minimiza el daño que se haya podido causar a su estabilidad familiar y social. Por este mismo motivo, cuando la restitución del menor se ha realizado antes de veinticuatro horas, o incluso cuando se ha comunicado al otro progenitor en ese plazo el lugar en el que se encuentra el menor con el “compromiso de devolución inmediata que efectivamente se lleve a cabo”, se contempla la exención de la pena. Esta excusa absolutoria<sup>25</sup> se fundamenta en la muy escasa antijuricidad material de una sustracción tan corta, y en la necesidad de dejar una posibilidad de arrepentimiento al progenitor; esta interpretación se apoyaría en la cláusula para el cómputo de plazos establecido en el propio precepto: “desde la fecha de la denuncia de la sustracción”.

### 3.2 LA INDUCCIÓN DE MENORES AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA POR SUS PROPIOS PADRES

Este delito completa la figura anterior en el sentido de que comparten un bien jurídico común, puesto que mediante esta conducta se afecta también al interés del menor en su estabilidad familiar y afectiva, que ha debido de tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa<sup>26</sup>.

Una correcta coordinación entre ambos preceptos implica que en el caso del art. 225 bis el menor no puede prestar su consentimiento, o bien éste se considera irrelevante por el legislador, mientras que en la inducción se presupone cierta capacidad de voluntad y de decisión, que es la que se ve interferida por la actuación del inductor. Sólo así se explica que la pena de prisión sea sensiblemente inferior (de seis meses a dos años), y que no se prevea la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. De esta forma, es decir, entendiendo que este delito se refiere a los menores con cierta capacidad no sólo de discernimiento sino también de toma de decisiones y completa autonomía ambulatoria, se justificaría la ausencia de la excusa absolutoria del art. 225 bis apartado 4; dado que la conducta no consiste en sustraer al menor, sino en convencerlo (indisponiéndolo quizás contra el progenitor con quien convive) para que sea él quien abandone el entorno familiar resultante del régimen de custodia, o bien incumpla otros aspectos de este régimen (las visitas al

<sup>25</sup> Torres, ob.cit., (II), pg. 4, considera que se trata de una “causa de atipicidad de la conducta”.

<sup>26</sup> En sentido diferente Torres, ob.cit., pg. 5, considera que el bien jurídico protegido es la libertad del menor para el ejercicio de su derecho a mantener contacto con ambos progenitores.



otro progenitor, por ejemplo)<sup>27</sup>, todo lo más, cabría la atenuante prevista en el art. 225 CP (prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a ocho meses)<sup>28</sup>.

*Sujeto activo* sólo puede serlo el progenitor, ya que, a diferencia del art. 223 bis, no se contempla a los ascendientes del menor y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad como posibles sujetos activos. Éstos podrían cometer el delito del art. 224.1 CP<sup>29</sup>. En cuanto al *sujeto pasivo*, de nuevo se echa en falta al incapaz, y debe excluirse al menor emancipado.

### 3.3. LA FALTA DEL ART. 622

Ha sido modificada para su mejor coordinación con los delitos contra las relaciones familiares. Se trata de un tipo de recogida, en el que tendrán cabida todos aquellos supuestos que, por ausencia de suficiente antijuricidad material (por ejemplo, porque el incumplimiento del régimen de custodia no ha sido grave), no puedan ser sancionados por los tipos vistos con anterioridad. No creo, sin embargo, que puedan castigarse por esta vía las conductas de sustracción de menores que merezcan la exención de pena contemplada en el art. 223 bis.4, porque al haber sido configurada como una excusa absolutoria, impide el castigo del hecho al que se aplica.

### 3.4. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

Suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007. Esta disposición supone una nueva prórroga de la entrada en vigor del art. 4 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, suspendida anteriormente por un plazo de dos años en virtud de la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por último, debe señalarse que la LO 9/2002

<sup>27</sup> Torres, ob.cit., pg.5, considera que “debería haberse previsto un mismo orden de valoraciones en relación con las actuaciones postdelictivas relevantes en la disminución de la responsabilidad... lo que no sucede por la separación en dos artículos distintos y con diferente alcance de la cláusula”.

<sup>28</sup> La muy reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, modifica la pena del art. 225, que queda redactado en los siguientes términos: “Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas”(subrayado añadido)

<sup>29</sup> La recién publicada Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003) permite otorgar la custodia a los abuelos en algunos casos. Pese a ello, no parece posible castigar la conducta de inducción del art. 224.2 realizada por éstos, cuando ostentaren la custodia, debido a la dificultad de incluir a los abuelos en el concepto de “progenitor”.

contempla también reformas civiles, y en sus Disposiciones Adicionales, afecta a la LOPJ y a la LECr.

RESUMEN: La profesionalización de las Fuerzas Armadas ha obligado a despenalizar los polémicos delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, cuya gravedad había sido ya suavizada mediante la LO 7/1998. Por otra parte, la introducción de un nuevo delito de sustracción de menores, agravado en caso de traslado internacional, se completa con la inducción de menores al quebrantamiento del régimen de custodia.

ABSTRACT: The new professional Armed Forces has forced to abolish the controversial crime relative to the military service and the social service in lieu of military service, whose gravity had already been smoothed by the Law (LO) 7/1998. On the other hand, the introduction of a new crime of parents kidnapping, aggravated by international move, is completed with the abetment of minors to the breaking of the safekeeping regime.