

II

2024

N.º 143

**cuadernos
de política criminal
segunda época**



Dykinson, S.L.

PRESIDENTE DE HONOR
Manuel Cobo del Rosal
Catedrático de Derecho penal

CONSEJO EDITORIAL

DIRECTOR
Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la Universidad de Granada

SUBDIRECTOR
Ignacio Benítez Ortúzar
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I

Manuel Jaén Vallejo
Profesor Titular de Derecho Penal
Magistrado

Javier Valls Prieto
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

David-Lorenzo Morillas Fernández
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Murcia

Fátima Pérez Ferrer
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Almería

Eva Domínguez Izquierdo
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Josefa Muñoz Ruiz
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia

SECRETARIA

Elvira Acero Gómez

COMITÉ DE HONOR

Enrique Bacigalupo
Catedrático de Derecho Penal
Ex Magistrado de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo de España

Jaime Náquira Riveros
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Católica de Chile

Antonio García-Pablos Molina
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Günther Jakobs
Catedrático de Derecho penal
Profesor Emérito de la
Universidad de Bonn (Alemania)

Jorge de Figueiredo Dias
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la Universidad de
Coimbra (Portugal)

Diego Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la Universidad
de Alcalá de Henares (Madrid)

Ferrando Mantovani
Catedrático de Derecho penal
Profesor Emérito de la Università
degli Studi di Firenze (Italia)

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal
Catedrático *Ad Honorem* de la
Universidad Rovira i Virgili.

Gonzalo Rodríguez Mourullo
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la
Universidad Autónoma de Madrid.

Claus Roxin
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la
Universidad de München (Alemania)

Fabio Suárez Montes
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la
Universidad de Oviedo

Eugenio Raúl Zaffaroni
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la Universidad
de Buenos Aires (Argentina)



2024

N.º 143

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

INTEGRACIÓN DE LA <i>IMPUTABILITAS</i> Y DE LA NEUROIMPUTABILIDAD: PROPUESTA DE UN ENFOQUE ANALÍTICO CONJUNTO. <i>Por Samuel Rodríguez Ferrández ...</i>	5
LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN EN LAS CIBERESTAFAS. <i>Por Daniel González Uriel</i>	53
CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL CATÁLOGO DE DELITOS POR LOS QUE PUEDEN RESPONDER "PENALMENTE" LAS PERSONAS JURÍDICAS. <i>Por Lucas G. Menéndez Conca.....</i>	101
"INGENIERÍA JURÍDICA" AL DESCUBIERTO: ANÁLISIS DEL DELITO DE NOMBRAMIENTO ILEGAL. ARTÍCULO 405 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. <i>Por Roberto Cruz Palmera..</i>	143

SECCIÓN DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

ENFOQUES REGULATORIOS INTERNACIONALES DE LAS CRIPTOMONEDAS EN FUNCIÓN DEL GRADO DE INTERVENCIÓN PUNITIVA. <i>Por Samar Violeta Francisco Agra y Miguel Domingo Olmedo Cardenete.....</i>	175
--	-----

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

REVISITANDO LA SOCIOLOGÍA DE PRISIONES DE SYKES Y JACOBS. ¿HACIA UNA TEORÍA DE LA EXPORTACIÓN? <i>Por Salvador Berdún Carrión</i>	227
---	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo.....</i>	261
---	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA 5ª EDICIÓN DE LA OBRA "SISTEMA DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL". MORILLAS CUEVA, L. (DIR.), DYKINSON, MADRID, 2024, 1798 PÁGINAS <i>Por Cristina Domingo Jaramillo</i>	291
RECENSIÓN AL LIBRO " <i>DUNNING HARASSMENT</i> O ACOSO AL MOROSO. ¿ACTIVIDAD CON RELEVANCIA PENAL?" JACINTO PÉREZ ARIAS (DYKINSON, 2024), 166 PÁGINAS. <i>Por Angelo Giraldi</i>	345
RECENSIÓN A LA OBRA "LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO: ASPECTOS PENALES, CIVILES Y PROCESALES". JOSEFA MUÑOZ RUIZ, ARANZADI, 2024, 234 PP. <i>Por Marta Pardo Miranda</i>	351
NOTA NECROLÓGICA	
IN MEMORIAM INMACULADA RAMOS TAPIA. <i>Por Lorenzo Morillas Cueva</i>	361
NOTICARIO	365
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	369

RECENSIÓN A LA OBRA
“LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN CONTEXTOS
DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO:
ASPECTOS PENALES, CIVILES Y PROCESALES”.
JOSEFA MUÑOZ RUIZ,
ARANZADI, 2024, 234 PP.

MARTA PARDO MIRANDA
Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Almería

La monografía objeto de recensión realizada por la Profa. MUÑOZ RUIZ aborda un fenómeno complejo como es la sustracción de menores. La autora examina esta forma de criminalidad en sus distintas vertientes desarrollando con brillantez un estudio global laudable por su novedad y por el esfuerzo de especialización que supone acometer el análisis de instituciones e institutos no solo penales sino de naturaleza civil y procesal considerados herramientas de primer orden en la lucha contra la violencia en el hogar. Realizar la recensión de un libro de estas características no es tarea fácil; sin embargo, cuando la obra en cuestión recoge un estudio exhaustivo de los planteamientos más actuales sobre la materia, y aporta suficientes elementos de juicio para su comprensión, el camino se allana considerablemente.

El lector que se sumerja en esta obra puede apreciar *ab initio*, la exhaustividad y el exquisito rigor con el que la autora ha sistematizado la materia, valorando la oportunidad y el acierto en la elección del tema, especialmente necesario en los últimos años en los que han aumentado los incumplimientos deliberados de los plazos establecidos para la restitución de los hijos, los obstáculos en el régimen de visitas y, en situaciones extremas, la sustracción de menores, en el contexto de procesos de separación y divorcio lacerantes. La Profa. MUÑOZ RUIZ ofrece un detallado análisis dogmático y jurisprudencial del tipo delictivo reintroducido en el Código Penal por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, en el artículo 225

bis, en la Sección 2ª “De la sustracción de menores”, en el Capítulo III “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, del Título XII “Delitos contra las relaciones familiares”, poniendo de relieve que fue un tipo que inicialmente no se implementó como se esperaba.

Lamentablemente, la investigación realizada muestra el incremento de esta conducta delictiva en los últimos años y la importancia de su estudio viene justificada precisamente por el aumento del número de casos, la mayor sensibilización por la necesidad de proteger los derechos del niño, el impacto y alarma social que este tipo de hechos genera, las dificultades de resolución en muchos casos en la vía civil y los problemas de índole procesal.

Con estas premisas, la obra constituye un cuerpo de doctrina en el que la autora, tras realizar un minucioso recorrido sobre la figura delictiva advirtiendo de la necesidad de plantear alternativas en supuestos de violencia vicaria, se ocupa de la concreta evolución legislativa de este delito, adelantando que pese a que la existencia de una amplia respuesta legislativa en el ámbito civil hizo que se cuestionase la necesidad de un específico reproche penal, la figura estuvo presente en la mayoría de los Códigos Penales antiguos, con unos elementos típicos distintos, en tanto representaba un delito común pensado, sobre todo, para el supuesto de que un tercero extraño a la familia sustrajera al menor de siete años. Sin embargo, la figura desaparece en el Código Penal de 1995. En este punto hace hincapié en la importancia que ha tenido la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que con modificaciones en su redacción contempla la sanción de cualquiera de los dos padres, sea custodio o no.

Conforme a ello, la autora canaliza a lo largo de las 234 páginas que integran este trabajo, su preocupación por dar respuesta a si la actual configuración jurídico-penal responde a las necesidades represivas de esta forma de violencia, así como la adecuación de las medidas civiles y procesales introducidas por la LO 8/2021, de 2 de junio y la LO 8/2021, de 4 de junio, con el fin de determinar su eficacia preventiva de traslados y retenciones ilícitos de menores instrumentalizados.

Fruto del conocimiento profundo de esta fenomenología criminal, la Profa. MUÑOZ RUIZ desgrana con esmero numerosas fuentes y materiales, replanteándose con un absoluto rigor el estado de la cuestión. Precedida de un prólogo redactado por la Profa. Dr. Dª. Pérez Ferrer, quien enfatiza el rigor y la profundidad del estudio y lo acertado de sus posiciones y sus críticas. La obra está, en mi opinión, acertadamente estructurada en dos partes: una primera parte dedicada a la respuesta penal a

la sustracción de menores, desarrollando interesantes cuestiones técnico dogmáticas, como la génesis del delito, la discusión en torno al bien jurídico protegido, el análisis de los tipos –básico y agravados–, la excusa absolutoria, las relaciones concursales y la penalidad; y una segunda parte –que marca un punto diferencial con los trabajos sobre el tema realizados hasta la fecha– sobre el régimen civil y procesal a la luz de las últimas reformas legislativas, donde analiza las modificaciones sustantivas en el régimen de visitas en los procesos civiles por crisis familiar, conforme a la Ley 8/2021, de 2 de junio, la revisión de la orden de protección y la declaración de las víctimas-testigos menores de edad, para concluir con el oportuno análisis de la prueba preconstituida.

Como procede en todo trabajo doctrinal desarrollado en el marco de la disciplina Derecho Penal, la autora lleva a cabo un detallado análisis del bien jurídico protegido. Explica con claridad que su determinación dependerá del enfoque con el que se acometa. De este modo, atendiendo a su ubicación sistemática (Título XII del Libro II del Código Penal) su objeto de tutela, al menos formal y sistemáticamente, son la “relaciones familiares”, concretamente “los derechos y deberes familiares”. En oposición, desde un enfoque teleológico, las posiciones doctrinales son divergentes, desde quienes defienden la tutela del intereses del menor, pasando por aquéllos que abogan por la tutela de la pertenencia a una familia y la relación con los delitos en el ámbito familiar, hasta los que apuestan por la naturaleza pluriofensiva del delito.

La Profa. MUÑOZ RUIZ otorga un lugar prioritario al derecho del menor a relacionarse con sus progenitores en situación de crisis, conservando, así, su entorno afectivo y el derecho a desarrollarse en un ambiente familiar óptimo y estable. Del mismo modo, resalta que cuando se refiere a un menor bajo la tutela de Entidades Públicas de Protección de Menores, el bien jurídico protegido será el derecho a recibir la protección estipulada legalmente en situaciones de desamparo.

Continúa el trabajo con un magnífico estudio de las cuestiones más controvertidas del tipo básico del delito de sustracción parental, abordando, en primer lugar, el tema de los sujetos. En su opinión –que por otra parte comparto– estamos ante un delito especial propio porque sólo las personas en quienes concurren las relaciones de parentesco detalladas en el tipo pueden ser sujetos activos. La jurisprudencia no ha sido unánime y ha admitido interpretaciones diversas en lo relativo a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. En este sentido, surgen dudas en cuanto a la tipicidad de la conducta en función del sujeto activo del delito, esto es, si se trata del progenitor custodio o no, así como en

base a la existencia o no de resolución judicial, por cuanto en algunas sentencias se entiende preceptiva.

Como no podía ser de otro modo, en esta monografía la autora lleva a cabo una amplia y profunda valoración de las respuestas de nuestros Tribunales a algunos de los casos que han tenido mayor repercusión en los últimos tiempos, la SAN 10/2016, de 15 de marzo, quiebra la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento y se inclinaba por entender, con apoyo en el Convenio de la Haya, que puede ser sujeto activo del delito tanto el progenitor que no ostente la titularidad del menor como el progenitor custodio del menor. Tesis que acoge la LO 8/2021, de 4 de junio, zanjando así esta rancia polémica doctrinal, según la autora.

La Profa. MUÑOZ RUIZ afirma que el apartado quinto del artículo 225 bis introduce una cláusula de extensión que amplía, expresamente, el círculo de los sujetos activos: se incluyen todos los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siendo tajante en la inclusión del parentesco natural y el adoptivo. Como bien aclara la autora en el desarrollo de su obra, cualquier otro sujeto, familia o no, que intervenga en la comisión de este delito tendrá la consideración de *extraneus*, que considera responderá como cooperador necesario. Es destacable como concluye este análisis a través de una reflexión sobre la vinculación de esta figura delictiva con la violencia de género dada la relevancia que ha alcanzado en los últimos años la violencia vicaria. El Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia de pareja y el derecho de custodia en las mujeres y los niños, alude de forma clara a esta violencia vicaria y vincula, indirectamente, la sustracción de menores a la violencia de género al advertir que «la victimización de los niños en situaciones de violencia contra las mujeres puede continuar y agravarse en el contexto de las disputas parentales sobre la custodia y el cuidado».

Es más que meritorio el empeño de la autora por llevar a cabo un estudio exhaustivo de los pronunciamientos judiciales más recientes, siendo una obra muy rica en referencias, cuya mayor virtualidad es aportar luz a los principales problemas planteados en la *praxis*. Así, MUÑOZ RUIZ subraya que la Audiencia Nacional en Sentencia 10/2016 de 15 de marzo, cambia de orientación y afirma que cualquier progenitor puede convertirse en sujeto activo de este delito, aun sin la existencia de una previa resolución judicial o administrativa, dando un giro a la exigencia de una resolución judicial o administrativa en relación a la guarda del menor que durante mucho tiempo, tanto doctrina como jurisprudencia, han venido exigiendo para apreciar el delito.

Destacable es la atención que brinda la autora a la conducta típica prevista en el artículo 225 bis y que consiste en la «sustracción» del hijo menor sin causa justificada. El propio precepto, en su apartado 2, aporta una definición auténtica de qué debe entenderse por «sustracción», construyendo, como bien apunta MUÑOZ RUIZ, una suerte de tipo penal mixto alternativo, integrado por dos modalidades: a) el traslado (modalidad activa), –que consiste en el cambio o desplazamiento de un menor de su lugar de residencia habitual, sin consentimiento del progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia–; y b) la retención de la persona menor de edad (modalidad omisiva), que surge del deber de entregar o devolver al menor, y que tiene como presupuesto inexcusable el «incumplimiento grave de una resolución judicial o administrativa», nos encontramos de nuevo con una cláusula valorativa.

Respecto al hecho de que el legislador supedite la tipicidad a que la conducta se realice “sin causa justificada para ello”, la autora en un ejercicio de coherencia apuesta porque se introduzca un sistema de *numerus appertus* a la vista de la riqueza de la casuística que se presenta y de los complejos intereses en conflicto. Este elemento de justicia material exige una valoración cuidadosa y pormenorizada de los hechos y de los elementos integradores del delito atendiendo al caso concreto.

Tras el tipo objetivo la autora se adentra en el análisis del tipo subjetivo, apostando en oposición a un sector de la doctrina, por el dolo directo, concretado en el ánimo de separar definitivamente al hijo/a del otro progenitor, lo que denomina elemento subjetivo implícito y descartando el dolo eventual. En relación al dolo, pone de relieve el interés que despierta el error, describiendo como incurre en error de tipo la persona que crea estar autorizada para trasladar al menor, pero en realidad carece de permiso o le ha sido revocado. Sostiene pues, que lo mismo se podría argumentar respecto del error sobre contenido o alcance de la resolución judicial o administrativa, elemento típico descrito en la modalidad de retención. Son errores que han de tratarse dentro del error de tipo, siendo impune tanto el error vencible como el invencible, al no existir un tipo en el que se castigue paralelamente la comisión imprudente.

Completa el estudio del error explicando la doble dimensión de elemento típico y significación antijurídica de estos elementos normativos, de manera que podría tenerse en cuenta, en su caso, para excluir la culpabilidad por vía del error de prohibición por desconocimiento de la ilicitud (antijuridicidad) de la propia conducta, dicho error debe ser tratado, en ambos casos, como error de tipo. Recalca la Profa. MUÑOZ RUIZ que

sí que podría darse una prolija casuística de actuaciones amparadas en el paraguas del error de prohibición (progenitor procedente de otra cultura, desconocimiento del idioma...), el progenitor es consciente de la oposición del pariente custodio pero ignora que la conducta está prohibida y actúa ilícitamente. En estos casos sostiene que se tratarían como error sobre la existencia de la norma que prohíbe su conducta (error vencible).

Con un racional y pulcro orden sistemático aborda acto seguido el *iter criminis*, situando a esta modalidad delictiva en la estructura típica de los delitos de mera actividad. Ciertamente, queda consumado con la ejecución –en todos sus elementos– de cualquiera de las conductas típicas, traslado sin consentimiento o retención con grave incumplimiento de una resolución, sin que se exija resultado material alguno, salvo que se quiera considerar como resultado ideal la efectiva privación a la persona menor de edad de su relación con el progenitor o pariente perjudicado. Es más, entiende que se trata de un delito de consumación instantánea y efectos permanentes.

En coherencia con lo anterior, y una vez concluye el análisis del tipo básico, en el Apartado V de esta monografía, la Profa. MUÑOZ RUIZ sistematiza y analiza de manera perfectamente argumentada los subtipos agravados, concretados en dos: la sustracción internacional –que tiene fundamento, según la autora, en “las mayores dificultades de retorno del menor”– y la sustracción condicional –con fundamento en “un plus de antijuridicidad”–.

Asimismo, y acercándonos ya al final de la primera parte, la autora aborda con una extraordinaria fluidez y soltura, las instituciones del concurso y de la pena. Si bien, con anterioridad nos muestra los requisitos de las dos modalidades de excusas absolutorias: a) comunicación a la persona encargada del cuidado del menor el lugar de la estancia, siempre antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas desde el momento de la sustracción; b) restitución antes de las veinticuatro horas sin que se requiera comunicación. Las vincula la autora correctamente a la voluntad del sustractor.

Destaca sobremanera la atención prestada al concurso, poniendo de relieve que este delito concurre con frecuencia con distintas tipologías delictivas y presenta, en muchos casos, algunas zonas comunes con otras, por lo que habrá que dilucidar si, en el caso concreto, estamos ante un concurso de delitos, o ante un concurso aparente de normas. La autora consciente de los problemas que puede plantear y mostrando un absoluto conocimiento de la institución del concurso analiza las posibles soluciones cuando la sustracción de menores concurre con varias conductas delictivas, entre otras el delito de desobediencia (artículo 556 CP), que resuelve como concurso de leyes, que se resolvería a favor del delito de sustracción por aplicación del principio de especialidad; y el delito de detención ilegal

(artículo 163 CP), que debería resolverse conforme a las reglas del concurso real, aplicando el régimen penológico previsto en los arts. 73 ss. CP.

En este punto de la monografía, y también en relación al concurso, de manera taxativa y apoyada en un extenso repertorio jurisprudencial, la autora razona oportunamente sobre la sustracción de dos o más menores en una unidad de acción. Pone de manifiesto la visión más colectiva (aunque no absoluta) sobre el bien jurídico protegido sentada por el Tribunal Supremo. Frente a esta postura resalta aquellas opiniones doctrinales, especialmente la de Prof. Dr. Olmedo Cardenete, que en contra del Tribunal Supremo abogan por la visión individual del bien colectivo, con las que coincido plenamente.

Completa la primera parte poniendo de manifiesto las críticas que se han vertido sobre el exceso de pena privativa de libertad, así como la desproporcionalidad en la pena inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. En relación a ello, es encomiable que la autora ponga de manifiesto la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los procedimientos –penales o civiles– que se incoen por sustracción de menores de conformidad con el artículo 49 del Convenio de Estambul, que se atienda específicamente a las necesidades de los menores (art. 13) y que en su tramitación y resolución se tengan en cuenta los incidentes de violencia (art. 31) y dar la respuesta jurídica que sea la más justa y adecuada con aplicación, en su caso, de las circunstancias eximentes, completas o incompletas, que devengan aplicables, pues está íntimamente relacionado con la custodia.

De esta manera la Profa. MUÑOZ RUIZ da paso a un segundo bloque de contenido en el que aborda de forma excelente cuestiones de máxima actualidad. Esta segunda parte de la monografía, dedicada al régimen civil y procesal a la luz de las últimas reformas legislativas es, a mi juicio, una de las principales aportaciones de esta investigación. Como dice la autora la proscripción de toda forma de violencia a hijos significa concebirla no sólo como un asunto penal, sino como una realidad poliédrica necesitada de un enfoque integral. Da forma a esta segunda parte en torno al interés superior del menor y su protección en los procesos relativos al ejercicio de las responsabilidades parentales tras la ruptura de los progenitores, analizando la previsions del Reglamento UE 2019/1111, de 25 de junio de 2019, que establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece una serie de crite-

rios de ponderación y garantías que han de ser respetados: a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor; b) la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión y convicciones. En este punto, comparto con la Profa. MUÑOZ RUIZ el gran peso que tiene la voz del menor en la tutela de sus intereses, que no es otra cosa que el derecho de los niños y las niñas a ser informados, oídos y escuchados en los procesos judiciales.

Ante ese panorama el legislador aprobó la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, una norma que ofrece una respuesta pionera en la línea de las más recientes tendencias a nivel internacional de tratamiento integral y diferenciado a la víctima menor de edad. Esta norma se caracteriza por la gran heterogeneidad de medidas que contempla, pues por su carácter integral engloba áreas y facetas diversas, buscando la máxima protección de niños y niñas bajo el criterio y premisa de la consideración del interés superior del menor como elemento esencial sobre el que gira la filosofía propia del texto legal.

Advierte la autora que la protección de los menores debe convertirse para la Administraciones Públicas en objetivo de primer grado procurando evitar que exista una "victimización encubierta" y otorga especial importancia a la necesidad de afrontarlo desde la esfera de los derechos y garantías procesales. Antes de tratar las cuestiones de índole procesal, de manera precisa y apoyada en el estudio jurisprudencial, analiza las modificaciones sustantivas en el régimen de visitas en los procesos civiles por crisis familiar, conforme a la Ley 8/2021, de 2 de junio, resaltando de este que es un derecho-deber que no pretende privilegiar al progenitor favorecido sino, fundamentalmente, satisfacer las necesidades afectivas y educativas de los menores.

En su afán por dar una solución a aquellos escenarios de violencia, ya sea doméstica o de género, en que los menores también son víctimas de estas formas de criminalidad, donde el derecho de los progenitores no custodios a tener consigo a sus hijos/as menores en los casos de separación, divorcio o ruptura de la relación matrimonial ha de conciliarse con el derecho de los hijos/as y sus madres, víctimas de violencia de género, aboga por atender como criterio rector al "interés superior del menor". De acuerdo al artículo 94 CC el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva, cediendo solo en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. Coincido con la autora,

en que el peligro se multiplica en los contextos de violencia intrafamiliar o de género, de forma que debe tenerse en cuenta conforme al Convenio de Estambul (artículo 31) a la hora de adoptar las medidas legislativas o de otra índole necesarias, cuestión que ha sido atendida por los Tribunales.

Son de suma importancia en relación a lo anterior y así lo ha expresado en el trabajo la Profa. MUÑOZ RUIZ, los presupuestos para la aplicación de la prohibición introducida en el modificado artículo 94.4 CC de establecer un régimen de visitas o –en caso de existir– la suspensión, respecto al progenitor que esté incurso en proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Destacando la autora la incorrección técnica de la expresión “del otro cónyuge”, que debiera ser “del otro progenitor” y, de manera magistral desarrolla cuándo se entiende que el progenitor está incurso en un proceso penal, según doctrina y jurisprudencia. No obstante, estas reglas introducidas por LO 8/2021 cuentan con una excepción: la posibilidad de ser levantada esa regla por resolución motiva del tribunal bajo la premisa siempre del interés superior del menor y la relación paternofamiliar. En relación a esta cuestión, la autora analiza al detalle la constitucionalidad de la excepción a la suspensión de visitas a la luz de la doctrina sentada por la STC 106/2022, de 13 de septiembre. En la doctrina por su parte existen dos posturas fundamentales: quienes entienden que la reforma aporta una herramienta para evitar la violencia vicaria y quienes ven vulnerado el principio de presunción de inocencia. Sobre su constitucionalidad se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre, desestimando el recurso de inconstitucionalidad esgrimiendo una serie de motivos entre los que destaca “la falta de automatismo”, siendo la autoridad judicial la que tomará la decisión guiada por la finalidad de velar por el interés del menor valorando las circunstancias del caso.

Como remate a la coherencia sistemática propia de los magníficos trabajos de investigación de la Profa. MUÑOZ RUIZ, se adentra en el estudio de una cuestión fundamental a mi modo de ver, como es la revisión de la orden de protección conforme a la LO 8/2021, de 4 de junio, por su importancia en la práctica diaria de los Juzgados de Violencia contra la mujer. Marca los hitos y los antecedentes legislativos en una primera fase evolutiva desde la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia de género, hasta los pasos más avanzados con ocasión de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que dieron lugar a que se acometieran diversas modificaciones del artículo 544 ter LECrim, llegando a la conclusión de que en esa primera fase legislativa el

legislador pasó de una regulación muy restrictiva, en la que se preveía la posibilidad de acordar medidas civiles sólo cuando no hubieran sido previamente acordadas en la jurisdicción civil, a una regulación en la que, aun cuando hayan sido acordadas previamente en el procedimiento civil, se establece la obligación del juez de pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de dichas medidas, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella. Cuestión que se zanja con la LO 8/2021 que impone el pronunciamiento con carácter imperativo y que se completa con las medidas penales que protejan al menor frente a futuras actuaciones del agresor y una serie de medidas civiles relativas a la forma en que debe ejercerse la patria potestad y la preceptiva suspensión del régimen de visitas.

La autora concluye la monografía destacando la necesidad de medidas que puedan evitar o prevenir los daños y perjuicios sobrevenidos derivados de la participación de los menores en las actuaciones judiciales. La Profa. MUÑOZ RUIZ otorga un lugar prominente a la prueba preconstituida tras la LO 8/2021 y resalta con acierto su importancia para evitar que el lapso temporal afecte a la calidad del relato y para prevenir la victimización secundaria del menor, desarrollando, acto seguido, los requisitos procesales para su práctica y poniendo el broche de cierre de este espléndido trabajo de investigación resaltando las bondades que en su opinión tiene la "cámara GESELL" como herramienta de prevención de la revictimización de menores en el proceso penal.

No me gustaría finalizar esta recensión sin expresar mi agradecimiento a la Profa. MUÑOZ RUIZ, que a pesar de las vicisitudes que pudieran envolver esta temática en el momento actual, continúa mostrando su dedicación y firme compromiso no solo con la Ciencia, sino con la sociedad en general y con el Derecho Penal en particular. Me atrevería a afirmar, sin lugar a dudas, que el rigor científico, la impecable redacción –solo posible para alguien que domina plenamente el tema–, junto con la relevancia y el valor teórico-práctico de la investigación, permiten que este excelente trabajo tenga el potencial de convertirse en una obra de referencia en la materia. Como no puede ser de otro modo, animo a todo aquel que pretenda una visión holística del tema a la lectura de esta sugestiva monografía.

CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

Presidente

Joaquín Martín Canivell

Master por la Universidad de Harvard y Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Magistrado jubilado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España

I. MIEMBROS ASESORES ESPAÑOLES

Mercedes Alonso Álamo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Silvina Bacigalupo Saggese

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Juan C. Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Nuria Castelló Nicás.

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada.

Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Joaquín Cuello Contreras

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura

J. L. de la Cuesta Arzamendi

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

Pilar Fernández Pantoja

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

M^a José Jiménez Díaz.

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Elena Blanca Marín de Espinosa

Ceballos

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

Mercedes Llorente Sánchez-Arjona.

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

M^a Luisa Maqueda Abreu

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

Miguel Olmedo Cardenete

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Jaime Peris Riera

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

Esteban Pérez Alonso

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada

Miguel Polaino Navarrete

Catedrático de Derecho Penal. Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

Joan Josep Queralt Jiménez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Rafael Rebollo Vargas

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante

Pedro Ángel Rubio Lara

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

Ángel Sanz Moran

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Jesús María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra

José M. Zugaldía Espinar

Catedrático de Derecho Penal jubilado. Universidad de Granada

II. MIEMBROS ASESORES EXTRANJEROS

Elías Carranza

Presidente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD) Costa Rica

Luis Greco

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Berlín (Alemania)

Dora Guzmán Zanetti

Catedrática de la Universidad de San José (Costa Rica)

José Hurtado Pozo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú)

Vittorio Manes

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Bolonia (Italia)

Anabela Miranda Rodrigues

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Coímbra (Portugal)

Josefina Noya

Juez de la República (El Salvador)

Víctor Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Marcos de Lima (Perú). Ex Presidente de la Corte Suprema del Perú

Eberhard Struensee

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Münster (Alemania)

John A. E. Vervaele

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)

Suscripción anual (tres números): 155 € (iva incluido)
Número suelto: 60 € (iva incluido)

Dykinson, S.L.

C/ Melendez Valdes, 61 - 28015 Madrid
Telfs. 91 544 28 69 / 91 544 28 46 - Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com - www.dykinson.com - www.dykinson-on-line.com