

EL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES EN LA CRISIS FAMILIAR: ASPECTOS JURÍDICOS Y PSICOLÓGICOS.

Raimunda de Peñafort Lorente
Magistrada de la Audiencia Nacional
Begoña Arbulo Rufrancos¹
Psicóloga clínica y jurídica.

Resumen

Ante el fenómeno de las rupturas de pareja surge la preocupación por las consecuencias que para los hijos menores tienen las decisiones de sus progenitores. El incremento de relaciones y matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica han ampliado el abanico de patrones familiares, favoreciéndose la posibilidad de que se produzca la “sustracción del menor” por uno de los progenitores. La sociedad española venía contemplado la impunidad que, conforme a nuestras leyes, ostentaba el progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero, separándolo del otro progenitor. Resultando necesario prever una respuesta penal clara, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil, la Ley Orgánica 9/2002, del 10 de diciembre, ha tipificado esta conducta como *delito contra los derechos y deberes familiares*. Considerando las consecuencias en el niño, encontramos suficientes elementos de maltrato hacia el menor. Reseñamos algunas propuestas de actuación como medidas de prevención e intervención en estos casos.

PALABRAS CLAVE: *Crisis Familiar, Menores, Sustracción Internacional, Delito, Maltrato*

Abstract

Whenever couples break up, there is concern over the consequences of parents' decisions for their children who are minors. The increase of mixed marriages and relationships, migratory flows, breakthroughs in communication, economic development, and the liberalisation of the conventional family institution, have broadened the array of family patterns, thus fostering the possibility of “child abduction” by one of the parents. Under our

¹ *Correspondencia:* Begoña Arbulo. AB Psicólogos. C/ Melilla, 10. Bajo B. 28005 Madrid.
E-mail: begodesi_tiscali.es

* Agradecimientos: Nuestro agradecimiento por la cesión de datos a la *Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional* y a la *Asociación para la Recuperación de Niños sacados de su País*.

legal system, Spanish society has witnessed the impunity of parents who unilaterally decide to remove minor children to a foreign country, separating them from the other parent. As a clear response to this is required within the criminal code, as well as precautionary measures in the civil sphere, the basic law (or general public act of Parliament) 9/2002, of December 10, 2002, deems this behaviour a “statutory offence against family rights and obligations.” Considering the consequences for children, we find sufficient evidence of abuse of minors. We point out some proposals to take action, such as measures for prevention and intervention.

KEY WORDS: *Family Crisis, Minors, International Abduction, Offence, Abuse.*

Introducción

Con la ruptura de pareja como una experiencia relativamente frecuente en nuestra sociedad surge la preocupación por las consecuencias que puede ocasionar para los hijos e hijas las decisiones de sus progenitores. La separación entre los progenitores no debe conllevar la separación del niño de uno de ellos. El Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 definió los derechos de visita como una de las prioridades en materia de cooperación judicial. Se trata de responder a una auténtica necesidad social. Dado que las personas cambian cada vez más a menudo de Estado miembro de residencia y que las familias se separan y se recomponen, es importante que los niños cuenten con un marco jurídico seguro que les permita mantener la relación con las personas que ejercen su responsabilidad parental y que pueden residir en distintos Estados miembros.

El fenómeno de la sustracción del menor ocasiona un perjuicio para el niño, compromete su desarrollo e ignora sus necesidades. El progenitor, privado *violentamente* de su hijo, sufre la imposibilidad de serlo.

El incremento de relaciones y matrimonios mixtos ha ampliado el abanico de patrones familiares y de conflictos ante las crisis de pareja. Si una de estas relaciones se rompe, existiendo hijos menores, la posibilidad de que se produzca la “sustracción del menor” por uno de los progenitores se encuentra potenciada respecto de lo que sucede en rupturas que se desarrollan en el ámbito de un solo ordenamiento jurídico. El supuesto más frecuente es que la sustracción se produzca por uno de los progenitores, aunque puede extenderse a otros parientes o a los padres conjuntamente.

España es lugar de refugio de menores secuestrados a la vez que país en el que los secuestros se producen con frecuencia, destacando elementos que favorecen esta práctica:

- Los movimientos migratorios.
- Los avances técnicos en el mundo de las comunicaciones.
- El elevado número de turistas que recibe.
- El aumento de matrimonios o parejas de hecho de nacionales con extranjeros.
- El reciente desarrollo económico y liberalización de la institución familiar clásica.

Como señala Lázaro (2002), se plantean dos situaciones respecto de la sustracción del menor por sus progenitores:

- a) Que, anteriormente a la eclosión de la crisis de pareja, uno de los padres sin contar con el otro sustraiga a su hijo menor separándolo de su entorno y residencia habitual.
- b) Que ya formalizada la crisis, el progenitor al que se le ha negado la custodia sustraiga al menor, impidiendo que el hijo permanezca con el progenitor al que se le encomendó la custodia.

En uno u otro supuesto, la sustracción puede realizarse dentro del territorio nacional o suponer el traslado ilícito del menor fuera del país. La dificultad conceptual y terminológica del fenómeno (“traslado ilícito”, “detención ilegal”, “secuestro parental”, “sustracción internacional”) indica la complejidad del problema y la necesidad de abordar jurídica (privado, público, civil, penal, social, nacional, internacional convencional, extraconvencional) y psicosocialmente (factores de riesgo, efectos en las víctimas, prevención, implicaciones sociales, perfil sustractor,) un problema creciente en nuestra sociedad, con repercusiones lesivas hacia las personas y especialmente hacia los *menores*.

El fenómeno de la sustracción internacional como realidad creciente

El traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos:

- a) 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.
- b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

España es parte de tres Convenios internacionales relativos a los mecanismos jurídicos que pueden utilizarse cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, o bien cuando se impide a uno de los progenitores ejercer un derecho de visita respecto de su hijo, cuando éste reside en otro país. En ocasiones, las respuestas jurídicas que nos ofrecen los convenios internacionales sugieren un intento de aproximación al problema de la sustracción de menores, alejado de los mecanismos tradicionales del Derecho Internacional Privado.

En España será el Ministerio de Justicia competente en todos aquellos casos en los que el país dónde se encuentre el menor, sea parte de alguno de estos Convenios:

1. **XXVIII Convenio de la Haya**, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. El convenio está en vigor en todos los Estados miembro.
2. **Convenio del Consejo de Europa**, conocido como Convenio de Luxemburgo, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980.
3. **Convenio con Marruecos** sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de fecha 30 de mayo de 1.997. Es el único Convenio Bilateral que existe en la actualidad sobre esta materia.

La Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia es la Autoridad Central encargada de la aplicación de los tres Convenios señalados. Su misión es la de tramitar tanto las solicitudes que se dirijan al exterior, *como autoridad requirente*, como aquellas que desde el exterior se presenten cuando un menor es trasladado o retenido ilícitamente en España, *como autoridad requerida*.

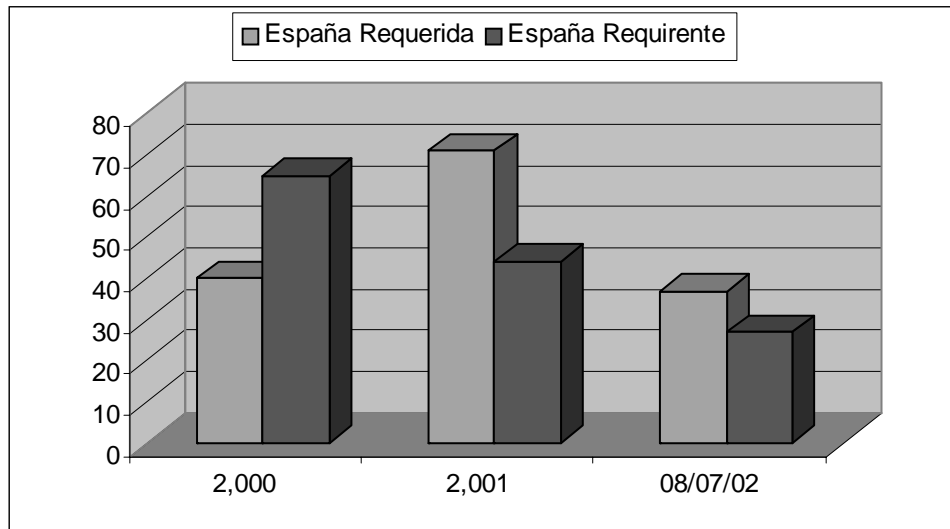


Gráfico 1. Solicitudes tramitadas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional en la aplicación del Convenio de la Haya.

La mayor parte de las solicitudes que se reciben se tramitan en base al **Convenio de La Haya**, del que España es parte desde 1987. Su objetivo es evitar que mediante el traslado de un menor a otro país, se altere el foro competente para decidir sobre la custodia de dicho menor. En el ámbito internacional, el Convenio de La Haya de 1980 tiene por objeto restablecer el statu quo mediante la restitución inmediata de los niños que sean objeto de un traslado o una retención ilícitos. En realidad, exhorta a las Partes Contratantes a limitar aún más las excepciones a la restitución establecidas en la misma o a aplicar otros instrumentos para facilitar la restitución (artículos 34 y 36 del Convenio de La Haya de 1980).

La siguiente solución sería posible en la Comunidad Europea: en virtud de una resolución dictada en el Estado miembro X, la madre residente en dicho Estado miembro tiene el derecho de custodia y el padre que reside en Y tiene un derecho de visita. Con ocasión de una visita del niño al Estado miembro Y, el niño se halla en peligro. El padre solicita entonces en el Estado miembro Y medidas provisionales destinadas a proteger al niño y, en el plazo de un mes, se dirige a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro X con el fin de obtener la modificación de la resolución de custodia. En todos los casos, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro X dónde reside el niño los que tienen la última palabra. Eso significa que si llegan a la conclusión de que las alegaciones de riesgo son infundadas, las medidas provisionales adoptadas en Y dejarán de aplicarse y el niño deberá ser restituido. En este caso, las autoridades centrales de los dos Estados miembros cooperarán para adoptar cualquier medida de protección necesaria para acompañar la restitución del menor.

Esta solución está basada en un nivel de confianza inherente a un espacio judicial común, en el que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro pueden garantizar la misma protección del niño.

Según la respuesta del Gobierno español al Cuestionario *DYER* (Cuestionario elaborado por Adair Dyer con la finalidad de facilitar los trabajos de la XIV Conferencia de la Haya), el Ministerio de Asuntos Exteriores tuvo conocimiento de ocho casos de secuestro en los cinco años comprendidos entre 1973 y 1977 (Miralles Sangro, 1989). El resultado de la aplicación del Convenio de Luxemburgo por parte de la Autoridad Central española, desde el 1 de septiembre de 1984 al mes de abril de 1987, registraba treinta menores secuestrados de los veintitrés casos informados por la administración. Desde el 1 de enero de 2000 al 8 de julio de 2002, la Autoridad Central Española ha tramitado doscientas ochenta y cuatro solicitudes en relación al Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Tabla 1. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la haya el 25/10/80.

PAÍS	ESPAÑA COMO AUTORIDAD REQUERIDA				ESPAÑA COMO AUTORIDAD REQUIRENTE				TOTAL GENERAL
	2.000	2.001	08/07/2002	TOTAL	2.000	2.001	08/07/2002	TOTAL	
ALEMANIA	5	9	2	16	8	5	1	14	30
ARGENTINA	1	2	5	8	2	2	1	5	13
AUSTRALIA	-	-	2	2	-	1	1	2	4
AUSTRIA	-	2	-	2	-	-	1	1	3
BELGICA	-	3	1	4	1	-	4	5	9
BULGARIA	-	-	-	0	-	1	-	1	1
CANADA	1	1	-	2	1	-	-	1	3
COLOMBIA	1	3	4	8	1	2	-	3	11
CHILE	1	1	-	2	-	1	2	3	5
DINAMARCA	-	-	-	0	-	-	1	1	1
ECUADOR	-	3	-	3	4	1	-	5	8
EE.UU.	6	5	-	11	4	7	2	13	24
FRANCIA	3	7	5	15	5	7	3	15	30
GRECIA	1	1	-	2	-	-	-	0	2
HUGRÍA	-	1	-	1	1	-	-	1	2
IRLANDA	-	1	1	2	-	-	-	0	2
ISRAEL	1	1	-	2	-	-	1	1	3
ITALIA	2	2	1	5	5	-	-	5	10
MÉJICO	3	3	2	8	1	-	1	2	10
MÓNACO	1	-	-	1	-	-	-	0	1
NORUEGA	1	2	-	3	1	-	-	1	4
PAISES BAJOS	-	-	-	0	1	3	2	6	6
PANAMA	-	1	-	1	-	-	-	0	1
PARAGUAY	-	-	-	0	-	1	-	1	1
PORTUGAL	1	1	1	3	-	-	-	0	3
BIELORRUSIA	1	-	-	1	-	-	-	0	1
REINO UNIDO	9	18	9	36	18	3	4	25	61
REP. CHECA	-	-	-	0	1	-	-	1	1
RUMANIA	1	-	-	1	-	2	-	2	3
SUECIA	-	1	1	2	3	2	1	6	8
SUIZA	-	-	1	1	4	3	1	8	9
TURQUÍA	-	-	-	0	-	2	-	2	2
URUGUAY	-	-	1	1	-	-	-	0	1
VENEZUELA	1	3	1	5	4	1	1	6	11
TOTAL	40	71	37	148	65	44	27	136	284

Fuente: Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

La Asociación para la Recuperación de Niños sacados de su País, con sede en Zaragoza y usuarios en todas las Comunidades Autónomas informa que en los cuatro años de funcionamiento de la organización han recuperado a 21 niños, siendo 157 los menores implicados en posibles sustracciones (59, sometidos a amenazas de secuestro y 77, en situación de traslado ilícito a otros países). Los datos globales señalan 27 niños localizados. Marruecos, Siria, Egipto son países donde predomina la amenaza y en otros como España, E.E.U.U., Holanda, República Dominicana hay mayor número de secuestros y menor número de amenazas, según la experiencia de la citada Asociación.

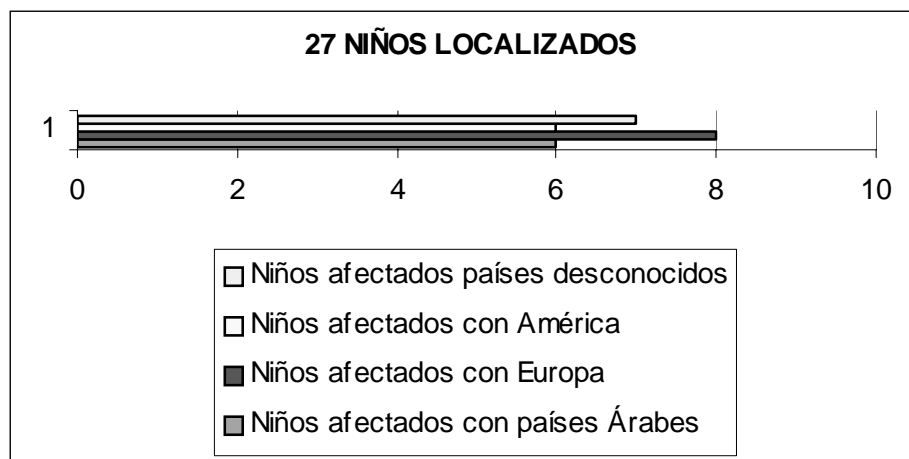


Gráfico 2. Fuente: Asociación para la Recuperación de Niños sacados de su País.

La simple lectura y la dispersión de estas cifras ilustran la magnitud que la problemática de la sustracción internacional de menores ha tomado en las últimas décadas, así como la necesidad de obtener resultados estadísticos fiables con el propósito de operativizar el problema y poder intervenir en el mismo con mayores garantías.

Por otra parte, el espectacular aumento de casos de sustracción internacional de hijos en los procesos de ruptura marital nos recuerda, a todos, la *necesidad de respetar el lugar del menor en las crisis familiares*.

Transcendencia jurídico penal de la conducta sustractora.

Durante los últimos años la sociedad española ha venido contemplando, con cierto estupor cuando no indignación, la impunidad que conforme a nuestras leyes ostentaba el progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero separándolo del otro progenitor. Y esa misma realidad se soportaba con angustia por centenares de personas, en su gran mayoría madres, que sufrían la injusta separación de sus hijos menores sin encontrar respuesta ni amparo legal.

Sólo en el supuesto de que existiera una resolución judicial otorgando la custodia del menor al progenitor víctima de aquella conducta se castigaba ésta como una mera falta prevista en el artículo 622 del Código Penal. Es decir, se consideraba una infracción penal leve, castigada con pena de multa, quedando desprovista de la posibilidad de adoptar medidas cautelares o cualquier diligencia encaminada a poner fin a esa situación.

Los abogados y demás profesionales del derecho han tenido que enfrentarse a múltiples dificultades jurídicas para recuperar a hijos menores ilícitamente trasladados fuera de España. Téngase en cuenta que la institución de la extradición opera sólo para la persecución penal de los delitos, y no de las faltas, por lo que esa vía de auxilio judicial internacional estaba vedada para reclamar la entrega a España del progenitor. Tampoco era posible adoptar medidas cautelares como la detención o la prisión provisional contra el progenitor puesto que estas medidas sólo proceden ante posibles delitos y no caben por faltas.

La modesta opinión de la magistrada que suscribe (De Peñafort, 2002), siempre fue que la ausencia de un tipo penal específico (un delito con nombre propio) no podía equivaler a la impunidad de esas conductas, y mucho menos cuando las mismas podían ser constitutivas de un delito genérico de coacciones previsto y castigado en el artículo 172 del Código Penal (“*El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”). Y como en la conducta del traslado ilícito de menores los sujetos pasivos del tipo penal, es decir las personas a las que se le impedía ejercitar sus derechos eran dos: el hijo menor y el progenitor privado de la presencia de aquél, serían dos delitos de coacciones los cometidos al realizar esa conducta. Esta opinión no era meramente subjetiva sino que se basaba en idénticos criterios mantenidos por ilustres penalistas como Muñoz Conde o Cobo del Rosal. También algunos jueces de instrucción apreciaron en estos supuestos indicios delictivos, sin embargo no me consta que luego se dictara alguna sentencia condenando por delito de coacciones en estos supuestos.

El fin de las discrepancias jurídicas que la cuestión pudiera suscitar, y sobre todo el fin de la posible impunidad de esas conductas llegó el día 11 de Diciembre del pasado año 2002 al publicarse en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre. En la Exposición de Motivos de esta ley el legislador afirma que “*resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores*”. Para ello la nueva ley reforma el vigente Código Penal creando dos nuevos delitos incardinados en el Capítulo III del Título XII (Delitos contra las relaciones familiares) bajo la rúbrica “*De los delitos contra los derechos y deberes familiares*”, da una nueva redacción al artículo 622 de dicho Código y crea nuevas medidas cautelares incardinándolas en los artículos 103 y 158 del Código Civil.

Delito de sustracción de hijos menores.

Este nuevo tipo penal se establece en el artículo 225 bis cuya redacción es del tenor literal siguiente:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez.
2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:
 - 1º-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.
 - 2º-La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.
3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.
4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de instancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de penas
Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.
Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.
5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

Es loable que el legislador se haya apartado de la denominación de “*secuestro parental*” empleada en los ordenamientos jurídicos de otros países para incriminar esta conducta. En nuestro Código Penal el término secuestro viene referido a los delitos contra la libertad, siendo la libertad un bien jurídico diferente al de las relaciones familiares que es el bien jurídico protegido por el nuevo delito denominado “*sustracción de hijos menores*”.

La conducta que se castiga es sustraer al hijo menor, y en la redacción del tipo penal se especifica qué debe entenderse a los efectos penales por sustracción, contemplando tanto el traslado del menor sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente como la retención del menor “incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”. Al no determinarse expresamente en qué consiste ese deber, habrá de entenderse que se refiere al deber de restituir o devolver al menor.

En cuanto a los posibles sujetos activos (personas que pueden cometer este delito) se configura como uno de los llamados *delitos de propia mano* en cuanto que sólo pueden cometerlo determinadas personas: el o la progenitor, los ascendientes del menor, o los parientes del progenitor o la progenitor hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad.

Se establece un tipo penal agravado para el supuesto de que el hijo menor sea trasladado fuera de España y un tipo penal privilegiado (pena rebajada) para el supuesto de que el menor sea restituido antes de los quince días.

Asimismo se crean dos excusas absolutorias (es decir no se castiga el hecho):

1ª Cuando el progenitor sustractor comunique al otro progenitor el lugar de estancia del menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción y la restitución se produzca inmediatamente.

2ª Cuando la ausencia del menor sustraído no haya sido superior a veinticuatro horas.

Hay que tener en cuenta que conforme dispone el último párrafo del apartado cuarto de este artículo, los plazos referidos en el mismo en relación al tipo privilegiado y las excusas absolutorias se han de computar no desde la fecha de la sustracción sino desde la fecha en que la sustracción se denuncie.

Delito de inducción del menor a infringir el régimen de custodia.

Además de la creación del delito específico de sustracción de hijos menores, esta reforma aporta una mayor protección a las relaciones familiares al adicionarse al artículo 224 del Código Penal un nuevo párrafo castigando al “*progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa*”.

En cuanto a este nuevo tipo penal se reduce el círculo de sujetos activos por cuanto se refiere sólo al progenitor inductor y no a los ascendientes del menor o parientes del progenitor.

El carácter fragmentario del Derecho Penal regido por el principio de mínima intervención puede justificar que la protección penal que este nuevo delito otorga al régimen de custodia no haya sido extendida a la inducción para infringir el régimen de visitas, pues si bien es cierto que en la mayoría de los casos son los propios progenitores quienes incumplen este régimen, en otros casos son los hijos menores los que se niegan a visitar o estar con un progenitor inducidos a ello por el progenitor con el que conviven. Y siendo los derechos y deberes familiares el bien jurídico protegido en estas figuras delictivas no conviene olvidar que los menores son más fácilmente manipulables por los progenitores que más frecuentan, manipulación que, como todas las que se realizan sobre el menor, es a éste a quien más perjudica.

Falta de incumplimiento del régimen de custodia

La sanción penal prevista para los progenitores que incumplan el régimen de custodia de los hijos menores se mantiene igual que la señalada en el artículo 622 del Código

Penal, si bien a este se le da una nueva redacción del tenor siguiente: *“Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”*

Este supuesto es diferente al delito antes mencionado por cuanto en la falta se castiga el incumplimiento del régimen de custodia por parte de alguno de los progenitores, y la figura delictiva del apartado segundo que se adiciona al artículo 224 se refiere a la acción de inducir al hijo menor para que sea éste el que incumpla.

Medidas cautelares

Otra innovación importante de esta reforma legal se refiere a las medidas cautelares que pueden ser adoptadas cuando exista riesgo de traslado ilícito o sustracción de menores, y en este caso el legislador se refiere a menores y no sólo a hijos menores extendiendo la cobertura del riesgo con independencia de quién sea la persona que pueda realizar la sustracción de los menores.

Se adiciona un párrafo nuevo en la medida 1ª del artículo 103 del Código Civil con la siguiente redacción:

“Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo sí ya se hubiere expedido.*
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”*

La enumeración de estas tres medidas no se articula con carácter de *numerus clausus*, por cuanto el precepto cita éstas además de todas aquéllas que puedan considerarse necesarias para el caso en concreto que se trate.

Para terminar este breve análisis de las innovaciones legales encaminadas a dar mayor protección a los bienes jurídicos inmanentes en las relaciones familiares, conviene recordar que el Derecho no es la única respuesta a los conflictos derivados de las relaciones humanas, sino la última. De ahí que en el ámbito de las relaciones humanas, y mucho más si de relaciones familiares se tratara, deban agotarse las vías del diálogo y la prevención antes de acudir a vías litigiosas y represivas.

Sustracción y maltrato al menor

La propia biología coloca a los niños en una relación de dependencia tal, en relación a los adultos, que son éstos quienes han decidido históricamente y unilateralmente qué hacer y qué no hacer con ellos. Así tenemos que los niños han sido objeto de muerte violenta, de mutilaciones, de abandono, de explotación laboral, de abusos sexuales, de golpes y de maltrato sin que por ello se hayan tambaleado los soportes del orden social vigente en el que ocurrían estos fenómenos. La Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, la Convención de los Derechos del Niño adoptada también por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por el Parlamento español en 1990, viene a paliar el gran vacío legal en la historia de la infancia: el reconocimiento de los niños y niñas como *sujetos de derechos*. A partir de ahí, el desarrollo y socialización de la infancia y su protección frente al maltrato tendrá un amparo jurídico que comprometerá a los Estados.

La familia es un escenario de socialización primaria especialmente crítico por su relevancia, significación y provisión de apoyo para el menor. Es en su seno, en donde cobran especial significación los principales factores de riesgo y de protección para el niño. Es, por otra parte, un contexto que, por su naturaleza privada, resulta complicado abordar.

De acuerdo con la perspectiva de los sistemas familiares, el análisis de la relación de pareja resulta fundamental para entender el desarrollo de los hijos. El niño se encuentra inmerso en un sistema familiar, pudiendo el comportamiento parental (por acción u omisión) llegar a poner en peligro la salud física y psíquica del niño, constituyendo incluso una situación de maltrato.

Cabe preguntarse, dónde se coloca el límite entre lo que es maltrato a la infancia y lo que no lo es. Definir el maltrato infantil afecta de manera directa o indirecta a un importante número de decisiones que tienen que ver con la vida, la salud y el bienestar físico y psíquico de numerosas familias, padres, madres, niños/as. En función de la claridad y operacionalización de tales definiciones, tipologías y descripciones se podrán tomar decisiones con mayores garantías para todos los implicados en las cuestiones relativas a la protección infantil.

En general, se admite que los criterios para definir una situación de maltrato han de fundamentarse en las *consecuencias en el niño*, es decir, en los daños producidos, en las necesidades no atendidas, y no tanto en la presencia o ausencia de determinadas conductas parentales (Dubowitz, Black, Starr y Zuravin, 1993). La *victimización aguda* (Finkelhor, 1995 y 1999) que padecen los niños causada por el *secuestro* familiar comienza a ser objeto de interés profesional por su incidencia y gravedad.

Entre los tipos de malos tratos establecidos por la guía de actualización del psicólogo en el abuso sexual y otros malos tratos en la infancia del Colegio de psicólogos de Barcelona (Puig i Rovira, Balés i Gómez, 2000), *el maltrato psíquico o emocional* se considera una situación crónica en la que los adultos responsables del niño le provocan sentimientos

negativos respecto a la propia autoestima con actuaciones o privaciones, y se limitan, además, las iniciativas del niño. Asimismo, Arruabarrena y De Paúl (1999) consideran esta forma sutil de maltrato, *maltrato emocional infantil*, como la “hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar”.

Siguiendo la propuesta de Garbarino y Kostelny, K. (1992) y De Paúl y Arruabarrena (1995) al describir las conductas que comprendería el maltrato emocional, entendemos que dichos comportamientos pueden presentarse cuando se produce la sustracción del menor:

1. **Rechazo.** Implica actos verbales o no verbales de los padres que rechazan o degradan al niño. Incluye:

- Despreciar, degradar y otras formas no físicas de trato hostil o rechazante. *Instrumentalización del menor. El rechazo que experimenta un niño/a que es sustraído por su progenitor, produce trastornos que son determinantes en su bienestar y conducta.*
- Avergonzar y/o ridiculizar al niño por mostrar emociones normales, tales como afecto, dolor o tristeza. *Se niegan y “secuestran” las emociones del niño.*

2. **Aterrorizar.** Se refiere a situaciones en las que se amenaza al niño, con un castigo extremo o uno vago pero siniestro, como abandonarle o matarle, con el propósito de crear en él un miedo intenso. O colocar al niño o a personas/objetos a los que el niño quiere, en situaciones evidentemente peligrosas. Incluye:

- Colocar al niño en circunstancias impredecibles o caóticas. *El niño es desprotegido de todos sus objetos y referentes.*
Colocar al niño en situaciones claramente peligrosas. *Continuos cambios de entorno para evitar ser localizados.*
- Establecer hacia él unas expectativas rígidas o no realistas, con la amenaza de pérdida, daño o peligro si esas expectativas no se alcanzan. *La privación de toda interacción con el otro progenitor y con su medio ambiente incrementa en el niño los sentimientos de miedo, desconfianza y angustia, configurándose la dependencia afectiva del menor con el progenitor que lo ha sustraído.* Aproximación aún más evidente al llamado *Síndrome de Estocolmo* que la apreciada en casos de obstaculización grave del derecho de visitas (Ramírez, De Luis e Ibáñez, 1994).
- Amenazar o cometer violencia contra el niño. *Al niño sustraído se le arrebatada de su entorno habitual, trasladándolo clandestinamente a otro lugar, generalmente fuera del país de origen.*

- Amenazar o cometer violencia contra personas/objetos queridos por el niño. *Se imponen condiciones para la devolución del menor, a veces meramente económicas, a modo de verdadero “rescate”.*

3. **Aislamiento.** Se refiere a negar permanentemente al niño las oportunidades para satisfacer sus necesidades de interactuar y comunicarse con otros niños o adultos, dentro o fuera del hogar. Incluye:

- Confinar al niño o poner limitaciones no razonables sobre su libertad de movimiento en su entorno. *En la mayoría de los casos de sustracción internacional se convierte al menor en fugitivo.*
- Poner limitaciones o restricciones no razonables al niño respecto a las interacciones sociales con otros niños o con adultos en la comunidad. *En la sustracción de hijos menores se niegan las relaciones familiares; si el niño ha convivido siempre con un padre y una madre, no se le puede privar de esta relación (Puig i Rovira, Balés i Gómez, 2000) aduciendo problemas de pareja no resueltos.*

4. **Violencia doméstica extrema y/o crónica.** Se producen de manera permanente situaciones de violencia física y/o verbal intensa entre los padres en presencia del niño. En general, los niños que vivencian la violencia interparental presentan más problemas externos de conducta, ansiedad, depresión, síntomas traumáticos y una menor competencia social. *La sustracción de los menores se convierte en una de las modalidades más graves de la violencia familiar, en esta línea Alonso (1999 y 2002) sugiere que el tratamiento de estos casos sea el mismo que el de otros fenómenos de violencia doméstica.*

Propuestas de actuación

Nos permitimos reseñar algunas propuestas de actuación encaminadas a prevenir e intervenir en los casos de sustracción de menores:

- Contemplar *medidas de tipo educativo* que promuevan la educación en la tolerancia, en la igualdad de derechos de ambos sexos y en la resolución pacífica de los conflictos.
- Desarrollar *programas de educación para la separación/divorcio.*
- Fomentar la *mediación frente al litigio* en las rupturas de pareja.
- Procurar en materia de Familia una *legislación que explicita los contenidos de la Patria Potestad*, favoreciendo la idea de *co-educación parental.*
- Desarrollar *servicios comunitarios auxiliares a la Justicia* que faciliten el cumplimiento de las resoluciones.

- *Concienciación pública de la gravedad y magnitud del delito de sustracción de menores.*
- *Detectar las amenazas* así como otros factores o indicadores de riesgo de sustracción.
- *Atención respuesta institucional*, consignando ayudas y coordinación estatal para que pueda producirse la reagrupación familiar del niño.
- Creación de una *oficina de menores desaparecidos* para la coordinación entre todos los países del espacio Schengen. *Utilización común de datos* y localización de niños en puestos fronterizos exteriores (Interpol y Europol).
- Diseñar un *protocolo de intervención integral* de los poderes públicos en los casos de sustracción.
- Proveer de *medidas legales que penalicen* adecuadamente estas graves conductas.
- Adoptar *medidas para la rehabilitación* del progenitor sustractor, *evitando la reincidencia.*
- *Armonización de los criterios de cooperación internacional* sobre sustracción de menores en un contexto de seguridad jurídica que limite los conflictos y ofrezca al niño la estabilidad necesaria.
- Promover la *colaboración y coordinación de las instituciones y organizaciones* implicadas en la búsqueda, detección y recuperación de niños.
- *Facilitar programas de formación*, directrices o recomendaciones a la policía y otros *profesionales* implicados (jueces, fiscales, equipos técnicos,...).
- *Dotación de Recursos materiales, económicos y humanos* a la Autoridad Central y otros organismos competentes en materia de sustracción de menores.

Referencias

- Alonso Carvajal, A. (1999). *Violencia Familiar: Una reflexión profesional*. En Asociación Española de Abogados de Familia. *Familia y Violencia: Enfoque Jurídico*. pp. 17-39. Madrid, Dykinson.
- Alonso Carvajal, A. (2002). *El traslado ilícito de hijos menores (I)*. En Asociación Española de Abogados de Familia. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. pp.115-132 . Madrid, Dykinson.
- Arruabarrena, M.I., Paúl, J. De (1999). *Maltrato a los niños en la familia*. Madrid, Pirámide.
- Código de la Familia, (2001). Colex.
- De Paúl, J., y Arruabarrena, M.I. (1995). *Manual de protección infantil*. Barcelona, Masson.
- De Peñafort, R. (2002). *El traslado ilícito de hijos menores.(II)* En Asociación Española de Abogados de Familia. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. pp.133-144 . Madrid, Dykinson.
- Dubowitz, H., Black, M., Starr, R.H. y Zuravin, S. (1993). *A conceptual definition of child neglect*. *Criminal Justice and Behavior*, 20, pp. 8-27.

- Finkelhor, D. (1995) *The victimization of children in a developmental perspective*, *American Journal of Orthopsychiatry*, 65, pp. 177-193.
- Finkelhor, D. (1999) Victimología infantil. En Sanmartín, J. (editor). *Violencia contra niños*, pp. 150-171. Barcelona, Ariel.
- Garbarino, J. y Kostelny, K. (1992) *Child maltreatment as a community problem*. *Child Abuse & Neglect*, 16, pp. 445-464.
- Lázaro González, I. (2002). *Los menores en el Derecho español*. Madrid, Tecnos.
- LEY 1/2000, de 7 de enero, de ENJUICIAMIENTO CIVIL.
- LEY 30/81 de Modificación del C.C., de 7 de julio; Divorcio.
- LEY Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LEY Orgánica 9/02, de 10 de diciembre, de modificación del C.P. y del C.C., sobre sustracción de menores (B.O.E. 296/02, de 11 de diciembre).
- LEY Orgánica 1/96, de 15 de enero, de "Protección Jurídica del Menor".
- Miralles Sangro, P. (1989) *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Madrid, M° de Asuntos Sociales.
- Puig i Rovira, C; Balés i Gómez, C. (2000). *¿Qué le pasa a mi hijo? Trastornos psicológicos del niño*. Barcelona, Océano.
- Ramírez, M.; De Luis, P. e Ibáñez, V. (1994). *Percepciones parentales en niños de familias separadas: ¿Una nueva versión del Síndrome de Estocolmo?*. *Anuario de Psicología Jurídica*, 4, pp.25-40.