

El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos

POR ADOLFO ALONSO CARVAJAL
Abogado

NURIA CHAMORRO ALONSO
Abogada ¹

¹

<http://www.derecho-familia.com>
<mailto:adolfoalonso@derecho-familia.com>
<mailto:nuriachamorro@derecho-familia.com>
<mailto:consulta@derecho-familia.com>

Para cualquier cuestión sobre este artículo o sobre este problema pueden dirigirse al Foro abierto en la página web o a la dirección de “consulta” o a cualquiera de los E-Mail personales que se mencionan.



2

La "Asociación para la recuperación de niños sacados de su país" ha liderado desde su fundación el cambio de la legislación española y la sensibilización social. Es de justicia mencionar a las mujeres aragonesas, zaragozanas, que han trabajado por la solidaridad de las víctimas. Belén Tapia, Ana María Delpón, Carmen Mosquera o Carmen Salvador entre otras. así mismo el trabajo de Paquita de Ibiza, María Jesús y Amparo de Madrid, María José de Extremadura, Obdulia de Bilbao, Abel de Huesca, Pedro de Asturias, y tantas y tantos otros sin los cuales no se habría llegado a comunicar a la sociedad y a la legislación el problema. La ayuda de políticos aragoneses como, Roberto Ortiz de Landáuzuri o, Inés Polo, o Luisa Fernanda Rudi o la receptividad del Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, Carlos Carnicer, también están ahí como testimonio, al igual que Marta Garú y el periódico el "Heraldo de Aragón". En fin muchos hombres y mujeres desde diferentes ámbitos y parlamentos autonómicos como el de Madrid, donde pudimos intervenir en el pleno de la comisión de Derechos Humanos en fecha 4 de noviembre de 1998 y las Cortes de Aragón donde asimismo en representación de la Asociación pudimos exponer ante el pleno de la comisión de asuntos sociales esta situación. También debe mencionarse al embajador de España, arabista y Doctor en Derecho Islámico, D. Jesús Riosalido, y presidente de la comisión permanente del Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos por su comprensión y apoyo.

3

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

4

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. BOE núm 210, de 1 de septiembre de 1984.

5

Artículo 3.º apartados a) y b) del mencionado convenio internacional de la Haya.

6

En EE.UU. el tema se encuentra disperso entre las "Leyes Estatales", ya sean leyes penales sobre interferencia de custodia o leyes sobre desaparición de menores, y "Leyes Federales" en donde se encuentra la Ley sobre menores desaparecidos (28 USC 534) y la Ley de ayuda a menores desaparecidos (42 USC 5.771 et seq.).

7

Proposición de Ley de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores (orgánica) presentada por el grupo Parlamentario socialista del Congreso en fecha 24/4/2000. Toma en consideración del pleno del Congreso de los Diputados de fecha 13 de junio de 2000.

8

Proposición de Ley orgánica de modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar, presentada por el Grupo parlamentario Popular del Congreso en fecha 9/6/2000. Toma en consideración del pleno del Congreso de los Diputados de fecha 13 de junio de 2000.

Cuando fuimos invitados a escribir este artículo para la revista "AEQUALITAS" aceptamos encantados pero lo hicimos sin conocer el alto nivel de sus colaboraciones, de su Consejo y de su dirección. Ahora, y ya metidos en cumplir palabra sólo queda, casi como autodefensa, advertir que no se hace desde la investigación teórica sino desde la práctica de abogado y abogada en ejercicio que han podido trabajar desde el año 1997, con una asociación nacida en Zaragoza con el objeto de ayudar a los menores que están sufriendo este problema, denominada "Asociación para la recuperación de niños sacados de su país"². Rogamos indulgencia respecto de los posibles errores metodológicos o sistemáticos pero precisamente desde estos errores invitamos a los investigadores e investigadoras del Derecho para que tomando como base lo que se va a exponer, profundicen y desarrollen los temas que aquí se enuncian.

1. LA PLURALIDAD DEL FENÓMENO

El primer problema es la definición conceptual del fenómeno, puesto que en la práctica no parece que pueda afirmarse la utilización de una terminología uniforme quizá porque no puede hablarse de un tratamiento unitario de la cuestión, ésta puede presentar tanto diferentes ángulos (privado, público, civil, penal, social, nacional, internacional, convencional, extraconvencional), como diferentes fases, (amenaza, consumación, recuperación y protección ulterior del o de la menor y del progenitor custodio) y a su vez en cada uno de ellos diferentes grados de intensidad.

En el estudio y lectura de 114 casos, así como en el trabajo directo, hemos podido ver cómo se pueden utilizar expresiones como "Secuestro Interparental", "traslado ilícito", "detención ilegal", o la francófona "enlevement", aunque parece que se impone la utilización de la expresión "Kidnapping" o "abduction".

Se ha traducido el Convenio de la Haya de 1980³ aplicable a los aspectos civiles del fenómeno, como "sustracción internacional", coincidente en su espíritu con la terminología del convenio Europeo

relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores,⁴ y se ha definido como:

A

El traslado o la retención de un o una menor cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el o la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, ya sea atribuido de pleno derecho o ya lo sea por decisión Judicial o administrativa o por un acuerdo vigente según el derecho de un estado, y

B

Cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención⁵.

Claro está que es una definición Civil, pues el convenio no se refiere a la dimensión penal de estas conductas, que sí es contemplada en diferentes derechos internos de determinados Estados.

En el entorno Penal tanto el Derecho suizo, como el francés, como otros, utilizan expresiones diversas. En Suiza se asimila terminológicamente "sustracción" con "no-devolución" en Francia se deriva hacia "rapto" con o sin violencia y/o fraude, en Canadá se habla de "sustracción", en EE.UU. la terminología es aún más variada puesto que dado el carácter federal, casi todos los Estados han promulgado leyes penales sobre el tema con diferente denominación como "sustracción de menores", "robo de menores", "interferencia en la custodia", "secuestro parental" o "secuestro familiar"⁶.

En España, a la terminología del Convenio de la Haya, habrá ahora que añadir la utilizada en los dos proyectos de modificación del Código Penal en la materia, dichos de "retención ilícita"⁷, "secuestro familiar" y "abandono inducido"⁸ en los que tipificará de manera indubitada estos hechos, poniendo fin a la actual situación de confusión



existente en los Órganos Judiciales respecto a la aplicación de los tipos de “detención ilegal” o “secuestro”⁹.

En realidad creemos que todas tratan de expresar lo mismo.

Desde nuestro punto de vista la expresión conceptual que mejor puede describir el hecho es la de “sustracción y secuestro interparental de menores”, entendiéndose por tal aquella conducta del progenitor que sin ostentar la custodia sustrae físicamente al progenitor custodio, uno o alguno de sus hijos o hijas menores, trasladándolos fuera del lugar de su residencia, ya sea a un punto del estado de la nacionalidad del menor o de la menor, ya lo sea a otro estado, con la finalidad de impedir la restitución del menor o la menor a su domicilio o la relación con el progenitor custodio ya absolutamente (secuestro), o ya de dificultarla extraordinariamente (sustracción) y haya o no intención de obtener alguna compensación por la devolución del niño o de la niña¹⁰.

A partir de aquí las modalidades pueden ser diversas y abarcan desde la desaparición total con movimientos frecuentes o penetración en zonas de difícil control, a la radicación determinada, hasta la comunicación dificultosa, y todo ello puede ser visto desde la posición de Estado que recibe o de Estado que pierde al menor o a la menor.

Pero afirmado lo precedente y apuntada la complejidad de supuestos, el presente artículo debe centrarse exclusivamente en aquellos con traslado interfronterizo entre uniones mixtas y a su vez desde la perspectiva de España como “Estado de partida” que desde la de “Estado de destino” del “Kidnapping” por utilizar un término anglosajón que resulta más cómodo y neutro que la disquisición terminológica anterior.

Asimismo se mantiene en este artículo la filosofía, y se trabaja desde la tesis, de que estamos ante un supuesto más del fenómeno plural de la violencia doméstica, en el que la primera víctima es el niño o la niña, pero en el que también sufre esta violencia el progenitor que se ve privado de la relación con su hijo o con su hija, en la mayor parte de los casos, la mujer. Es un fenómeno que obedece a esquemas similares a los de la violencia de género. Es decir: amenaza de secuestro, secuestro, y adopción de medidas para la recuperación del niño

o de la niña y su protección ulterior, pero presenta elementos de desgaste económico y psicológico para la madre o el padre, especialmente duros y traumas para el menor o la menor muy importantes.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

El mejor esquema viene referenciado por las recomendaciones enviadas por el Defensor del Pueblo a los cuatro Ministerios con implicaciones en el tema, a raíz del informe elaborado por los firmantes de este escrito para la asociación aragonesa que he mencionado¹¹.

Estos son el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio de Asuntos Sociales.

Utilizamos este orden en la enumeración para ir estableciendo un paralelismo entre los problemas que se van planteando y el ámbito de decisión ministerial en el que pueden darse respuestas o al menos reflexionar.

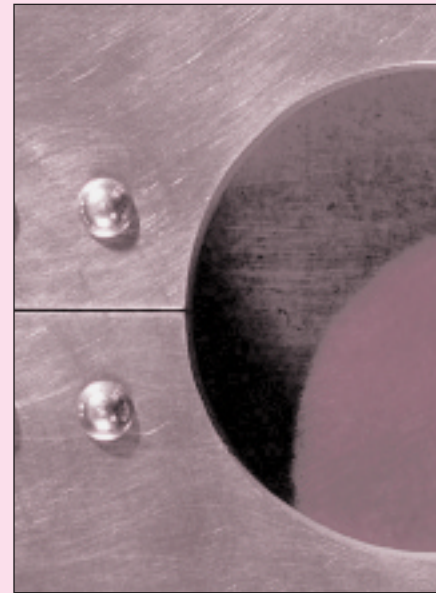
A

Recomendaciones al Ministerio de Justicia

1

Enumeración

I Creación de un **Centro Nacional de personas desaparecidas**, en coordinación con los demás departamentos con alguna competencia, similar al que existe en otros países, con objeto de que desde ese centro se coordine a todas las administraciones y se simplifiquen los complejos trámites de gestión que actualmente se ven obligados a hacer los ciudadanos y ciudadanas que quieren recuperar a sus hijos o hijas. Al mismo tiempo tal Centro permitirá elaborar unas estadísticas que den a conocer de forma real cual es la magnitud del problema, pues ni desde la Fiscalía General del Estado, ni desde el Consejo General del Poder Judicial, se han podido facilitar datos sobre el número de casos civiles y penales que conocen los tribunales, evitando también la situación actual en la que el Ministerio del Interior desconoce cuales son las decisiones que adoptan los



9

Arts. 163, 165, 223, 224 del Código Penal.

10

Nacionalidad, residencia, casa, trabajo, dinero, reconciliación, matrimonio en general o en forma determinada, etc.

11

Expediente Q9900610. Ara 3/JCC, siendo las recomendaciones de fecha 17/11/1999.

12

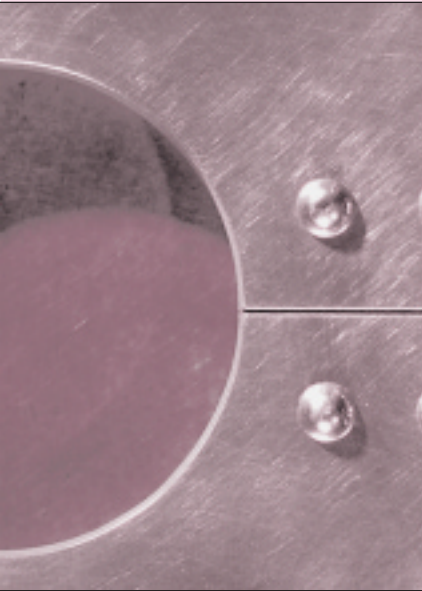
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Villanueva de la Serena. Auto de 7 de Noviembre de 1995 por el que se decreta detención del padre por presunto autor de delito de sustracción de menores castigado en los artículos 484 y 485 del Código Penal y de Abandono de Familia del 487. Y requisitoria internacional. En este caso los niños fueron localizados por Interpol pero aún no han sido recuperados ni el padre detenido aunque parece que se está moviendo entre Sudán y Arabia Saudita.

13

Juzgado de Instrucción n.º 1 de Soria. Auto de fecha 3 de Mayo de 1999 y en igual sentido otro del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Soria, por el que se decreta la detención internacional. Los niños han sido localizados en Damasco. No es posible la extradición pero con la ayuda de los diplomáticos sirios en España y de los españoles en Damasco la madre puede mantener contacto con ellos y visitarlos. Se ha descartado la vía judicial contenciosa y nos encontramos en una larga negociación con el padre palestino de nacionalidad española, que se lleva prolongando meses.

14

Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid, Auto de fecha 29 de Octubre de 1999, con extradición consumada desde EE.UU.: por tratarse de un Libanés con nacionalidad española. Posteriormente San Sebastián con base en el anterior auto decretó también orden de detención internacional para El Yemen. En ambos casos se recuperaron a los niños.



15

Vigo inicialmente para después pasar a considerarlo como delito de desobediencia. Por aquellos tiempos la Audiencia Provincial de Alicante dictaba Sentencia en fecha 18 de Julio de 1997 por la que estimaba en un caso con Argelia un concurso real entre los delitos de desobediencia grave a la autoridad y de coacciones al utilizar el padre los niños secuestrados, con infracción de custodia legalmente atribuida a la madre, para obtener la reanudación de la vida en común con su esposa, pero absolviéndole del delito de secuestro. Se recuperaron los niños de Argelia gracias a que los tribunales y procurador argelinos, reconocieron eficacia a la sentencia civil española y procedieron con sus agentes y policía a la recuperación de los niños que fue entregado a su madre quien a tal efecto se había desplazado a Orán un mes antes. En todo momento pudimos trabajar con las autoridades diplomáticas españolas y con el apoyo de las autoridades argelinas.

16

Juzgado de Instrucción n.º 3 de Zaragoza. Confirmado por la Excm. Audiencia Auto de 6 de Octubre del 2000. Se da la paradoja sistemática de que mientras en este caso en España no se consigue avanzar, en Marruecos se ha dictado orden de detención internacional contra un nacional marroco-finlandés por los hechos derivados del secuestro de una niña española.

17

Auto del Juzgado central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional de 19 de Octubre del 2000, actualmente pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto.

18

Convenio de la Haya sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de Octubre de 1961. BOE 199, de 20 de Agosto de 1987. Convención sobre Derechos del Niño. BOE 31 de Diciembre de 1990 o Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de Diciembre de 1948. Criterio sostenido también por la Unión Progresista de Fiscales.

19

Sin embargo tengo noticias de que un compañero de Zaragoza, hace años y en un supuesto de delito cometido en el extranjero contra un menor español sí consiguió esta competencia.

Órganos judiciales respecto de aquellos casos en los que existen actuaciones policiales.

II Que se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo Penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países con el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de ordenes de detención internacional y las peticiones de extradición. Al mismo tiempo que tal reforma permitiría conocer con mayor certeza el número de casos que se producen.

III Que se promuevan las reformas legislativas precisas para que en la normativa que regula las relaciones paternofiliales y la tutela (títulos VII y X del Libro I del Código Civil) se incluya que en los casos en los que algún o alguna menor tenga que desplazarse fuera del territorio nacional será necesario que quede constancia de que ambos progenitores conocen y consienten tal desplazamiento.

IV Que se estudie la conveniencia de crear un Registro de Guardas y Custodias de menores para los supuestos de parejas con crisis de convivencia, de tal forma que todos aquellos progenitores que lo soliciten puedan incluir en tal registro a sus hijos e hijas, teniendo acceso directo a esa información los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

2

Entorno de las recomendaciones

I La dimensión penal sustantiva y procesal.

Estas recomendaciones, alguna de las cuales ya ha sido puesta en marcha, como es el de la introducción de un tipo específico en el Código Penal, se producen en un contexto de inadecuación de nuestra legislación y descoordinación de nuestra administración.

La vía penal está inexplorada y se va haciendo camino sobre el terreno. En este momento se depende del criterio del Juez o la Jueza competente para conocer del asunto. No existe una competencia territorial unificada en una sede Judicial. Por consecuencia unos hechos

similares pueden ser objeto de tratamiento judicial penal instructor distinto, pasando desde el delito de detención ilegal o secuestro con orden de detención internacional contra la persona secuestradora¹²¹³ hasta el desarrollo total de la extradición¹⁴ hasta a la consideración de los hechos como una Falta de Desobediencia a la Autoridad¹⁵, que no da lugar a orden de detención alguna, o a un delito de desobediencia a la Autoridad Judicial¹⁶, que en atención a la pena que lleva impuesta no permite la aplicación del convenio de Interpol y por tanto no permite tramitación de ordenes de detención internacional.

La tipificación expresa es una clarificación de este panorama contradictorio, pero de otro lado resultaría innecesaria pues se ha visto que existen elementos suficientes en nuestro Código Penal actual para la adopción de aquellas medidas que se han demostrado eficaces para poner fin a la situación, que es lo que de manera más inmediata se persigue. Los delitos de detención ilegal y otros relacionados con los comportamientos denigrantes para las y los menores pueden servir de base.

Problemas que no están siendo considerados y que no han sido legislados en los proyectos de Ley como son los de la competencia territorial para instruir de estos temas, o el de la penalidad en su conciliación con la celebración del Juicio a presencia del acusado/a, deben quedar apuntados aquí para su estudio. Frente al criterio sostenido por nosotros en reiteradas ocasiones ante la Audiencia Nacional acerca de que el órgano competente para conocer era el Juzgado de Instrucción central al que por turno correspondiese, en el caso en el que se custodia al menor o a la menor en ejercicio de un derecho de visitas en España que se termina en el extranjero¹⁷, y por aplicación de los convenios internacionales en defensa del interés del o de la menor¹⁸, no se ha conseguido que se estimase la pretensión por el momento¹⁹.

Otros problemas serían los de la conexión de delitos, el concurso, la acumulación, la consumación, la pena mínima superior a 1 año, que debe tener para posibilitar la actuación de Interpol, el



ejercicio de la acción popular por las instituciones públicas²⁰, etc., propios de un estudio de un penalista que excede, sinceramente, de la extensión de este artículo.

Han entrado en el Congreso dos proyectos de Ley²¹ sobre la materia, en cuyos trabajos hemos tenido la oportunidad de participar aportando ideas, especialmente en los debates de ambos proyectos en el pleno de toma de consideración de 13 de junio de 2000. El primero en entrar ha sido el proyecto del P.S.O.E. con el que nosotros estamos más en sintonía puesto que contempla una modificación más integral de acuerdo con la idea elaborada por quienes esto suscriben para el proyecto jurídico de la “Asociación para la recuperación de niños sacados de su país” sobre la elaboración de una Ley Especial de prevención y represión del secuestro interparental de menores que introdujera modificaciones en al ámbito civil, penal, indemnizatorio, de patria potestad, sustitución procesal, tutela herencia, etc. El Proyecto del P.S.O.E.: se queda corto pero está más en la filosofía que postulamos. Es justo así mismo saludar el proyecto del P.P. y esperamos que durante la tramitación parlamentaria se vayan produciendo enmiendas que aproximen ambos proyectos.

II El problema como una más de violencia de género.

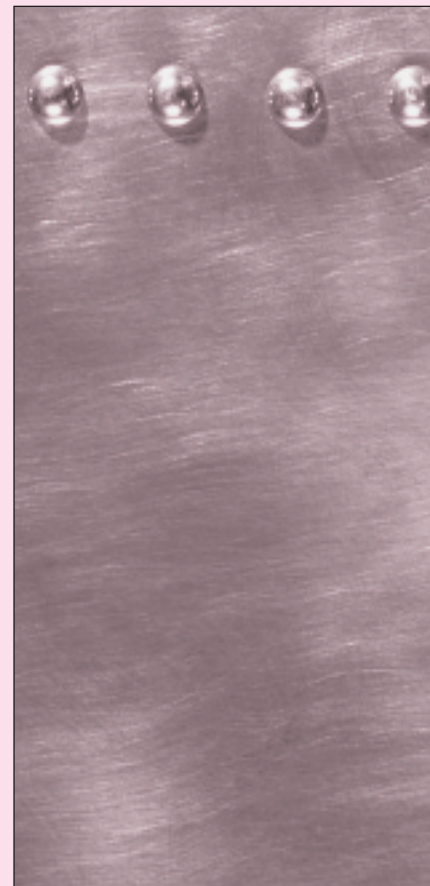
El tratamiento en estos casos debiera ser el mismo que el tratamiento de otros fenómenos de violencia doméstica, tanto en el caso de la víctima amenazada, como en el de las medidas a posteriori que puede contener la sentencia. Por otra parte la vigente Ley del Menor²² da al Juzgador/a posibilidad de adoptar medidas cautelares en defensa del niño o de la niña que lógicamente también protege a la segunda víctima, la mujer-madre. Resoluciones de “pasos prohibidos” o de cierres de fronteras cautelares o de imposibilidad de obtener documentación, pasaporte o D.N.I., para la niña o para el niño deberían producirse en el ámbito de cualquier procedimiento ya sea penal o Civil con independencia de la proble-

mática de la aplicación de la cuestión prejudicial penal cuando se está llevando simultáneamente un procedimiento Civil de crisis de convivencia²³. Nuestra vieja tesis axiomática de que “a crisis familiar única tratamiento único” vuelve²⁴ para postular que una crisis única, la de cada pareja, debe ser tratada por las mismas personas en todas sus ramificaciones desde cada función. Pero nuevamente nos encontramos aquí con el antiguo problema de la credibilidad de quien denuncia hechos que se producen normalmente en la intimidad de la casa y sin testigos, y que lindan con un campo sensible como es el campo de la extranjería y del respeto a los derechos fundamentales de las personas extranjeras en nuestro país.

El progenitor que se ve amenazado de secuestro de su hijo o de su hija, el que lo sufre efectivamente, está percibiendo una violencia psicológica absolutamente terrible. Si se nos permite la sustracción de un hijo o de una hija, su ausencia de noticias, puede ser no sólo un trato degradante, una tortura, con su propio tratamiento penal, sino una auténtica mutilación, percibiéndose en muchos casos como la falta de algo que es parte del propio cuerpo y lo que es más del propio alma o del propio yo más esencial. Los problemas psicológicos de las víctimas, los hacen equiparables a las de las otras víctimas de los delitos violentos, y merecedores de su ayuda, sin embargo no se les aplica la legislación correspondiente, ni tampoco la legislación específica para la protección de testigos que podría ayudarles a declarar y a protegerse frente a futuras represalias, no se les cree cuando denuncian amenazas, victimizando una vez más a la que ya es víctima, no se les incluye en la estadística de fiscalía, no se les incluyó en el plan contra la violencia doméstica, pero si estamos ante una manifestación más de un único fenómeno cual es la violencia de género, tratemos todos los elementos delictivos, y este también, de manera conexas.

III La dimensión civil interna.

Desde el campo privado, civil, existe una dimensión interna, al margen de la convencional internacional, pero la legislación



20

Hemos conseguido desde hace tres años que tanto el Ayuntamiento de Vigo, como el Ayuntamiento de Zaragoza se personen en causas penales como acusación particular en ejercicio de la acción popular. Recientemente el Presidente de Castilla la Mancha, propugnaba en Octubre de este año, la misma actuación pero para los malos tratos contra la mujer en general.

21

Ver notas 7 y 8 ut supra.

22

1/96 en la modificación del artículo 158 del Código Civil. Medidas cautelares en defensa del interés del menor incluso inaudita parte y sin postulación o representación procesal.

23

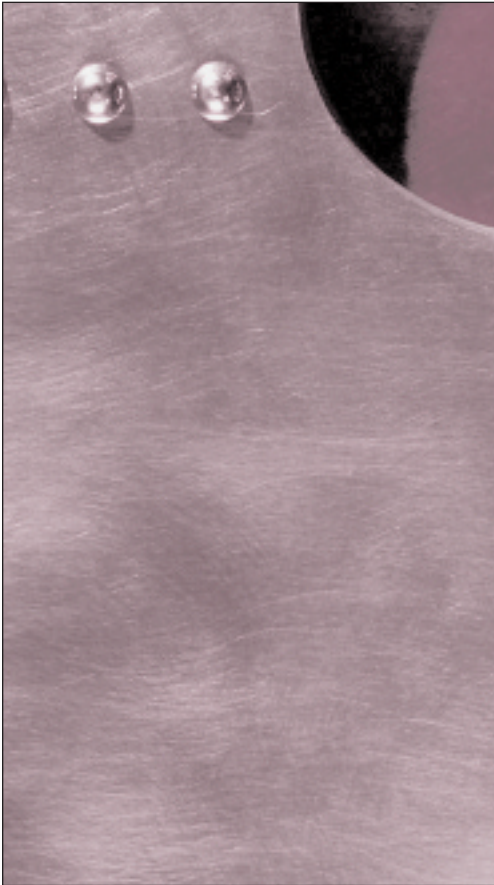
En Madrid se planteó el Conflicto en un supuesto en que por el Juzgado de lo penal se adoptaron unas medidas y se solicitaron por la otra parte en sede civil. Planteada la cuestión prejudicial por nosotros se desestimó en beneficio del Juez de lo Civil y en detrimento del Juez de lo Penal.

24

Conferencias de Oviedo y Madrid 1998, Gijón 1999 y Albacete 2000, en el seno de jornadas sobre la violencia doméstica contra la mujer y de formación jurídica a profesionales.

25

Art. 12, 19 y disposición adicional Quinta de la Ley orgánica de protección del menor 1/96 de 15 de Enero, y 172 del Código Civil.



española se encuentra con que no existe una vinculación entre la violencia doméstica, en cualquiera de sus modalidades, y la relación paterno-filial y por tanto la vía de la suspensión del régimen de visitas o las vigiladas por terceras personas o de las visitas en lugar o perímetro determinado ni tampoco con la suspensión de todas o algunas de las facultades de la patria potestad, y/o su privación al padre o madre que amenaza o secuestra a un hijo o una hija. Es importante preparar el estadio de la amenaza, para que el progenitor posible futuro sustractor no pueda mantener ni las facultades de administración y representación del menor o de la menor, ni la capacidad de obrar por él o de administrar sus bienes ni de obtener documentación de la o del menor que le podrían llevar a consumir o mantener sus propósitos. Nuevamente vuelve a entrar un conflicto, y éste lo es entre el deber de protección del o de la menor y el derecho del progenitor a relacionarse con su hijo o con su hija y con las facultades derivadas de la paternidad o maternidad.

Ante la ausencia de normas de tipo civil que regulen esta problemática es preciso acudir nuevamente a hacer sendero sobre la marcha, proponiendo medidas al Juzgador Civil, tanto en la fase de Previas o Provisionales como en el estadio de definitivas, y las propuestas no siempre tienen éxito, ni en lo relativo al régimen de visitas ni en lo relativo a la patria potestad, aunque ya parece que existe una cierta uniformidad en las sentencias de Juzgados de Primera Instancia o de familia privando a quien vulnera, de la patria potestad. En otro lado, y desde el punto de vista sucesorio la madre no quiere que en caso de fallecimiento sin recuperar al niño o a la niña el padre sustractor pueda heredarle. Ante la inexistencia de norma aplicable se opta por acudir a la realización de testamentos en donde se excluye de la administración de los bienes del o de la menor al sustractor y secuestrador en caso de heredar en minoría de edad, se le nombra personas tutoras y albaceas testamentarios y se instituye la figura sucesoria de la “sustitución preventiva de residuo” que impide que en caso de fallecimiento intestado los bienes fungibles que le quedarán de la herencia de su progenitor custodio pasen a su progenitor secuestrador o a la familia de éste. También habría que explorar los efectos de la declaración de ausencia y de fallecimiento y la posibilidad de que las instituciones públicas asuman la custodia legal de estas niñas y niños desaparecidos, supliendo con sus medios, en una especie de sucesión procesal, los medios de los que carece la madre del niño o de la niña de acuerdo con lo dispuesto en el artículo. Esta custodia se restablecería una vez que se recuperase el niño o a la niña²⁵.

Lo demás relativo a las traducciones juradas y al Centro Nacional de Personas Desaparecidas, se refiere a que el Ministerio de Justicia carece de personal suficiente para proceder a realizar las traducciones juradas precisas para tramitar las comisiones rogatorias, dentro del plazo razonable necesario para que estos procesos tengan la rapidez precisa para conseguir un buen fin, teniendo por rapidez los y

las solicitantes de la documentación que pagar traductoros o traductores jurados particulares, que son caros, ya que las víctimas secundarias de este problema, se ven obligadas a llamar a muchas puertas diferentes y ante distintas entidades, porque una cosa es el derecho sustantivo y otra cosa es la aplicación del derecho, y cómo se consigue el objetivo último que es el de la recuperación del niño o de la niña. Para ello se precisa tiempo, dinero, y gestiones, muchas gestiones internas, internacionales, policiales, procesales, gastos de difícil justificación para conseguir favores o para retribuirlos en el exterior, y en general una actuación que se ve abierta en muchos frentes y que el Estado debería centralizar y coordinar.

B

Recomendaciones al Ministerio del Interior

1

Enumeración

- I Creación del Centro Nacional de Personas Desaparecidas, en el mismo sentido anterior.
- II Que por ese Ministerio se disponga de una “lista de control de pasaportes” dónde puedan incluirse los nombres de las y los menores que se teme puedan ser sustraídos por la madre o el padre a los efectos de que cuando se solicite un pasaporte a su nombre pueda comunicarse esta circunstancia al otro padre o al órgano judicial que solicitó la inclusión del niño o de la niña en dicha lista.
- III Que se estrechen los controles fronterizos adoptando las medidas de coordinación que sean necesarias entre los diferentes cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado con el fin de evitar que no se cumplan las órdenes judiciales de cierre de fronteras y que se dé adecuada formación a las y los funcionarios policiales destacados en los puestos fronterizos para que sean capaces de detectar situaciones de sustracción de menores y de adoptar en estos casos las actuaciones oportunas.



2

Entorno de las recomendaciones

I El control de documentos y fronteras exteriores.

Al ser un único problema de pluralidad de facetas, las diferentes recomendaciones necesariamente han de relacionarse entre sí o ser coincidentes. De nada sirve, por ejemplo, privar de facultades de administración o representación para la obtención de documentos de identidad y viajes, si este hecho es desconocido para las autoridades policiales; o de nada sirve decretar Judicialmente el cierre de fronteras si este control no se realiza de manera adecuada por parte del Ministerio del Interior, y esto en el ámbito de las fronteras exteriores españolas, puesto que queda el problema derivado de la libertad de movimiento interfronterizo dentro de los tratados internacionales suscritos por España y que lleva a hacer el control a todos los puestos fronterizos exteriores de los Estados partes.

Las facultades de patria potestad permiten la obtención de pasaportes individuales por uno solo de los progenitores, bien sea individual o colectivo familiar, o bien la obtención de D.N.I. cuando la o el menor tiene edad para ello. Si la policía no conoce la existencia de la problemática es posible que expida la documentación al menor, y que con ella pueda buscarse el paso fronterizo. De ahí la importancia del Registro a que se refiere el Ministerio de Justicia.

II La Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado.

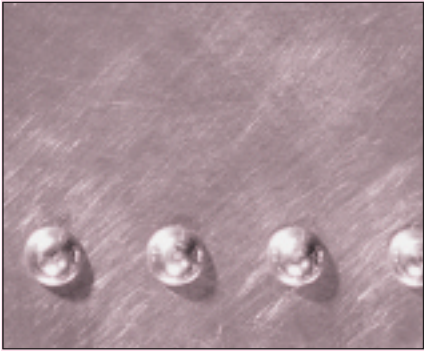
No termina ahí la intervención del Ministerio del Interior. No podemos olvidar que es posible que el secuestro o la sustracción se produzca como consecuencia directa de un deficiente o inadecuado control de las fronteras exteriores españolas. Se ha constatado cómo los niños y niñas son sacadas por aeropuertos de tráfico internacional o por puestos fronterizos exteriores de África. La responsabilidad de la administración por inadecuado funcionamiento debe



tener carácter objetivo, pero además, aunque es evidente que quien secuestra a los niños o la niñas no es el Estado ni sus funcionarios o funcionarias (estaríamos entonces en otro hemisferio) también es evidente que de realizar un adecuado control de pasaportes y un adecuado control de fronteras se interrumpiría la relación causal y podrían detectarse los pasos de las niñas y de los niños y evitarlos, restituyéndolos a su madre o progenitor custodio.

Ante estas situaciones se han planteado dos vías. La primera la responsabilidad civil del estado derivada de hecho ilícito por vía penal, que no ha llegado aún a sentencia y por tanto está por estudiar y resolver. La segunda es por la vía de la consideración de responsable civil en reclamaciones patrimoniales contra la administración del Estado²⁶ por su inadecuado funcionamiento. El camino ha sido dispar en las dos reclamaciones que hemos interpuesto aunque tienen en común que por parte del Ministerio del Interior se ha estimado durante la instrucción del Expediente que existe responsabilidad a él imputable. Sin embargo en el primero de los casos, el Consejo de Estado, a pesar del reconocimiento de responsabilidad emitió informe desfavorable siendo el acuerdo del Ministro en todo conforme con él²⁷. En este momento el primero se encuentra pendiente de resolución ante la Excelentísima Audiencia Nacional. El segundo caso aún no ha pasado al trámite de dictamen. En estos casos el problema no es tanto la determinación de la responsabilidad, que nos

parece lógica, sino la de la determinación del “quantum” de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima o víctimas. En este problema se ha acudido a criterios de analogía puesto que si bien es fácil valorar el daño emergente, es decir el daño producido como consecuencia de los desembolsos económicos de todo tipo efectivamente producidos y probados que haya realizado el progenitor privado del o de la menor²⁸, y el lucro cesante, es decir la pérdida de ingresos o pérdidas económicas sufridas como consecuencia de las gestiones de búsqueda y recuperación del o de la menor, la dificultad es encontrar el criterio para la indemnización de la “pecunia doloris” o dolor que sufre el padre o la madre como consecuencia de la situación, e incluso el dolor que sufre el menor o la menor bajo custodia y patria potestad, y así mismo dificultoso es encontrar el “día final” respecto del que ha de liquidarse la indemnización, o la forma de hacerlo, siendo el criterio mantenido por la administración, acogiendo en parte la tesis sostenida por quien esto escribe, estar a criterios de analogía con los baremos de indemnización para la “pecunia doloris” en materia de seguro y circulación de vehículos de motor, y determinar como día final, el día en que termina de instruirse el expediente administrativo²⁹. Todos estos extremos deben ser objeto de estudio y de desarrollo jurisprudencial así como la legitimación del progenitor custodio privado de su hijo o hija para reclamar en nombre de la menor o del menor secuestrado y sustraído una indemnización.



26

Ley 30/1992, de 26 de Diciembre en su título X sobre responsabilidad de las administraciones publicas y de su personal.

27

Dictamen del Consejo de Estado de fecha 24 de Junio de 1999 y resolución del Excmo. Ministro del Interior de fecha 7 de Octubre de 1999.

28

Se ha estimado que se pueden indemnizar los gastos de defensa y representación efectivamente pagados pero no los meramente presupuestados, así como los gastos de viaje y estancia, los gastos de todo tipo justificados documentalmente, pero no los abonados no documentables, y los gastos de teléfono que tengan relación directa con el país de recepción del menor. No se ha estimado lucro cesante en el caso de alegada disminución de ingresos en un negocio sujeto al sistema fiscal de módulos.

29

Alternativas que se ha ofrecido han sido indemnizar mensualmente una cantidad mientras no aparezca el niño o mientras no sea recuperado, o mientras no se proceda a la declaración legal de fallecimiento, o pagar una cantidad estimada pendiente de liquidación ulterior en el momento en que el niño sea recuperado.

30

España sólo tiene el Convenio bilateral con Marruecos de 30 de Mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores B.O.E. n.º 150 de 24 de Junio de 1997. Este convenio funciona con un mecanismo similar al del Convenio de la Haya, mediante la intervención de autoridades nacionales. Se está aplicando por las Autoridades Marroquíes en la medida en que las resoluciones Judiciales Españolas son reconocidas por los Tribunales del Reino de Marruecos, pero no se ha conseguido ejecutar hasta la fecha, que sepamos nosotros la Sentencia cuando pasa al plano de la localización policial del niño.

31

Es pues preciso agradecer al Subdirector General de Asuntos Jurídicos Consulares, Miguel Angel de Frutos su labor, así como a embajadas como la de España en Siria, por citar alguna a título de ejemplo, o el Consulado de España en Orán.

32

Así mismo a título de ejemplo se cita el trabajo del Consulado de Siria en España o el de la República Dominicana o la Embajada de Argelia en España.

III La intervención policial “a posteriori”.

Entre las gestiones que deben hacerse continuamente para la recuperación de los niños y niñas se encuentra el contacto con la policía bien de ámbito interno o bien de ámbito internacional. Cuando se trata del entorno internacional, estas se realizan mediante la inclusión de las y de los menores en la página web de Interpol y en sus archivos o registro de personas buscadas o desaparecidas o mediante la expedición de órdenes de detención internacional que se tramitan y siguen por medio de INTERPOL España. En el seguimiento de las mismas continuado se cuenta con el propio interesado o interesada y la amabilidad de los funcionarios de la Guardia Civil o de la Policía, pero no debería ser así puesto que el Estado debería tener su propio mecanismo supliendo así esta tarea al administrado/a, de tal manera que pudiera resolver todos los problemas que el desarrollo del caso le plantea ante ese único organismo, por lo tanto nuevamente nos vemos en el entorno de las consideraciones sobre la creación del Centro Nacional de Desaparecidos, dónde además podrían también incluirse los casos de todo tipo de personas desaparecidas. En este Centro podría centralizarse también el trabajo que realiza la Guardia Civil para la reconstrucción por ordenador de la posible evolución física de las cabezas de los niños y niñas con el paso del tiempo.

G

Recomendaciones al Ministerio de Asuntos Exteriores

1

Enumeración

- I Creación del Centro Nacional de Desaparecidos, con participación de ese Ministerio.
- II Que desde ese Ministerio se lleven a cabo las gestiones oportunas para la firma de nuevos tratados bilaterales de colaboración sobre esta materia³⁰.
- III Que se impartan las instrucciones oportunas a todas las embajadas y oficinas consulares españolas, a fin de facilitar el

máximo asesoramiento, apoyo e información a los progenitores afectados.

- IV Que en los casos en que se localice a la menor o al menor, la Oficina Diplomática correspondiente realice un seguimiento del mismo, para que no se violen sus derechos ni su seguridad, hasta la solución de la situación planteada.
- V Que por ese Ministerio se adopten las medidas oportunas para que exista suficiente número de personas traductoras Juradas, de tal forma que los ciudadanos y ciudadanas puedan solicitar sin ningún tipo de espera la traducción de sus documentos, para presentarlos en los países dónde tramitan la recuperación de sus hijos o hijas.

2

Entorno de las recomendaciones

I La intervención consular.

Cuando se produce el secuestro de un niño es instintivo acudir a la búsqueda de la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores Español ya, en su departamento de la Dirección General de Asuntos Consulares y protección de los españoles y españolas en el Extranjero, ya lo sea en el consulado correspondiente a la embajada del presunto país de destino o de localización del niño o de la niña. Desde que hemos empezado a trabajar en el tema se ha podido constatar como se ha evolucionado positivamente en el tratamiento de estos problemas³¹ siempre lógicamente limitados por el respeto a la soberanía del país en dónde se realizan las actividades. Las embajadas pueden ser un instrumento muy útil en la negociación con el secuestrador, en las relaciones con las autoridades del estado de destino del niño, en la expedición y control de documentos, en la localización de Abogados o Abogadas o incluso en la preparación de infraestructura para que los progenitores puedan viajar y permanecer. Este apoyo se convierte en esencial durante el largo proceso de recuperación y permite mantener las gestiones necesarias en colaboración con las embajadas de los correspondientes países en España³².



II El marco convencional.

En esta materia es preciso distinguir dos ámbitos de actuación o dos marcos distintos para enfocar el problema. El marco convencional y el marco extraconvencional. En ambos es preciso la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores, si bien es más necesaria en el segundo que en el primero.

El Marco convencional es aquel en el que el secuestro se produce entre países parte en el Convenio de la Haya o en el Convenio de Luxemburgo o con Marruecos, todos citados ya. El convenio multilateral más específico es el de la Haya, que no es un convenio de reconocimiento de eficacia de resoluciones y que busca la preferente y rápida restitución del menor o de la menor cuando no concurren excepciones a la misma³³. De y fundamentalmente el de la Haya. Cuando estamos en este ámbito, quien actúa inicialmente es el Ministerio de Justicia español, por medio de la autoridad nacional que insta la aplicación del convenio a las autoridades del país de destino a fin de que a su vez insten los procedimientos propios de derecho interno para su ejecución³⁴, sin perjuicio de que el propio interesado/a tenga legitimación activa ante los Tribunales. La incógnita es qué va a pasar con el procedimiento introducido en la extinta Ley de Enjuiciamiento Civil a raíz de la Ley Orgánica 1/96 de protección Jurídica del Menor, dentro del libro III y bajo la denominación de “medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional.” Artículos 1.901 y ss. Este procedimiento se considera como de Jurisdicción voluntaria, y por tanto sujeto a una nueva Ley, pero por otro lado no ha sido objeto de inclusión o declaración expresa de vigencia por lo que como al principio³⁵, lo tenemos fuera del texto procesal fundamental. Puede ser que mientras que no se promulgue, deberá aplicarse el procedimiento que hay ahora si bien adaptado en plazos y comparecencias a las nuevas disposiciones.

III El marco extraconvencional.

Pero cuando estamos ante países de destino que no son partes, entonces el

Ministerio de Justicia no puede intervenir, debiendo realizar toda la labor jurídica y procesal allí la parte y de acuerdo a las normas procesales y de derecho interno foráneas.

No en todos los estados existe la posibilidad de “*exequatur*”, no en todos ellos rigen sistemas jurídicos con filosofías del derecho conciliables, y es en estos casos, en dónde se hace más terriblemente patente la soledad de las víctimas y la dureza de la situación. Aquí la intervención, la ayuda, la mediación, la tutela de las autoridades diplomáticas españolas, son las únicas capaces de mantener la ilusión de seguir adelante. Por eso las recomendaciones del defensor del pueblo son estrictamente necesarias y los procesos de negociación, en los que no están ausentes peticiones de retirada de denuncias, o en los que nos vemos obligados a negociar niña/o por niño/a, incluso hasta la elección de cuál sale primero y a cambio de qué concesión, necesitan de verdad la ayuda de nuestros diplomáticos. Debe dejarse claro para que no existan generalizaciones, que estos problemas no son un problema de país, cultura, religión o raza, sino que es un problema de persona, el secuestrador o la secuestradora es un maltratador o una maltratadora o una persona que no acepta plenamente la aplicación del derecho, y esta tipología, con todo lo que conlleva se da en todos los lugares y sistemas sin excepción. Cada cultura tiene su filosofía y tiene sus normas; en muchos países de tradición jurídica no occidental están incrustadas en lo esencial de su conciencia de pueblo y como factor de unidad total y de solidaridad familiar amplia, y cada quien considera que la suya es mejor que la otra o al menos igual. Se trata a veces de sistemas contradictorios, procesalmente muy flexibles o poco formalistas en donde por caminos complejos todo puede ser posible y negociable y en donde el tiempo es un factor que es preciso saber administrar. Se trata también a veces de sistemas que tienen en cuenta la religión de una persona para aplicar la norma o en dónde el sistema de custodia de menores varía en atención al sexo o la edad de los niños o niñas, o en los que prevalece la figura



33

St. del T.S. sala de lo Civil, de 22/6/98, n.º 604/98. Recurso de casación en interés de Ley 1.226/94. R.J. Aranzadi 1998/4.743.

34

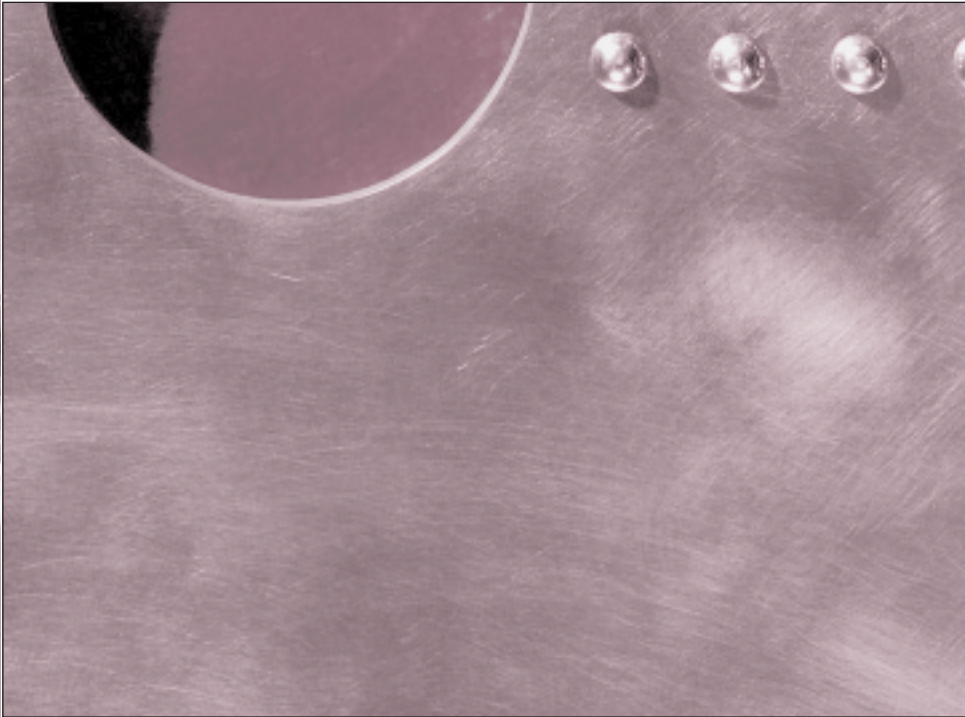
En el caso de España, la autoridad nacional es en el Ministerio de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional. También es preciso mencionar el trabajo primero de Alfredo Pascual y después de Mari Luz Puerto o de Cristina Valor.

35

El primer caso conocido en España fue el “Bornes contra Fuentes”. St. T.S. sala 1.ª de 8 de Abril de 1975 (RAJ 1.514).

36

Recientemente hemos mantenido una reunión con Doña Concepción Dancause al objeto de que por parte del Ministerio se incluyan estos hechos dentro del próximo plan contra la violencia doméstica que se encuentra en preparación en sustitución del actual.



paterna frente a la materna. Pero al final es posible llegar al resultado positivo. Junto a esa flexibilidad nos encontramos con multitud de modulaciones o gamas jurídicas o elementos de trabajo como la paciencia que lleva a asumir como un elemento más del litigio las suspensiones, dilaciones y esperas, y también paradójicamente un rigor que puede llevar a que una falta de notificación personal de alguna diligencia o cualquier mínimo detalle, dé al traste con meses de trabajo. No hay pues que hacer mistificaciones sobre esto, sino aceptar y tratar de ganar el pleito con la sentencia española debidamente notificada, por los cauces de la comisión rogatoria y traducida sin más instrumentos que el Derecho y los abogados o abogadas que debemos contratar en el país de destino. La experiencia indica que con tiempo, y en media de un año y medio o dos años de litigio o negociación, es posible recuperar niños y niñas aplicando el derecho del país de destino y con sus propios tribunales y proceder a su ejecución y a solventar los trámites fronterizos de salidas.

Desde que se produjeron las recomendaciones se ha avanzado en la línea indicada.

D

Recomendaciones al Ministerio de Asuntos Sociales

1

Enumeración

- I Creación del Centro Nacional de Desaparecidos en los mismos términos que a los otros tres ministerios.
- II Que se estudie la posibilidad de constituir un “Fondo de coste o gastos” para que se pudiera hacer frente, a través de ayudas, a todos aquellos gastos (desplazamientos, honorarios, etc.) que se ven obligados a soportar los ciudadanos y ciudadanas afectadas por este tipo de problemas. Especialmente en los supuestos en los que el progenitor reclamante acredite carecer de bienes propios con los que satisfacer sus gastos.
- III Que al margen de las ayudas de tipo económico, desde el citado servicio social internacional se amplíen las prestaciones que se vienen ofreciendo y de esta forma se ofrezca un completo asesoramiento jurídico y asistencial así como de ayuda y orientación psicológica para hacer frente a este tipo de secuestros.

2

Entorno de las recomendaciones

La recuperación de la menor o del menor secuestrado es una enorme y larga carrera de desgaste económico, físico y psicológico para la mujer o el progenitor privado de su hijo o de su hija, en la que se encuentra ante sí misma y con sus propios medios.

No se les aplica la legislación sobre víctimas de delitos violentos, quizá porque falta la sistematización institucional expresa de estos hechos dentro del ámbito de la violencia doméstica³⁶. No se les aplica la legislación sobre testigos protegidos para evitar que sean objeto de represalias, no tienen ningún tipo de ayuda económica, ni tampoco existe un turno especializado de asistencia jurídica gratuita, no tienen acceso a un servicio psicológico especializado a pesar del enorme trauma que esto conlleva, salvo las posibilidades que les presenta la Seguridad Social si es que pertenecen a algún régimen y por último se carece de noticias de las niñas y niños o de posibilidades de llegar a ellos. La función de la Cruz Roja internacional se limita a hacer llegar mensajes a las niñas y niños o paquetes, si es que están localizados, y el Servicio Social Internacional, un departamento con homólogos por diversos países, puede en alguna medida suplir esas carencias, pero en estos momentos parece que la labor que pueden prestar es insuficiente dadas sus competencias.

3. EPÍLOGO

Se ha tratado de exponer de manera sucinta el estado de la cuestión en España, así como las derivaciones de todo tipo personales y jurídicas que un hecho de estas características puede llegar a generar, así como la inadecuación de nuestro sistema legal y administrativo para resolver los casos o ayudar a su resolución. Existe la satisfacción, eso sí, de que después de tres años de trabajo y por el esfuerzo de muchas mujeres, y algunos hombres, canalizados de manera asociativa desde Zaragoza esencialmente, se ha mejorado y podrá permitir al final que las futuras víctimas se encuentren en mejores condiciones para hacer frente a su situación.