

ESTUDIOS

La sustracción de menores en Europa Occidental. Un estudio de Derecho Comparado (I)

GONZALO JOSÉ CAMARERO GONZÁLEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Los países escandinavos: A) Dinamarca. B) Noruega. C) Islandia. D) Suecia. E) Finlandia.–3. Países del círculo francés: A) Francia. B) Bélgica. C) Luxemburgo.–4. Los países anglosajones: A) Reino Unido. B) Irlanda.

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción de menores es conocida desde antiguo. Las antiguas legislaciones distinguían entre el secuestro, que consistía en la sustracción o robo de un hombre, mujer o niño, y el rapto propiamente dicho. En el derecho romano se calificaba como *plagium* el hecho de reducir o mantener a un hombre en la esclavitud, denominación que aún se conserva en el derecho escocés. El antiguo derecho alemán comprendía, bajo la calificación de «robo de hombre» (*Menschenraub*, aún tipificado en el párrafo 234 StGB –Código penal alemán–) el crimen que consistía en hacerse dueño de una persona por violencia o astucia. Los antiguos criminalistas franceses prestaron atención al robo de niños, ya que por su gravedad y frecuencia, los tribunales condenaban a los culpables a galeras y a veces a la pena de muerte. Se les llamaba *plagiarios*. El secuestro de una persona en su propio país con envío a otro distinto, se castigaba con pena de muerte en el derecho hebreo. La ley común de Inglaterra lo ha sancionado con multa, prisión y picota. Ambos delitos se distinguían en que el fin del rapto era la lujuria o el matrimonio, mientras que el del plagio cualquier utilidad que se esperara obtener del cuerpo de la persona sustraída o retenida contra su voluntad. Tomaban estas figuras una forma excepcional o impropia cuando la persona retenida prestaba su consentimiento. En este caso se entendía que existía una violación de los derechos inherentes a otras personas, derechos que no podían radicarse sino en las relaciones familiares. Si los padres tienen el deber de cuidar, educar e instruir a sus hijos, deben

también tener el derecho de tenerlos consigo, de vigilar su conducta y prohibirles todo lo que crean que les puede causar perjuicio.

La lucha por el niño tras la separación, la ruptura de la pareja en el matrimonio o en otras comunidades de vida; la creación de hechos consumados con el traslado al niño al extranjero, especialmente en caso de padres de distinta nacionalidad; el deseo de paternidad frustrado que lleva al robo de niños, a la compra o adopciones ilegales; la entrega de recién nacidos en lugares anónimos de recepción; la venta de niños para garantizar la subsistencia de la familia en los barrios bajos de tercer mundo; el niño como mercancía de prostitución o pornografía infantil, todos estos aspectos están detrás de los tipos penales (Sonnen).

Cuando el niño sale de su país de origen se plantea el problema de la devolución. Si esto no sucede voluntariamente es necesaria una orden de devolución de un tribunal civil, pero en países donde no rige la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (sobre todo en países del círculo islámico) no puede ser ejecutada. Por eso se ha dicho de estos delitos que son una «espada sin filo» (Caspary).

En este trabajo haremos especial referencia a las conductas realizadas por los progenitores del menor, sin descuidar otros aspectos.

BIBLIOGRAFÍA. CARRARA, Francesco (2000) *Programa de Derecho criminal. Parte especial*. Volumen V. traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Temis. Colombia; BLACKSTONE, William (1829) *Commentaries on the Laws of England*. Sweet, Phoney, Maxwell, Stevens & sons, tomo IV; GARRAUD, René (1953) *Traité théorique et pratique du Droit pénal*. Librairie du Recueil Sirey, tomo V. NOMOS KOMMENTAR ZUM STGB (2005) dirigidos por Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Nomos. Comentario al parágrafo 235, por Sonnen.

2. LOS PAÍSES ESCANDINAVOS

DINAMARCA

Dentro de la parte especial del Código Penal vigente, de 1933, en el capítulo 26, se ubica el delito del artículo 215: (1) *El que sustrae una persona menor de 18 años a sus padres o a otro a quien corresponda la patria potestad o asistencia o contribuya a que él se sustraiga a tal poder o asistencia, será castigado según el parágrafo 261.* (2) *Del mismo modo será castigado el que ilegalmente lleve el niño fuera del país.*

El artículo 261 se refiere a la privación de libertad: (1) *El que prive a otro de su libertad será castigado con multa o prisión de hasta 4 años.* (2) *Si se busca una ganancia, la privación de libertad ha sido de larga duración o ha consistido en que alguien enajenado o retrasado mental haya sido injustamente retenido o en que alguien haya sido traído al servicio militar extranjero, o al cautiverio, o a otra subordinación en estado extranjero, será castigado con prisión de hasta 12 años.* (3) *El que por grave imprudencia de lugar a las privaciones de libertad del apartado 2 será castigado con multa o prisión de hasta 6 meses.*

El código sufrió una importante reforma el 31 de mayo de 2000, que no afectó al 215 (sí al 261). La referencia al retraso mental se introdujo el 15 de abril 1997 para sustituir la expresión «imbécil» (se trató de un cambio terminológico). El párrafo primero del 215 ha permanecido invariado desde la entrada en vigor del Código en 1933. El 27-11-90 se introdujo el párrafo 2, en virtud de los tratados internacionales sobre sustracción de menores. *El propósito era asegurar que cualquiera, incluido quien tenga parte en la patria potestad, pueda ser penado por sacar ilegalmente a los menores del país* (Gaceta del Parlamento 1990-91 A 386-88). En el informe gubernamental 1099/1987 sobre el marco penal y libertad condicional, existió unanimidad sobre la necesidad de proponer un cambio en el precepto, en el sentido de que no se remitiera al 261 sino que tuviera un marco penal propio, propuesta que de momento no se ha llevado a efecto. Sería correcto, consideraban sus autores, aplicar el 261 a casos –incluso en concurso con el 215– en que se cumplieran las condiciones para una privación de libertad, lo que bien podría ser el caso en la sustracción de niños pequeños. El ámbito independiente del 215 quedaría para supuestos en los que no pudiera establecerse una violación de la libertad, especialmente porque el afectado hubiera dado su consentimiento, pero existiera una violación de los derechos del otro padre o encargado del cuidado.

En el 261 se penalizan las restricciones al libre derecho a moverse de un lugar a otro según propia resolución.

Aspectos civiles

Informe del grupo de trabajo del Ministerio de Justicia sobre la sustracción de menores. Los menores de 18 años están sometidos a la patria potestad, salvo que hayan contraído matrimonio (art. 1 de la Ley sobre patria potestad y convivencia de 14.6.95). Según el parágrafo 2 de la ley, el titular de la patria potestad deberá cuidar del menor y podrá tomar decisiones sobre las relaciones personales del niño teniendo en cuenta sus necesidades e intereses. Si los progenitores tienen la patria potestad en común sobre el niño, normalmente tendrán que estar de acuerdo en todos los asuntos esenciales que le afecten. Ninguno de los padres tiene prioridad sobre el otro para tomar decisiones. Pero cada uno de ellos puede adoptar decisiones sobre asuntos cotidianos. Si los padres están casados entre sí cuando nace el niño o contraen matrimonio entre sí posteriormente, tienen la patria potestad común sobre el pequeño (art. 4 de la ley). Aunque se rompa la convivencia se mantiene la patria potestad común, salvo que alguno de los padres pida la ruptura de ésta. Lo mismo vale en caso de separación o divorcio. Tras el cese de la vida en común, cualquiera de ellos puede exigir en cualquier momento que se ponga término a la patria potestad común. En tal caso, los padres pueden convenir, con la aprobación de un representante del gobierno, cuál de ellos va a tener en solitario la patria potestad (art. 9). Si los progenitores no pueden ponerse de acuerdo, decide el juez a cuál de ellos se atribuye en exclusiva la patria potestad, considerando qué sea lo mejor para el pequeño. Después de esto, los padres pueden volver a acordar la patria potestad común o que ésta sea transferida al otro, debiendo ser aprobado el convenio por el representante del gobierno. Por razones especiales, el juez también puede transferir la patria potestad al otro progenitor, cuando sea mejor para el menor. Si los padres no están casados entre sí, tiene la patria potestad sólo la madre (art. 5,2 de la ley). Pero los padres pueden tener la patria potestad conjunta si emiten una declaración común al respecto. Si los progenitores no casados han vivido juntos durante largo tiempo, y el

padre pide la patria potestad con la oposición de la madre después de la ruptura de la vida en común, decide el juez. Aunque no hayan vivido juntos el juez puede atribuirle al padre la patria potestad, si el cambio es mejor para el niño. Si sólo uno de los padres tiene la patria potestad puede sacar a los niños fuera del país, aunque el otro padre se oponga. Al revés, el padre que no participa de la patria potestad sólo puede sacar al niño del país si el padre que la ostenta está de acuerdo con ello. Si ambos tienen la patria potestad, entonces toman en común las decisiones sobre los asuntos del niño, incluido dónde vivirá el menor o si residirá en el extranjero. Si ambos tienen la patria potestad, pero hay desavenencia sobre quién debe tenerla, ambos deben dar el consentimiento para que el niño abandone el país. La exigencia de consentimiento vale si hay iniciado un proceso sobre la patria potestad o se ha tomado la iniciativa procesal, por ejemplo, solicitando justicia gratuita, o si de otro modo se constata que los padres están en desacuerdo sobre la patria potestad. El hecho de que el niño sea alejado de su residencia habitual puede ser indicio de tal desacuerdo. Si hay disensión, es preciso que se consientan todos los viajes al extranjero, también para viajes muy cortos. Incluso para viajes a los demás países nórdicos. Se exceptúan de la exigencia de consentimiento los viajes a Groenlandia o las islas Faroe. Se puede prestar la conformidad tanto oralmente como por escrito. Puede ser revocada, además, sin especial fundamento. La discrepancia debe ser sobre la patria potestad, no sobre otros aspectos de las relaciones del menor. Los tribunales pueden adoptar medidas provisionales sobre la patria potestad si los padres tienen la patria potestad en común y hay riesgo de que uno de los progenitores quiera sacar al hijo fuera del país. Concorre el riesgo cuando el progenitor ha desaparecido con el menor, o cuando las informaciones indican que quiere salir de Dinamarca.

Aspectos penales

Hasta 1990, año en que se modificó el parágrafo 215, el precepto no se podía aplicar al padre que sacaba al hijo del país o lo retenía en el extranjero, si tenía la patria potestad en común. Sólo se podía dar el delito cuando se mantenía la situación después de que se le hubiera retirado la patria potestad. Actualmente, si no se puede acreditar que haya desacuerdo en la patria potestad, un progenitor que tenga participación en la patria potestad puede llevar al niño fuera del país sin consentimiento del otro. Si por ejemplo los padres sólo están en desacuerdo en si el menor debe residir en el extranjero, esto no hará que el llevar al hijo fuera del país sin consentimiento del otro sea punible. Por otra parte la responsabilidad penal exige dolo. Así, no es suficiente que exista objetivamente un desacuerdo sobre la patria potestad. Deberá poderse probar también que el progenitor afectado era conocedor de ello, o que podía reconocer que existía un desacuerdo sobre la misma. La responsabilidad penal sin embargo apenas supone que el interesado tuviera conocimiento de las reglas del parágrafo 3 de la ley de patria potestad. Debe aceptarse que es suficiente que el progenitor tuviera dolo con relación a las circunstancias fácticas que llevan a que el hecho se califique legalmente como ilegal. Si la patria potestad se transfiere por un tribunal al otro progenitor en solitario, la continuada retención del niño desde ese momento está penada por el artículo 215 del Código Penal danés. Es necesario que el cambio se le haga saber al afectado o que de otro modo pudiera reconocerlo. Según el parágrafo 9 de la citada ley de patria potestad, los hechos están sometidos a la jurisdicción danesa, sin tomar en consideración que puedan estar también penados en las leyes del país en el que el menor es retenido.

En resumen, hay sustracción de menores si un padre que no tiene parte en la patria potestad saca al niño del país sin el consentimiento del titular de la patria potestad. También hay sustracción si, habiendo titularidad común de la patria potestad, uno de los titulares saca al niño del país sin el consentimiento del otro, en una situación en la que hay desacuerdo sobre la patria potestad. No hay infracción cuando el único progenitor que tiene la patria potestad saca al hijo al extranjero. Lo mismo sucede si el niño sale del país legalmente con consentimiento de ambos padres, pero luego es retenido en el extranjero por uno de los ellos contra la voluntad del otro. En cambio si la patria potestad se transfiere posteriormente por sentencia definitiva al padre que se ha quedado en Dinamarca y el progenitor en el extranjero retiene continuamente allí al niño, desde ese momento hay delito. La responsabilidad penal se condiciona a que el padre en el extranjero se le ponga en conocimiento o que de otro modo pueda reconocer que ya no tiene parte en la patria potestad.

El párrafo primero del 215 incluye también la llamada «privación de libertad impropia», es decir, el caso en que un menor de edad, sujeto a la patria potestad, de forma voluntaria se sustrae a este poder. Cuando la conducta incluida en el 215 implica al mismo tiempo una auténtica privación de libertad del menor, se castiga como concurso del 215 y 261.

Jurisprudencia danesa

El 215 tiene una importancia creciente en la jurisprudencia danesa. Nos podemos remitir a la sentencia de la Audiencia Territorial del Este publicada en la *Revista Semanal de Justicia* de 1966, p. 889, donde el acusado fue encontrado culpable del secuestro de un niño de apenas 3 meses y por ello condenado a 2 años de prisión. Además se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo (Højesteret) publicada en 1979 en la misma revista, p. 14, (citada como U 1979 14 H) sobre un padre que, después de que la patria potestad sobre una niña de dos años fuera atribuida a su esposa, en noviembre de 1975, en el ejercicio de su derecho de visitas, omitió devolver a la niña a su madre y la llevó a Sudáfrica, donde residieron hasta que fue detenido en junio de 1978, de modo que la madre estuvo sin ver a la niña dos años y medio. Fue condenado por el 215 y 261 a la pena de 1 año de prisión. En la p. 895 de la misma revista (U 1979 895 H) se refiere el caso de un padre que, después de que la patria potestad de hijo adoptivo común, un muchacho de 11 años, fuera atribuida a la madre en la sentencia firme de separación de 1 de julio de 1977, el día 2 de enero de 1978, sin permiso, llevó al niño a España, donde residieron hasta el verano del mismo año, después de lo cual durante aproximadamente 3 meses vivieron en distintas ciudades escandinavas, hasta que de nuevo volvieron a España donde fue detenido el 11.9.78. En total estuvieron en España más de 8 meses. Fue condenado a 9 meses de prisión por los mismos delitos anteriores. Se puede mencionar también la sentencia de la Audiencia Territorial del Este, publicada en la *Revista Semanal de Justicia* de 1982, p. 746, (U 1982 746 O) donde T1-T5 de diversas maneras colaboraron al éxito de F, sobre cuyo hijo B la madre tenía la patria potestad, en llevarse a B en avión a Holanda, desde donde lo trasladaría a EEUU. Todos los acusados fueron condenados por los delitos de los artículos 215 y 261. La Audiencia Territorial del Oeste, en sentencia publicada en la citada *Revista Semanal de Justicia*, 1998, p. 1725 recoge hechos similares. También la sentencia de la misma Audiencia publicada en la revista de 1999, p. 1270, (U 1999 1270 V) referente a T

y M, que tenían la patria potestad en común sobre D, nacido en septiembre de 1996. Después de que M presentara demanda para terminar con la patria potestad común, se celebró en octubre de 1997 una reunión con el representante del gobierno. Algunos días después viajó T en compañía de D, de 1 año de edad, desde Dinamarca hasta España, donde permanecieron hasta enero de 1998. No se tuvo por acreditado que M, después de la reunión con el funcionario hubiera expresado su renuncia a su petición. Por ello T había sacado ilegalmente del país a D. Fue condenado a 6 meses de prisión. En la sentencia de la Audiencia Territorial del Oeste, publicada en la *Revista de Derecho Criminal* del año 1999, p. 205, (TfK 1999 205 O) el acusado fue condenado por los artículos 215, 261, por haber sustraído entre el 15-7-98 y el 15-4-99 los dos niños a su madre, y el mismo día en que a la madre se le atribuyó la patria potestad por sentencia definitiva de 15-7-98, omitió entregarlos a la misma, y alrededor del 22.7.98 viajó con ellos a Jordania. Fue condenado a 9 meses de prisión. Finalmente hay dos sentencias respectivamente de la Audiencia Territorial del Este y de la Audiencia Territorial del Oeste, publicadas en la *Revista de Derecho Criminal* 2000, p. 23 y 664. En la primera (TfK 2000 23 V) la procesada fue condenada por los artículos 215-261 al llevar a su hijo desde Dinamarca hasta Nueva Zelanda, donde permanecieron ambos hasta ser descubiertos y devueltos. En total sustrajo el niño al padre, que tenía la patria potestad, por un periodo de unos 2 años. En la otra sentencia el acusado sustrajo desde el 10 de julio al 20 de agosto de 1999 a la madre M, que tenía la patria potestad, los niños I y N, de 11 y 7 años respectivamente, en tanto que alejó a los niños y los tuvo a su cuidado hasta que fue llamado por el juez. Después volvió a sustraer a I desde el 6 al 22 de septiembre de 1999.

Otras sentencias destacables:

Domme i Kriminelle sager 1996-98, p. 192. Un padre que no tenía parte en la patria potestad sustrajo dos niños de la potestad materna, viajando a Irán con los pequeños, donde se estableció durante 1 año y medio. Fue condenado a 1 año de prisión.

Silkeborg Kriminalrets dom 19-4-2000. Una madre de 25 años que no tenía parte en la patria potestad, con la ayuda de otra mujer sustrajo a su hija de la patria potestad del padre de la niña, al que se le había transferido la patria potestad por decisión judicial. Escondió a la hija en España. Fue condenada a 6 meses.

BIBLIOGRAFÍA. En la página web del Ministerio de Justicia danés www.jm.dk se pueden encontrar dos interesantes informes: *Straffelovrådets betænkning om straffastsættelse og strafferammer*, que contiene un interesante comentario de la parte especial del Código penal y el informe *børnebortførelser* sobre sustracción de menores, disponible en www.boernebortfoerelse.dk. Sin embargo la página del Tribunal Supremo, Højesteret, apenas ofrece el resumen de algunas sentencias. Los textos legales pueden consultarse en www.themis.dk. Como manual clásico, Hurwitz, Stephen (1952) *Kriminalret. Almindelig del*. G.E.C.Gads Forlag. Copenhague.

NORUEGA

La regulación es similar a la danesa. Desde 1380 hasta 1814 Noruega estuvo unida políticamente a Dinamarca. En el capítulo 20 del Código Penal se encuentran

los delitos referentes a la relación familiar. En el párrafo 216 se castiga *con prisión de hasta 3 años al que causa o colabora en que un menor de edad sea sustraído ilegalmente o permanezca sustraído de sus padres o de otra persona a la que corresponda el cuidado. Bajo circunstancias atenuantes puede aplicarse una multa. La acción pública sólo tiene lugar a petición de algún perjudicado.* (El precepto fue modificado el 8 de abril de 1981). Párrafo 217: *si el delito al que se refiere el párrafo 216 se comete con un niño menor de 16 años con un fin lascivo, se castiga al culpable con pena de 6 meses a 6 años, y con una pena no inferior a 1 año en el caso de que el niño sea menor de 14 años.* (El precepto fue modificado el 4-7-27, el 22-5-53, el 12-12-58, y el 15-2-63). El Código Penal es de 22 de mayo de 1902.

En Noruega desde 1982 es posible la patria potestad conjunta de padres divorciados, y más de la mitad de los padres divorciados han optado por esta solución. En Suecia en 1983 ascendían al 44 % y en 1989 al 76 %. En Dinamarca, el primer año de vigencia (1986) se acogieron el 36 % de los padres.

La práctica del artículo 216 abarca la protección de la familia en sentido tradicional, *con aplicación contra los padres biológicos que sustraen al niño después de la decisión judicial sobre el cuidado tras la ley del menor de 17-7-92, o que ayudan a un menor de 18 años a mantenerse alejado del que ejerce la patria potestad. No raramente se viola el párrafo 216 por el progenitor del niño que después del divorcio o la separación no vive junto a éste de forma permanente y que prolonga las visitas durante un cierto periodo de tiempo más allá del que le corresponde, viaja al extranjero con el niño o permanece allí con él más tiempo del debido o mantiene el paradero del niño oculto al otro progenitor. Pero el precepto no abarca al progenitor que tiene en exclusiva el cuidado y que sabotea el derecho del otro de relacionarse con el niño.* En Rt 1995 s 687 expresa el Tribunal Supremo (Høyesterett) –como obiter dicta– que interpreta el precepto de manera que *no se aplica en relación con los padres que han pactado una patria potestad compartida.* En el fallo Rt 1999 s 1342 el Høyesterett roza este tema pero no lo decide. Esto significa que puede haber acciones impunes aunque en su aspecto externo difieran poco de la sustracción punible. En un informe gubernamental sobre un Nuevo Código Penal (Norges offentlige utredning, NOU 2002: 4) se señala que el sentido de la justicia quizá hablaría a favor de una ampliación del ámbito típico de actuación de modo que padres con derecho de visitas o que tengan parte en la patria potestad reciban la misma protección penal que el titular único del derecho. Por otro lado, considera que la consideración al menor no es suficiente para que los conflictos de los padres que hasta ahora han quedado al margen del derecho penal den lugar a sentencias con imposición de penas para el padre o la madre. Si se comparte este último punto de vista, se puede llegar a abolir el 216. Una solución intermedia podría ser limitar el precepto de modo que fuera aplicable sólo a los casos más graves, por ejemplo, cuando el niño sea llevado al extranjero. En los demás casos habría que conformarse con las posibilidades de la ley del menor de 1981. Pero con el mantenimiento de la prohibición, por lo que se ha optado finalmente, se señala la *desvaloración del tomarse la justicia por su mano en estos asuntos.* El informe aboga por que la edad del menor debería rebajarse como en Suecia y Finlandia (hasta los 15 ó 16 años).

Uno de los últimos casos fallados por el Tribunal Supremo noruego es el siguiente (causa penal 2000/922 de 21-12-00): A había estado casado antes con B. Ambos eran inmigrantes de Marruecos y tenían dos hijos en común. Con motivo de la separación en 1992, los cónyuges celebraron un convenio por el que entre otras cosas se esta-

blecía que B tendrá el cuidado diario de los hijos. Cuando en 1994 B y los niños visitaron Marruecos, consiguió el padre que la policía alzara la prohibición de salida, que sólo podía anularse con el consentimiento del padre. Los niños fueron posteriormente entregados por el padre a los abuelos, que todavía viven con ellos en Marruecos. A fue condenado por el tribunal de segunda instancia a 7 meses de prisión, de acuerdo con el parágrafo 216. El tribunal supremo rechazó el recurso de apelación.

BIBLIOGRAFIA. La legislación puede consultarse en www.lovddata.no, algunas sentencias en la página del Tribunal Supremo www.hoyesterett.no e informes gubernamentales en www.odin.dep.no.

ISLANDIA

Dependió de Dinamarca hasta 1944, y el Código en esta materia es semejante también al danés. El parágrafo 193, incluido en el capítulo 21, sobre delitos contra la familia, establece que *el que sustrae a un menor de edad (menor de 18 años) de sus padres o de otra persona a la que esté atribuido el cuidado o colabore a que el menor se sustraiga de tal potestad o cuidado, será castigado con prisión de hasta 16 años o con cadena perpetua* (ley 82/1998 parágrafo 101). El Código Penal es de 12-8-40.

Según el artículo 39 parágrafo 2 de la ley de menores 20/92 (art. 28 parágrafo 8 de la nueva ley 76/03) *uno de los padres no puede abandonar Islandia con el niño sin el consentimiento del otro, si los padres tienen la patria potestad común*. Si el otro no da su consentimiento, el primero puede solicitar la disolución de la patria potestad común. Esto puede llevar a un proceso por la custodia en el que el juez decidirá quién asume en solitario la patria potestad sobre el niño, teniendo en cuenta lo mejor para el menor. Según el artículo 39 parágrafo 1 de la ley respecto a menores 20/92 (art. 35 parágrafo 4 de la nueva ley 76/03) un tribunal puede, a petición de cualquiera de los padres, ordenar que el niño no abandone Islandia, en caso de que el proceso de disputa por la custodia no haya terminado. Según la ley de protección de menores 80/2002, el presidente de la comisión de protección de menores puede tomar decisiones en situaciones de emergencia, que tienen que ser confirmadas por la comisión en el plazo de 14 días, pudiendo incluso remover a un padre de la custodia. Ninguna previsión legal limita el derecho parental a mudarse de domicilio dentro del país. Los jueces no pueden decidir si al menor se le permite trasladarse al extranjero con su progenitor. *Los casos en que se aplica el artículo 193 del código penal son raros y las «clásicas» sustracciones no son perseguidas.*

Un caso interesante, aunque sea en la jurisdicción civil, fue el HC/IS 363 de 20 junio 2000 del Tribunal Supremo de Islandia, Corte de Apelaciones M.v. K. Las partes vivían en España. Se separaron en 1998 y se divorciaron en 1999. Sus dos hijos, de diez y trece años, vivían con la madre luego de la separación y el divorcio. La madre tenía el derecho de custodia, pero otros derechos, en particular la *patria potestas*, eran compartidos por ambos progenitores. La madre se llevó a los menores a Islandia en septiembre de 1999. En noviembre de 1999, el padre solicitó la restitución de los menores a través de la Autoridad Central de España. El 19 de abril de 2000, el Tribunal de Distrito de Reykjanes se negó a ordenar la restitución de los menores. La madre había expresado que tenía la custodia exclusiva y esto la autorizaba a decidir dónde residirían los menores. El padre apeló ante el Tribunal

Supremo de Islandia. Se otorgó el permiso de presentar evidencia adicional, incluido el informe de un psiquiatra con respecto a las opiniones del hijo menor y las declaraciones de un Juez español y de la Autoridad Central de España con respecto a legislación en materia de custodia de España. Se declaró que el traslado fue ilícito y no se probó ninguna de las excepciones en la medida exigida en virtud del Convenio. Es importante tener en cuenta que mientras que la legislación de Islandia tiene sólo un término para el concepto de custodia, el derecho español tiene: «Patria Potestad», «Guardia», «Custodia» y «Cuidado». En el marco del derecho de Islandia, los padres tienen la custodia conjunta o uno de ellos tiene la custodia exclusiva.

BIBLIOGRAFÍA. En la página del Tribunal Supremo (Haestirettur) se puede encontrar una introducción al sistema islandés en inglés y la traducción de ciertas sentencias al danés. El código penal está en internet en formato pdf traducido al danés y otros idiomas.

SUECIA

Lidera otra forma de tipificar el delito. El Código Penal en el capítulo 7 (Delitos contra la familia) contiene la sección 4.^a: *Una persona que sin autorización separe a un niño menor de 15 años de la persona que tiene su custodia será castigado, salvo que el delito sea uno contra la libertad, por conducta arbitraria en relación al menor, a la pena de multa o prisión por un máximo de un año. Lo mismo se aplica si una persona que tiene la custodia de un menor de 15 años en común con otra, sin una buena razón se lleva al niño, o si la persona que tendrá la custodia sin autorización toma posesión del niño y por tanto actúa arbitrariamente. Una persona es también criminalmente responsable bajo el párrafo anterior, si sin autorización separa a un menor de 15 años de la persona que tiene su custodia en virtud de la ley de provisiones especiales sobre el cuidado de menores (1990:52) salvo que el delito sea uno contra la libertad o promoción de fuga. Si el crimen contra las provisiones de los párrafos 1 y 2 es grave, el acusado será condenado a pena de prisión de no menos de 6 meses y no más de 2 años (ley 1993:207). Sección quinta: la tentativa de falsificar el estatus familiar o la tentativa de grave conducta arbitraria en relación con un menor será castigada conforme a las provisiones del capítulo 23 (referente a la tentativa) (ley 1993:207). Sección sexta: la conducta arbitraria referente a un menor no puede ser perseguida por la Fiscalía salvo que exista interés público (1973:648). El Código (Brottsbalk) es de 1962 y entró en vigor el 1 de enero de 1965. La referencia a los 15 años está desde 1902, en el código anterior.*

Aspectos civiles

Desde el nacimiento el niño está automáticamente bajo la patria potestad compartida, siempre que ambos padres estén casados entre sí. Si no están casados entre sí, la patria potestad recae sólo sobre la madre. Si los padres contraen posterior matrimonio, adquieren ambos la patria potestad común sobre el hijo. Si los progenitores no están casados entre sí, también se puede adquirir la patria potestad común por inscripción registral. El cambio de la patria potestad puede tener lugar de varias ma-

neras. En caso de diferencias matrimoniales, una sentencia judicial puede atribuir la patria potestad a uno sólo de los padres. Si éstos están de acuerdo en cambiar la titularidad de la patria potestad, pueden convenir en este punto. El acuerdo tiene que ser reconocido por la autoridad administrativa. Con la finalidad de fomentar la patria potestad común se modificó la legislación en 1998. El tribunal puede establecerla en contra del parecer de uno de los padres, siempre que sea lo mejor para el niño. También es posible atribuir la patria potestad a una o dos personas especialmente designadas distintas de los progenitores (por ejemplo en caso de padres maltratadores, negligentes, fallecidos). Si los padres tienen la patria potestad común pero no viven juntos, pueden pactar con quién ha de vivir el niño. Este convenio ha de ser aprobado por la autoridad administrativa. Si no alcanzan un acuerdo puede cualquiera de ellos puede pedir que decida el juez. El niño tiene derecho a relacionarse con el padre con el que no conviva. Los padres pueden pactar estas visitas, que deben ser aprobadas por la autoridad administrativa; si no pueden ponerse de acuerdo decide el juez, teniendo en cuenta lo que sea mejor para el menor. Si hay riesgo de que uno de los progenitores sustraiga al menor, se le puede negar por el juez la participación en la patria potestad.

Aspectos penales

Primer caso: alguien separa ilegalmente al niño del titular de la patria potestad

En este apartado seguimos el trabajo de la profesora Kullman. Ocultar hace referencia a aquellos procedimientos por los que el autor, por sí o por medio de cómplices, mantiene al niño lejos del titular de la patria potestad de modo que el niño queda separado de él. Este caso se da cuando el delito es cometido por extraños. NJA 1974 s 614. Un hombre se llevó a una niña de 5 años de un parque infantil a su domicilio donde ésta permaneció hasta la noche. El había bebido alcohol y afirmó que no recordaba cómo la niña fue a parar a su apartamento. A la mañana siguiente llevó a la niña de vuelta a su domicilio. El tribunal de primera instancia lo procesó por privación de libertad ilegal. El tribunal no aclaró si el procesado la obligó a acompañarle o si la niña lo hizo voluntariamente. Pero la razón indicaba que el hombre debería haber comprendido que gracias a hacer que la niña lo siguiese hasta casa la separaba de los titulares de la patria potestad y que esto hacía para ella imposible tomar el camino de su casa. El hombre así la había privado de libertad. El delito de la sección 7:4 es subsidiario de 4:2 y se le procesó por delito contra la libertad. Con la misma acción no es posible la condena por los dos tipos.

Caso segundo: se lleva al niño quien tiene la patria potestad en común

Fundamentalmente en casos de crisis matrimonial en la que uno de los progenitores se lleva a los niños con él –generalmente al extranjero– arbitrariamente y sin razón justificativa. Los padres que tengan la patria potestad en común pueden evitar la responsabilidad alegando que se llevaron al niño por motivos dignos de consideración. Pero el que no la tiene corre un elevado riesgo de ser condenado.

¿Qué se entiende por «razón considerable»? Un requisito general es que los riesgos a los que está expuesto el menor puedan ser contrarrestados o eliminados por medio del cambio de ambiente. NJA 1983 s 750. Un hombre y su mujer tenían la patria potestad

común sobre su hija de 6 años. Después de un problema matrimonial el hombre se lleva arbitrariamente a la hija del domicilio común a una nueva vivienda en otra población. Alegó que era la mejor solución para la niña. La mujer entre tanto demandó el divorcio y obtuvo la patria potestad en solitario sobre la niña. El padre entonces le entregó la hija. El padre ante el HD hizo valer que la hija, con la separación de los padres, habría sufrido daños de quedarse con su madre en su ambiente y que actuó en consideración a la menor. Sin embargo, el tribunal no halló ningún dato que indicara que la niña habría sufrido un daño de quedarse en casa con su madre, sino que hubo más riesgo para la niña al sacarla de repente de su casa y alejarla de su madre. Los niños tienen una fuerte necesidad de relaciones estables. RH 1987: 86 Un hombre se había llevado a sus dos hijos de Suecia a Túnez. Tenía la patria potestad en común con su esposa. Entre tanto, la madre pidió la patria potestad en solitario y se le adjudicó. Durante el proceso se encontraron los niños en Túnez sin contacto con la madre. El padre alegó tener una considerable razón. Los niños se encontraban psíquicamente mal y consideró que estarían mejor en casa de sus parientes en Túnez. El tribunal no lo aceptó, pues los niños fueron llevados al extranjero y apartados de ambos progenitores. Esto no podía interpretarse como lo mejor para los niños, sino que por el contrario podía suponer importantes riesgos para la salud de los menores y para su desarrollo futuro. Sentencia del TS sueco (Högsta domstolen) de 22-12-06 B-4407-06. (capítulo 7 sección 4 código penal). El tipo no puede comprender que un titular de la patria potestad contra la voluntad del otro titular (patria potestad común) retenga al niño en un lugar donde inicialmente es llevado por acuerdo entre los padres. El tipo incluye tanto el caso del padre que no tiene la custodia del niño y que se lo lleva, como el caso del progenitor que oculta el niño al que tiene la patria potestad (NJA 1992, s 566 y 1993 s 277). Esta sentencia, y su doctrina, es citada en la de fecha 23-5-07 (en un caso de daños y perjuicios), por el mismo tribunal, para decir que el caso a enjuiciar no es igual que el anterior, pues el padre, en junio de 2002, no devolvió la hija a la madre en el momento pactado después de una visita, sino que se la llevó a España y allí estuvieron hasta el 6-11-2002, sin que la madre tuviera en ningún momento conocimiento durante ese tiempo del paradero de la niña. Ya antes, en el caso del HovR:n (Tribunal de Segunda Instancia) (RH 1999:68) se planteó si un retenedor del niño contra la voluntad del otro custodio podía ser considerado autor de un delito. El caso consistió en que el padre fue procesado por llevarse sin razón atendible a los dos hijos comunes a un lugar desconocido en Túnez, del 18 de junio hasta el 26 de septiembre de 1998. Ambos progenitores tenían la custodia compartida. El padre alegó –con éxito en la segunda instancia– que la madre conocía el lugar en que estaban los niños (de hecho en él pasaban las vacaciones anuales), que había posibilidad de contacto telefónico, que la madre consintió el viaje, que el regreso estaba previsto para agosto y se quedaron hasta septiembre por un problema con los billetes de avión. El tribunal le absolvió, frente al criterio del Tribunal de Primera Instancia que le consideró autor del delito de arbitrariedad con menores, considerando que éstos se vieron alejados forzosamente de su lugar de residencia contra la voluntad de la madre durante un mes, e impedidos de ir al colegio. El Tribunal de segunda instancia considera delictivo colaborar fácticamente en llevarse a los niños al extranjero sin el consentimiento del otro progenitor, pero no el impedir su regreso junto al otro custodio.

Tercer caso: tomar por la propia mano la patria potestad

Se trata de casos en que una sentencia transfiere la patria potestad de un padre al otro, y el beneficiado se lleva el niño sin solicitar la ejecución de la sentencia con-

forme establece la ley. Llevarse en contra de la voluntad del otro supone un riesgo de que el niño se vea expuesto a escenas dolorosas y tenga una influencia psíquica negativa en el niño.

Separación del cuidador

Protege el segundo párrafo la intromisión en la custodia fáctica siempre que la misma se base en una resolución adoptada conforme a la ley de previsiones. La asunción del cuidado de esta ley se produce contra la voluntad de los titulares de la patria potestad (por malos tratos, abusos, falta de cuidado). El tipo se refiere al que separa al niño de este cuidador. También pueden cometer el delito los padres biológicos. Éstos no tienen permiso para llevarse el niño sin consentimiento de los servicios sociales. El tipo es subsidiario de los privativos de libertad y de la promoción de fuga (17:12).

Gravedad de los hechos

Casi todos los casos jurisprudenciales se refieren a niños llevados al extranjero. NJA 1992 s 566 y NJA 1993 s 277. Un hombre foráneo llevó a su hija desde Suecia a un lugar desconocido, posiblemente en el extranjero. Se le condena tres veces, porque no colabora a que la menor vuelva con la madre. Se considera que el hecho en conjunto es grave, porque la niña durante largo tiempo se ve obligada, contra la voluntad de la madre, a permanecer en un lugar extraño y con personas desconocidas. NJA 1993 s 128. La madre de un niño se negó a cumplir una sentencia que transfería la patria potestad desde ella hasta el padre, ocultándose en diferentes lugares, probablemente en la región de Estocolmo. Se justificó diciendo que creía que el padre había abusado sexualmente del niño y que existía riesgo de que se repitiera de nuevo. Sus sospechas obedecían a cambios en la conducta del niño junto con cosas que el menor decía y que apuntaban hacia el abuso. En el proceso anterior sobre patria potestad se consideró que la acusación de incesto no tenía fundamento. El HD la condenó, considerando que el padre había obtenido la patria potestad, que la sentencia ya había valorado el riesgo de abuso sexual por parte del padre y que la madre no pudo presentar ningún otro dato que los que ya se tuvieron en cuenta en su momento. Su actuación hizo imposible todo contacto entre padre e hijo. No se consideró grave en atención a que actuaba creyendo que era lo mejor para el hijo. De todos modos dos miembros del tribunal estuvieron en desacuerdo con la condena, ya que la ley también reconoce el estado de necesidad putativo. NJA 1995 s 269. Un hombre se había llevado a su hijo, de todavía un año de edad, del lado de la madre hasta Túnez, su país. Lo dejó allí y él volvió a Suecia. El niño se desplazó posteriormente a la casa de un pariente en Austria. Desde la sustracción no ha vuelto a ver ni a su padre ni a su madre. El delito se califica de grave porque el menor ha sido arrancado de su ambiente y llevado a un país extranjero donde se le ha obligado a vivir impedido de los contactos con su anterior domicilio. Y luego de los contactos con sus progenitores. RH 1987: 86. Un hombre se llevó a sus dos hijos de 3 y 8 años a Túnez, donde permanecieron sin contacto con la madre. El hombre cumplía una pena privativa de libertad en Suecia por violación y planeaba ir a buscar a los hijos cuando quedara en libertad. Alegó tener un motivo considerable para actuar así, alegación rechazada por el tribunal. El delito fue calificado de grave porque ambos niños habían nacido y se había criado en Suecia y por medio del hecho habían sido apartados de ambos padres y estaban en un país con otro

idioma y cultura. RH 1990: 152. Dos niños son alejados de la madre, quien tenía la patria potestad en solitario sobre ellos, por su padre, que los llevó a EEUU. Planeaba allí una residencia duradera para ellos, organizando la escolarización. La madre viajó a EEUU y regresó con los niños a Suecia. Se calificó el crimen de grave al ser llevados los niños a otro país con la intención de mantenerlos allí ocultos al titular de la patria potestad. HR 1993: 52. Una mujer iraní se domicilió en Suecia con sus dos hijos. Su marido tenía la intención de incorporarse a la familia cuando liquidase los asuntos en su país. Pasado algo más de un año, demandó la mujer el divorcio tanto en Irán como en Suecia. Algunos meses después llegó el marido a Suecia, según propia información para establecerse allí con su familia. Cinco días después de la llegada, se llevó a los hijos de la casa de su mujer hasta Irán. Alegó que estaba preocupado por los niños. Algunos días después se llevó a los pequeños a un viaje de negocios a Hamburgo. Allí supo que su mujer había puesto una denuncia penal. Y regresó a Irán con los niños. Para el derecho sueco los padres tenían la patria potestad común en el momento de la sustracción. Fue condenado al entender el tribunal que tenía la intención de alejar a la madre de los niños de forma definitiva cuando realizó la acción. No se calificó de grave porque pidió varias veces a la madre que fuera a buscarlos ella porque si él regresaba a Suecia corría el riesgo de una condena penal.

Tentativa

Sólo es punible en los casos graves (que como hemos visto, suelen ser aquellos en los que se lleva al niño al extranjero). Según 23:1 puede ser penado el que inicia un delito sin que lo consume si hay peligro de que la acción llevase a la consumación o si tal peligro estuviera descartado sólo por circunstancias casuales. La pena máxima es la misma que la del delito consumado, 4 años.

Regla procesal especial

La sección 7:6 exige un interés general para que el fiscal pueda proceder. En el proyecto de ley se dice que cuando afecte a la ley de previsiones especiales, el fiscal deberá consultar con los servicios sociales antes de proceder. En la propia naturaleza de las cosas radica que la persecución no puede omitirse en los casos graves.

Umgängessabotage (sabotaje de relaciones)

Se trata del caso del progenitor con el que convive el niño y que, de diferentes maneras, dificulta la relación del niño con el otro progenitor. Estas situaciones no están incluidas en el tipo penal.

Posibilidad de ser condenado varias veces

NJA 1991 s 241 el HD afirmó que una persona condenada por este delito puede ser condenada de nuevo si continúa ocultando el niño al titular de la patria potestad. Se confirma en NJA 1992 s 566 donde se afirma que una sentencia anterior no impide un nuevo proceso por omitir adoptar medidas para devolver al niño, lo que vale especialmente si se lleva al niño de Suecia o se encuentra en lugar desconocido. Pero puede ser absuelto si ha hecho lo que ha podido para devolver al niño o si ha perdido la posibilidad fáctica de hacerlo. En NJA 1993 s 277 el autor fue procesado por tercera

vez. Podía ser condenado si en este nuevo periodo de tiempo ha seguido ocultando al niño al titular de la patria potestad. Puede ser condenado cada dos por tres mientras dure la ocultación y hasta que el menor cumpla 15 años.

BIBLIOGRAFÍA. En la página web del Tribunal Supremo (Högsta domstolen) se pueden encontrar algunas sentencias. El Código Penal está disponible en la red en formato pdf en sueco e inglés (Brottsbalk). Sobre esta materia es muy importante el trabajo de KULLMAN, Linda (dirigida por Gösta Westerlund) (1999): *Egenmäktighet med barn –en studie av 7 kap 4 brottsbalken*, de la Universidad de Goteborg, del que hemos tomado la mayor parte de los datos, que está en internet en formato pdf. ANDERSON, Maria (2004) *Olovliga bortföranden av barn i internationella förhållanden*. Lunds universitet. Tesis doctoral disponible en Internet.

FINLANDIA

La concepción del delito de sustracción de menores en este país es similar a la sueca. El Código Penal es de 19-12-1889. No en el capítulo 18 (delitos contra los derechos familiares) sino en el capítulo 25 (delitos contra la libertad) (de 21-4-95), en el parágrafo 5 (introducido en 22-12-05) se castiga el delito que nos ocupa: *si el padre, padre adoptivo o tutor de un niño menor de 16 años o quien esté cerca del menor arbitrariamente asume la custodia del niño o arbitrariamente asume la custodia del niño de la persona que tiene su cuidado para alguna de las personas anteriormente citadas será, él o ella, castigado con pena de multa o con prisión de hasta 6 meses, si los hechos no son incluíbles en el parágrafo 5 a. Parágrafo 5 a (22.12.05): si el retentor arbitrario del niño: 1) en contradicción con el derecho a asumir el cuidado del niño, se lleva al niño del Estado en el que el niño está domiciliado o lo retiene fuera del Estado y 2) ejerce fácticamente el derecho a asumir el cuidado del niño desde el momento en que el niño es llevado fuera o retenido fuera o debería haber sido llevado si no lo fue o si la retención fuera no hubiera tenido lugar, será castigado con multa o prisión de hasta 2 años.*

En Finlandia sí es posible la condena por estos tipos y por un delito contra la libertad.

Aspectos civiles

La patria potestad sobre un niño se determina por el matrimonio, decisión judicial o acuerdo entre los padres. Titulares de la patria potestad son o bien ambos padres juntos o sólo uno de ellos. Si los padres están casados entre sí cuando el niño nace, tienen ambos progenitores la patria potestad común. Si la madre del niño no está casada, tiene ella sola la patria potestad. También después de que la paternidad del padre haya sido establecida, la madre continúa ejerciendo en solitario la patria potestad, salvo que ambos se pongan de acuerdo sobre lo contrario o una sentencia judicial, en caso de necesidad, decida sobre la patria potestad. Los padres pueden ponerse de acuerdo entre sí acerca de la patria potestad en común o en que la patria potestad se asigne a uno de ellos en solitario. Por regla general, la patria potestad común es de interés si los padres no viven juntos, por ejemplo después de un di-

vorcio. El acuerdo debe ser ratificado por las autoridades sociales. Si los padres no pueden ponerse de acuerdo decide un juez. En caso de patria potestad común es preciso el acuerdo de ambos padres en los asuntos personales o importantes del niño: escolaridad, cambio del domicilio del menor, pasaporte (finés) para el niño. *En estos casos de patria potestad común, uno de los padres no tiene derecho a sacar al niño del país sin consentimiento del otro, aunque vaya a vivir a casa del padre que lleva al niño fuera. La situación es otra si es uno de los progenitores el que tiene la patria potestad en solitario. El decide los aspectos personales del menor y no necesita el consentimiento del otro padre. Éste no tiene derecho a decidir lo que afecta al niño, ni tiene derecho a llevarlo al extranjero sin el consentimiento del titular de la patria potestad.*

Un caso interesantísimo es el siguiente: TEDH Nuutinen v. Finlandia. 27 de junio 2000. En 1987 el recurrente ante el TEDH fue condenado a 1 año de prisión por haber creado peligro para otros. En 1990 fue condenado por homicidio en tentativa a 3 años de prisión. Cuando cometió el delito no tenía el completo control de sus facultades, aunque no precisó ayuda psiquiátrica. El 21-1-92 el tribunal de Kuopio le condenó por haber amenazado y agredido a la que entonces era su novia, H. El delito lo cometió cuando no tenía el completo control de sus facultades en octubre de 1991, durante el embarazo de H. Fue condenado a 3 meses de prisión. En marzo de 1992 H dio a luz a la niña I. Las dos se trasladaron de Kuopio a Helsinki. En noviembre de 1992 el recurrente fue excarcelado y reconoció a I como su hija, pero, ante la oposición de H, un juez rechazó confirmar el reconocimiento. En septiembre de 1993 el recurrente entabló demanda de reconocimiento de paternidad, solicitando la patria potestad compartida y un derecho de visitas todos los segundos fines de semana del mes, de viernes a domingo y el derecho a pasar parte de las vacaciones con I. La madre se opuso a la paternidad, a la custodia compartida y a todo tipo de contacto de I con el recurrente. En abril de 1994 H se casó con otro hombre. La madre se negó a entregar muestras de sangre de la niña. Los servicios sociales pusieron de manifiesto que el recurrente no quería tener contacto con H ni con su nuevo marido, y que deseaba que las autoridades actuaran como intermediarios durante el periodo inicial de contactos con la niña. También aludían al fuerte miedo que H tenía al recurrente. El 16-12-94 el tribunal de Kuopio confirmó la paternidad del recurrente respecto a I (lo que ya no fue discutido por la madre). Se estableció un inicial periodo de visitas el último sábado de marzo, abril y mayo de 1995, en Helsinki, en los locales de una asociación especializada. La decisión final sobre las visitas y la custodia se pospuso hasta el 2-6-95. El 2-3-95 un psiquiatra infantil advirtió del peligro físico y psíquico de unas visitas del padre a la niña. El 22 de marzo los servicios sociales le comunicaron al padre que la visita del 25 de marzo no tendría lugar, porque la madre, que temía algún mal para la niña, no la iba a llevar, a pesar de todos los esfuerzos desplegados para convencerla. El recurrente supo incluso que la madre había mantenido oculta su paternidad a la niña. El 21-4-95 recibió otra carta de los servicios sociales donde se le informaba que la madre no iba a llevar tampoco a la niña a la visita de abril. En una previa conversación telefónica se la había sugerido a la madre que un policía uniformado asistiese al encuentro,

pero la madre lo había rechazado diciendo que quería asistir ella en persona. Cuando se le dijo que se la podría complacer, se retractó de su consentimiento. El 18 de mayo se le comunicó al padre que tampoco acudiría la niña al encuentro de mayo. El 24 de mayo la madre consiguió, apelando a la condena de 1992, que el domicilio suyo y de su hija fuera declarado secreto durante 2 años. El 29 de mayo los servicios sociales emitieron su informe en el sentido de que en las actuales circunstancias las visitas no eran beneficiosas para la niña, si bien a largo plazo serían convenientes. El 15 de junio de 1995 el tribunal concedió la custodia exclusiva a la madre, y al padre un derecho de visitas de 2 horas el último sábado de cada mes. Los servicios sociales se reunieron 3 veces con la madre, con el padre sólo tuvieron conversaciones telefónicas en las que se mostró amenazante. Con el psiquiatra infantil no quiso entrevistarse, habló con él por teléfono haciéndose pasar al principio por un vecino y luego amenazándole con procedimientos legales y mala publicidad. Según los servicios sociales la niña era equilibrada, con una actitud confiada ante los adultos. El psiquiatra informó que no debía concederse derecho de visitas al padre porque la madre le tenía miedo y la niña podría percibir este miedo. El tribunal consideró que la niña de 3 años, con un desarrollo equilibrado, no se vería afectada por unas visitas de 2 horas supervisadas. Antes de la discusión de la apelación formulada por ambas partes se intentó una conciliación sin éxito, pues la madre se negaba a todo contacto de la niña con el padre y éste estaba tan agresivo y amenazante que era imposible el diálogo. La Corte de apelaciones del Este de Finlandia hizo pequeños cambios en el régimen de visitas y ambas partes recurrieron al Tribunal Supremo. El 7 de marzo de 1996 rechazó el recurso. En diciembre de 1996 el padre inició nuevo proceso por la custodia compartida. Se nombraron conciliadores, que remarcaron que la madre no llevó a la niña a las entrevistas y que el padre se podía poner muy agresivo y no comprendía que era un completo extraño para la niña. Por ello habría que esperar a que la niña estuviera preparada y se sintiera segura y tranquila. El 7 de abril de 1997, el tribunal (compuesto de un juez profesional y 3 legos) decidió que las visitas limitadas en lugar supervisado no eran contrarias al interés del menor, y que durante 6 meses estuvieran presentes un supervisor profesional y la madre o alguien próximo a la niña, mientras que el padre no podría ir acompañado de otras personas. Y para garantizar el anonimato del paradero de la niña, ella y la madre llegarían 10 minutos después del padre y se irían 10 minutos antes. La decisión fue confirmada en apelación y por el Tribunal Supremo. Mientras tanto continuó el segundo ramo de la solicitud de custodia compartida ante el Tribunal de Helsinki, que en su sentencia de 29-4-98 rechazó la custodia compartida, revocó las visitas y mantuvo el secreto del paradero de la niña. Los expertos afirmaron que el padre no comprendía el mundo de una niña de 5 años. El tribunal consideró que el miedo de la madre era sincero y basado en su experiencia cuando estuvo embarazada de la niña. Y que unas visitas sin riesgos para la niña sólo podrían tener lugar cuando ésta pudiera formarse su propia opinión, esto es, cuando tuviera 14 ó 15 años. En diciembre de 1998 la Corte de apelaciones de Helsinki rechazó el recurso del padre recurrente: la niña había estado sometida a un conflicto entre los padres excepcionalmente fuerte.

Una niña de 5 años no estaba capacitada para formarse por sí misma una opinión distinta de los temores de su madre. Una reunión con el padre podría causarle confusión, ansiedad y problemas mentales más graves. Aun reconociendo la importancia de crear una relación entre padre e hija lo más pronto posible, bajo las concretas circunstancias, era contrario al interés del menor. El 23-2-99 lo confirma el Tribunal Supremo.

El TEDH entiende en su sentencia que más de 5 años de pleito es excesivo en una materia de custodia y que el procedimiento ha excedido del tiempo razonable. Sobre la violación del artículo 8 referido al derecho a la vida familiar, el Tribunal considera que la obligación de las autoridades de adoptar medidas para facilitar los encuentros entre un padre y su hijo no son absolutas, especialmente cuando ambos son extraños el uno para el otro. A veces ese contacto no puede ser inmediato y requiere de medidas preparatorias, en las que la cooperación de todos es un importante ingrediente. La obligación de aplicar la coerción puede ser limitada, al deberse tener en cuenta los intereses, derechos y libertades de todos los afectados. Lo decisivo es si las autoridades nacionales han dado los pasos necesarios para facilitar el contacto considerando todas las circunstancias del caso. El recurrente no cooperó suficientemente con las autoridades sociales para que éstas pudieran preparar sus informes, y se comportó de forma inapropiada y agresiva.

Hay un voto particular concluyente que considera que sí se violó el artículo 8, porque las resoluciones judiciales que no se ejecutan se convierten en meras sugerencias. Las ventajas finales obtenidas por la madre reacia recuerdan a las del *beatus possidens* –en el derecho de propiedad, la situación de la persona que tiene la posesión efectiva del objeto litigioso, con clara ventaja sobre la persona que reclama derechos reales pero no tiene la posesión del objeto–. El imperio de la ley supone, como dice el voto particular, la sustitución del poder privado, que incluye la resistencia pasiva del *beatus possidens*, por el poder público. Si a los súbditos se les niega el apoyo del poder público, es decir, si se les niega la justicia real, se llega a un predominio de los ciudadanos que violan la ley sobre los que la observan. Además, en los procesos de custodia hay un elemento dinámico. La tardanza o la falta de ejecución de las resoluciones puede modificar la completa valoración de cuál sea *ahora* el predominante interés del menor. Después de un decisivo transcurso de tiempo resulta que ya no es interés predominante del menor conocer a su propio padre... El paso del tiempo ha convalidado retroactivamente las acciones de una madre que durante años ha desatendido todas las decisiones judiciales que no le han convenido, contra la máxima romana de que *quod ab initio vitiosum est, tractu tempore convallescere non potest*.

BIBLIOGRAFÍA. Ministerio de Justicia finés, www.om.fi y página del Tribunal Supremo (Högsta domstolen) que tiene algunas sentencias traducidas al sueco, segunda lengua oficial del país, y un mayor número en finés.

Las conclusiones de este primer grupo de países son que a) existe una gran interrelación entre los tipos penales y la regulación del derecho de familia de cada Estado –no existiendo en muchos casos los matices entre patria potestad y custodia que se dan en nuestro derecho civil–; b) que en muchos países nórdicos el tipo penal tiene un fuerte componente de realización arbitraria del propio derecho, cuando la conducta es realizada por un progenitor contra el otro; c) que en este círculo de países la

mayor preocupación de los legisladores es evitar la salida de los menores del país. En este sentido, cuando ambos progenitores tienen la patria potestad en común, parece que no habría delito en sacar del país a los hijos en Dinamarca (salvo que esté objetivada una disputa sobre la propia patria potestad común) ni en Noruega, pero sí podría existir el delito en Islandia (aunque no se suele perseguir en la vía penal), en Suecia y en Finlandia.

3. PAÍSES DEL CÍRCULO FRANCÉS

FRANCIA

El Código es de 22-7-92 y entró en vigor el 1-3-94. Los artículos que nos interesan fueron modificados el 1-1-02 para adaptar las multas al euro. 227-5 *El hecho de negarse indebidamente a presentar un menor a la persona que tiene derecho a reclamarlo se castiga con un año de prisión y 15.000 € de multa.* 227-6 *El hecho de que una persona que cambia su domicilio a otro lugar cuando los niños residen habitualmente con ella, no comunique su cambio de domicilio en el periodo de un mes a contar desde el cambio, a los que pueden ejercer respecto de los niños un derecho de visitas o de alojamiento en virtud de sentencia o de convenio aprobado judicialmente, se castiga con 6 meses de prisión y multa de 7.500 €.* 227-7 *El hecho de sustraer un ascendiente legítimo, natural o adoptivo, un niño menor de manos de quien ejerce la autoridad parental o de aquellos a quienes ha sido confiado o en cuya casa tiene su residencia habitual se castiga con 1 año de prisión y multa de 15.000 €.* 227-8 *El hecho cometido por persona distinta de las mencionadas en el artículo 227-7 de sustraer, sin fraude ni violencia, a un niño menor de las manos de quienes ejercen sobre él la patria potestad o de aquellos a quienes ha sido confiado o en cuya casa tiene la residencia habitual se castiga con 5 años de prisión y 75.000 € de multa.* 227-9 *Los hechos definidos en los artículos 227-5 y 227-7 se castigan con 3 años de prisión y 45.000 € de multa: 1) si el menor es retenido más de 5 días sin que los que tienen derecho a reclamar que les sea presentado sepan dónde se encuentra; 2) si el menor es retenido indebidamente fuera del territorio de la República.* 227-10. *Si la persona culpable de los hechos definidos por los artículos 227-5 y 227-7 ha sido privada de la patria potestad, los hechos se castigan con 3 años de prisión y 45.000 € de multa.*

Antecedentes

Garraud explica que la antigua jurisprudencia francesa distinguía entre el rapto violento y el rapto de seducción. El primero era un medio para cometer la violación de una joven o una mujer. El segundo era el secuestro cometido sin violencia, pero contra la voluntad y a espaldas de los padres, de una niña o hija menores, para arrastrarla al desenfreno o para consumir un matrimonio clandestino. Difería del anterior en cuatro puntos: no era preciso el traslado de un lugar a otro; se cometía con niñas o viudas menores; se hacía bajo promesa de matrimonio; se hacía con consentimiento de la persona seducida. De estos dos tipos de rapto el código penal de 1791 sólo mantuvo el primero. Se castigaba el rapto de una niña menor de 14 años, cometido

con violencia, con la finalidad de abusar de ella o prostituirla. El código penal de 1810 retomó la distinción tradicional, con profundas modificaciones: sólo castigaba el rapto de menores, con un tipo especial para cuando se era niño (hasta los 7 años). Si el hecho se cometía por medio de fraude o violencia se castigaba con reclusión o trabajos forzados a tiempo, según que la víctima fuera mayor o menor de 16 años. El rapto de seducción sólo era punible cuando se trataba de una niña menor de 16 años. Se castigaba con trabajos forzados a tiempo si el autor era mayor de 21 años y con prisión correccional si no había cumplido esa edad. El artículo 345 referido a los menores (se entiende que menores de 7 años) sólo se aplicaba si la edad era tan baja que el niño no habría conservado ningún recuerdo de su identidad. El niño, por otra parte, sólo estaba protegido por el atentado sin violencia hasta los 13 años. Una ley de 5 de diciembre de 1901 añadió un párrafo al artículo 357 para castigar el secuestro de un niño por el padre o madre privados de su guarda.

El nuevo Código Penal ha procedido a una refundición completa para simplificar y clarificar la norma penal (Circ. 14-5-93). Los atentados al ejercicio de la autoridad parental (en los que se busca apoderarse de la persona del menor y el autor se comporta como una especie de ladrón del niño, Pradel) se pueden clasificar así:

A) DELITO DE NO PRESENTACIÓN DE UN MENOR

Está constituido por el hecho (art. 227-5) de rechazar indebidamente presentar un menor a la persona que tiene derecho de reclamarlo (por un derecho de guarda, de visitas o de alojamiento). Es una especie de abuso de confianza en el que el objeto es el menor y sus guardas las víctimas. El fundamento del derecho puede ser diverso: resolución judicial en materia de divorcio, sea provisional o definitiva (toda resolución judicial provisional sobre la guarda de menores es ejecutiva, Crim 8-5-79), decisión del juez de tutelas, del juez de menores. Después de una decisión ejecutiva hay delito aunque: *a)* se haya recurrido la resolución; *b)* aunque el recurso revoque la decisión: de modo general, las decisiones nuevas que tienen por objeto reformar o revocar la decisión judicial inicial no afectan en nada a la obligación de respeto de ésta (Crim 29-11-82); *c)* aunque la guarda se haya transferido de un esposo al otro (Crim 1964, 1965, 1982: la modificación posterior de la relación de las partes, al transferirse la guarda de uno de los padres al otro, no puede tener el efecto de despojar al hecho inicial de su carácter delictivo (Crim. 8-12-64); *d)* aunque el matrimonio se haya anulado. No hay infracción si no se presenta el menor a una persona que ha perdido el derecho de visitas (Crim 1992). Es precisa una notificación conforme al 503 Código de procedimiento civil. Pero, sin embargo, Crim 23-6-99 afirma que el acusado tuvo necesariamente que conocer la resolución en cuanto que la había apelado y esto fue suficiente. El delito se consuma en el lugar en el que debe hacerse la entrega del menor (Crim 27-11-68, 4-1-90, 24-6-92), y en caso de ausencia de designación expresa, en el domicilio de la persona que tiene derecho a la entrega (Crim 14-4-99). La ley francesa es incompetente si el derecho de visitas debe ejercerse en el extranjero (Crim 27-10-66, 16-7-69). No estando subordinada la persecución penal a la denuncia del perjudicado, su retirada no impide la continuación de la persecución (Crim. 29-4-76). *Elemento material:* el modo de ejercicio del derecho de guarda o del derecho de visitas está determinado por el juez, y toda derogación del mismo puede constituir el delito, por pequeña que sea. Si el derecho de visitas está fijado el jueves, quien tiene la guarda puede oponerse a que se ejercite el miércoles:

la mujer no pudo ejercer su derecho de visitas por la ausencia del marido; en efecto, aquél estaba obligado a no abandonar su domicilio hasta pasada la hora en la que su exesposa debía presentarse a recoger a los niños (Rouen, 24-11-80). Comete el delito el director departamental de asuntos sanitarios y sociales que, con menosprecio de la regulación de un juez, niega a los padres todo derecho de visitas sobre los menores tutelados por el Estado, pues aunque le hubiera sido concedida la facultad de organizar a su conveniencia el ejercicio del derecho de visita, esta facultad no podía implicar la supresión total y permanente del mismo (Crim. 3-7-84). No hay delito si la madre guardiana ha cambiado su domicilio por obligaciones profesionales, pues no se ha sustraído entonces voluntariamente a la ejecución del régimen de visitas (sin perjuicio del 227-6). Así, no lo comete la madre custodia que, por sus obligaciones profesionales, transfiere su domicilio a ultramar, ya que no se ha sustraído voluntariamente al cumplimiento de la decisión judicial (Reims 14-4-72). El delito existe fuera del ámbito del divorcio o de la separación (derecho de visitas o alojamiento, tutela). *Para que uno de los padres rehúse indebidamente presentar el menor a la persona que lo reclama es necesario que uno y otro no ejerzan la patria potestad con el mismo título* (Circ. 14-5-93) *y que una decisión judicial o un acuerdo judicialmente aprobado contengan precisiones a este respecto*. Cuando establezcan el derecho de visitas deben ser suficientemente precisas (Aix-en-Provence, 17-4-02). *Elemento moral*. Es preciso un rechazo deliberado (Crim. 5-3-80 Bull. 80), cualquiera que sea el motivo, salvo que exista la presencia inminente de un mal que amenace la salud o la persona del menor (Crim 1996). Se plantea la cuestión del rechazo más o menos expresado por el menor a ser enviado a la persona que jurídicamente tiene derecho de reclamarlo. En principio el guardador no podría cobijarse en esta actitud del niño para rehuir toda responsabilidad penal porque debe usar toda su influencia sobre el menor para que se respete la decisión judicial (Crim 29-4-76: madre que deja a unos vecinos el cuidado de entregar los niños recalcitrantes al padre cuando su presencia y su autoridad le habrían permitido a éste ejercer normalmente su derecho). Los jueces son muy exigentes con las obligaciones de los acusados. La doctrina ya se encuentra en Crim. 12-5-54 (la sentencia de instancia declaró que correspondía al padre modificar su actitud y tratar de ganar la confianza de sus hijos que rechazaban irse con él para cumplir las visitas. La Cour casa la sentencia por ser equivocada esta doctrina). Pero los jueces no exigen que el agente vaya más allá de lo que prevé la resolución judicial o la ley y este artículo no puede sancionar la inejecución de una obligación que no corre a cargo personalmente del acusado: Crim 7-12-72 la madre no entrega el niño a otra persona porque la decisión judicial establece la entrega al padre en persona. No es extraño que se emplee engaño: certificado médico de complacencia de que el niño está indispuerto (Crim 28-11-73, 18-12-02). Como ha de ser deliberado, se ha absuelto a la madre que, teniendo en cuenta las circunstancias, se creyó autorizada para llevarse a los niños algunos días antes de la fecha en que le tenían que ser entregados (Crim 6-11-36). No hay excusa si el acusado sólo invoca la edad de los menores (17 y 12 años) y el hecho de que incidentes les han opuesto al concubino de la madre que los reclama (Crim 27-10-93). El delito existe, salvo circunstancias excepcionales: actitud anterior del otro que haya perturbado gravemente al niño (Crim 15-12-76 Bull. 368), desarrollo físico e intelectual del menor de 15 años que le vuelve rebelde a toda conminación (Crim 14-3-72). Pero la vida nómada del padre y su poco frecuente uso del derecho de visitas no constituyen circunstancias excepcionales que justifiquen la resistencia del menor (Burdeos 15-2-89) y aún menos la oposición del menor orquestada por la madre (Crim 13-4-88). Circunstancias como el miedo a la restitución del menor después de

la visita en el caso de matrimonios mixtos y la perspectiva de una huida al extranjero puede llevar a los jueces a negar la existencia del delito (Dijon 19-12-84) o los efectos de una visita al padre encarcelado que el niño ha vivido las visitas en una atmósfera de «pesadilla» (tribunal correccional Agen 27-6-85). La infracción es instantánea y se renueva con cada negativa (Crim 10-4-30, 5-11-36).

B) NO NOTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE DOMICILIO

El artículo 227-6 castiga a quien cambia su domicilio a otro lugar después de un divorcio, una separación o una nulidad matrimonial, sin notificar el cambio en el plazo de un mes a contar desde el mismo, cuando los hijos residen habitualmente con él. La notificación ha de hacerse a los que tienen derecho de visitas o alojamiento por decisión judicial o convenio judicialmente homologado. No hay delito si se avisa del cambio a la persona a la que se había convenido avisar: sentencia que se notifica al suegro que era la persona designada, por lo que se absuelve a la acusada (20-2-91). El autor ha de tener la voluntad de hacer fracasar el derecho de visitas o de alojamiento desapareciendo con el menor sin dejar rastro.

C) SUSTRACCIÓN DE MENOR POR SU ASCENDIENTE

El artículo 227-7 castiga a todo ascendiente legítimo, natural o adoptivo, que sustrae al menor de manos de quien ejerce la patria potestad, de aquellos a quienes ha sido confiado o en cuya casa tiene la residencia habitual el menor. D) secuestro del menor. El artículo 227-8 castiga la sustracción de un menor por quien no sea ascendiente del menor, sin engaño ni violencia, de manos de quien ejerce la patria potestad, de aquellos a quienes ha sido confiado o en cuya casa tiene la residencia habitual el menor. *Comentario común:* El código penal de 1994 se centra en quién ha sido autor del hecho (y no en la existencia de engaño o violencia como hacía el código anterior). El menor tiene que tener menos de 18 años (ley 5-7-74). Si el menor está emancipado por matrimonio o judicialmente, no hay delito (108-2 y 482 Cc) pero puede ser un delito del 224-1 CP. La sustracción puede tener lugar en la vivienda, en la vía pública, de camino entre el colegio y la casa o en otro lugar. No es preciso engaño ni violencia. Normalmente la infracción no es cometida por los padres del menor porque en principio ellos ejercen la patria potestad y con ellos reside el menor (371-3 Cc). *Puede ser cometido por los padres, cuando uno de ellos ha sido privado de la patria potestad, o cuando la patria potestad es ejercida enteramente por el otro* (Crim 27-11-84 B.C. n.º 368) o cuando la madre se lleva al niño que no ha reconocido legalmente y cuya tutela ejerce la abuela (Crim 24-5-62). Tiene vocación de aplicación cuando la víctima ha nacido y reside en Francia, aunque los padres sean extranjeros (Crim 20-10-93). Es delito continuado (Crim 23-2-00). Dos condiciones son necesarias: a) el desplazamiento de la víctima: de la residencia de los padres, la de los abuelos o amigos, un colegio, una colonia de verano o la vía pública que lleva a cualquiera de estos sitios. El hecho de que el menor consienta es indiferente (Crim 24-7-57); b) este desplazamiento debe haber durado un cierto tiempo, pero no se fija ninguna duración concreta. Al llevar a una joven en el coche para tener con ella relaciones sexuales si el viaje ha durado lo necesario para tener las relaciones, no hay delito (Crim 3-2-72). También se ha aplicado a la falta de

restitución a la madre del menor confiado durante algunos meses (Crim 1962); o al hecho cometido por el padre extranjero de un menor nacido y con residencia en Francia (Crim 1993). Hay infracción aunque el menor haya ya abandonado el domicilio de los padres. Es preciso conocer la minoría de edad de la víctima. Se puede alegar error si razonablemente pudo creer que era mayor de edad o si el error lo ha provocado la víctima. La levedad relativa de la pena cuando el hecho lo comete el ascendiente se explica porque frecuentemente se comete en el contexto de un conflicto familiar. Cuando lo cometen estas personas, si ha habido atentado a la integridad física o a la libertad del menor, puede haber también delito de lesiones o de raptó (Circular 14-5-93). *Cuando lo cometen los no ascendientes*. Tiene que ser sin violencia o engaño, pues de lo contrario se aplican los textos ordinarios sobre secuestros y raptos y la edad actuaría como agravante (con pena entre 30 años y cadena perpetua). Si no hay violencia ni engaño, el autor habrá desplegado los efectos de la seducción. El legislador presume implícitamente que una persona de menos de 18 años no está capacitada psicológicamente para medir los peligros, salvo emancipación. Según Pradel, los jueces se niegan a reconocer la infracción cuando el agente no ha cometido ningún acto material de raptó (médico que recibe en su consulta a una joven de 17 años y ha tenido con ella relaciones sexuales: Crim 23-12-68). Puede suceder que el menor haya ido espontáneamente a su casa y que el hecho consista simplemente en usar el poder de seducción para que el menor decida permanecer de modo duradero en su casa. El *ne bis in idem* no juega aquí y el autor puede ser condenado de nuevo tras una condena si persiste la voluntad culpable (Crim 30-6-81).

Algunas sentencias de la Cour de Cassation

Cour de Cassation 15-10-03 (Pourvoi 03-81401) Si la persona que tiene un derecho de visitas y de alojamiento no se presenta el primer día que tal derecho se ejerce se entiende que renuncia a todo el periodo en que dicho derecho debía ejercerse. Según la sentencia de divorcio el padre tenía derecho a 15 días seguidos de vacaciones a contar desde el 16 de agosto y no desde el 15 de agosto. La ausencia de la madre ese día constituye el delito de no presentación. El 16 de agosto el domicilio de la madre estaba completamente cerrado y el padre no pudo ejercer su derecho.

Cour de Cassation 18-12-02 (Pourvoi 02-83667) la madre es culpable del delito de no presentación, pues hizo creer al padre que la niña estaba mala, de modo que no fue a recogerla. Usar una estratagema es típico.

Cour de Cassation 19-4-00 (Pourvoi 98-84849) De julio de 1992 a julio de 1995 la acusada ha hecho gala de una «inercia persistente, equivalente a una rebelión hacia la decisión judicial» incardinable en el 227-5 CP.

Cour de Cassation 6-10-99 (Pourvoi 98-86372) No se precisa la existencia de una relación de parentesco entre el menor y el que tiene derecho, reconocido por una sentencia judicial, de reclamarlo, para que el delito se entienda consumado (la madre alegaba que el marido no era el padre biológico). Y ello porque lo decisivo es la falta de respeto a la resolución judicial.

Cour de Cassation 8-9-99 (Pourvoi 98-86734) La decisión judicial preveía que el derecho de visitas del padre se ejerciera «con la presencia permanente de un tercero de confianza». La mujer negaba la entrega de los hijos diciendo que el tercero presentado no había recibido su previa conformidad. Se la condena porque la infracción del 227-5 se caracteriza por la negativa deliberada de entregar al niño, cualquier que sea el motivo, en ausencia de todo peligro actual o inminente respecto de la persona o salud del menor.

Cour de Cassation 26-5-99 (Pourvoi 98-83224). Según el artículo 373-3 Cc recobra el ejercicio de la patria potestad, del que había sido provisionalmente privado, aquel de los progenitores que vuelve a asumir sus obligaciones (de pago de la pensión) durante un periodo de al menos 6 meses. La ley opera de pleno derecho la restitución de los derechos de la patria potestad.

Cour de Cassation 14-4-99 (Pourvoi 98-82853). En ausencia de designación expresa del lugar específico en que debe hacerse la entrega, es el domicilio del que tiene derecho a reclamar.

Cour de Cassation 10-6-98 (Pourvoi 96-84340) Dominique rehusó presentar el 19-11-95 el hijo común Nicolas a Philomène, que tenía derecho a reclamarlo. Ese día el menor llamó a su madre para decirle que quería quedarse con el padre; la madre, a pesar de la intervención de la gendarmería, no pudo recuperar al niño. El tribunal considera que hubo un condicionamiento previo del padre sobre el menor, por lo que rechaza el recurso del padre.

Cour de Cassation 25-3-98 (Pourvoi 97-83305) resistencia del menor: doctrina tradicional, la actitud de rechazo de la niña sólo tiene como causa el condicionamiento previo de la madre. Padre que tenía comprados los billetes de avión para pasar sus vacaciones de verano de 1994 con su hija, la madre presenta certificado médico «muy impreciso» y dice que la actitud de la hija se debe a los tocamientos sexuales que le hizo el padre a la niña en 1987. Se mantiene la condena a la madre.

Cour de Cassation 28-5-97 (Pourvoi 95-85142) La madre en abril de 1992 se negó a entregar a sus dos hijos menores a José y Amparo, sus abuelos, que tenían un derecho de visitas desde el 7-2-92: correspondía a la madre utilizar su autoridad sobre los niños para hacer posible el ejercicio del derecho de visitas.

Cour de Cassation 5-3-97 (Pourvoi 96-81039) El comportamiento del padre ha influenciado al niño de 10 años en detrimento de la madre. El padre usa de su influencia, muy fuerte sobre el niño, para inducir rechazo de la madre. Se confirma la condena por 227-5.

Cour de Cassation 23-2-2000 (Pourvoi 99-84739). La sustracción del menor por el padre empieza en Irlanda y sigue en Rostoff, Marsella y Suiza. Los padres no estaban casados y la madre era la única detentadora de la patria potestad, y el padre no podía sacarlos del territorio en el que residían sin su autorización. Y el padre sabía que no tenía ningún derecho sobre los niños. Condenado por 227-7.

Sentencia de 29-11-06 de la Cour d'Appel de Bastia, donde se afirma que no hay delito de no presentación cuando la madre no entrega a la hija porque ésta tiene miedo de su padre y acreditan a través de testigos que éste la ha pegado, la ha intentado meter en el coche a la fuerza y la ha agarrado del cuello, la ha tirado al suelo y la ha dado

patadas, ha roto la puerta de un bar en el que intentaron refugiarse madre e hija, ha golpeado a una señora que intentó intervenir, y ha realizado llamadas maliciosas.

BIBLIOGRAFÍA. GATTEGNO, Patrice (1999) *Droit pénal spécial*. Dalloz; LARGUIER, Jean; LARGUIER, Anne-Marie (1998) *Droit pénal spécial*. Dalloz; PRADEL, Jean; DANTI-JUAN, Michel (2004) *Droit pénal spécial. Droit commun. Droit des affaires*. Editions Cujas; GARRAUD, René (1953) *Traité théorique et pratique du Droit pénal*. Librairie du Recueil Sirey, tomo V; CODE PENAL (2002) Dalloz; la legislación en www.legifrance.gouv.fr y la jurisprudencia en www.courdecassation.fr. En www.ledroitcriminel.free.fr se puede consultar un diccionario de derecho penal en francés.

BÉLGICA

El Código belga manifiesta influencia francesa. El Código Penal es de 8-6-1867. Libro II, título VIII, crímenes y delitos contra las personas, capítulo III sobre atentados a los menores, a los incapaces y a la familia. Sección IV Del rapto y ocultación de menores (Ley 2000-11-28/35, de protección penal de los menores, en vigor desde el 27-3-01). Artículo 428: 1) *quien haya raptado o hecho raptar a un menor de 12 años será castigado con reclusión de 5 a 10 años, incluso cuando el menor haya seguido voluntariamente a su raptor.* 2) *el que por violencia, ardid o amenaza haya raptado o hecho raptar a un menor de más de 12 años será castigado con reclusión de 5 a 10 años.* 3) *Derogado.* 4) *la pena será de reclusión de 15 a 20 años si el rapto o la detención del menor ha causado una enfermedad incurable, incapacidad permanente física o psíquica o la pérdida completa del uso de un órgano, o una grave mutilación.* 5) *Si el rapto o la detención han causado la muerte, la pena será de reclusión de 20 a 30 años.* Artículo 429: *Las mismas penas que al autor del rapto se impondrán a quien retenga al menor sabiendo que ha sido raptado.* Artículo 430: *En los casos de los artículos 428 y 429, con excepción de los casos del 428 párrafos 3 a 5, la pena será de prisión de 2 a 5 años y multa de 200 a 500 francos, si en los cinco primeros días del rapto en secuestrador o la persona a que se refiere el artículo 429 restituye voluntariamente al menor.* Sección V No presentación de niños. Artículo 431: *Serán castigados con prisión de 8 días a 1 año y con multa de 26 a 100 francos o con una de estas penas solamente, quienes, estando encargados de un menor de 12 años no le presenten a las personas que tienen derecho de reclamarlo. Si el culpable oculta al menor más de 5 días a quienes tienen derecho a reclamarlo o indebidamente retiene a este menor fuera del territorio del Reino, será castigado con prisión de 1 a 5 años y con multa de 26 a 200 francos o con una de estas penas solamente.* Artículo 432: 1) *Serán castigados con prisión de 8 días a 1 año y multa de 26 a 1000 francos o con una de estas penas solamente: el padre o la madre que sustraiga o intente sustraer a su hijo menor del procedimiento intentado contra él en virtud de la legislación relativa a la protección de la juventud o de ayuda a la juventud, que le sustraiga o intente sustraerle de la guarda de las personas a las que la autoridad competente se lo ha confiado, que no le presente a quienes tienen el derecho de reclamarlo, lo rapte o la haga raptar, incluso con su consentimiento. Si el culpable ha sido privado de la patria potestad en todo o en parte, la prisión podrá llegar a los 3 años.* 2) *Si el culpable oculta el niño menor durante más de 5 días a quienes tienen el derecho de reclamarlo o si lo retiene indebidamente fuera del territorio del Reino, será castigado con prisión de 1 a 5 años*

y con multa de 50 a 1000 francos o con una de estas penas solamente. Si el culpable ha sido privado de la patria potestad en todo o en parte, la prisión será por lo menos de 3 años. 3) En el caso en que se haya decidido sobre la guarda de un menor ya sea en el curso ya al final de un proceso de divorcio o separación, o sea en otras circunstancias previstas en la ley, las penas previstas en los apartados 1 y 2 se aplicarán al padre o madre que sustraiga o intente sustraer a su hijo menor de la guarda de aquel a quien le haya sido confiada en virtud de la decisión o que no le presenten a quien tenga el derecho de reclamarlo, lo rapte o lo haga raptar, incluso con su consentimiento. 4) Cuando la guarda del menor haya sido objeto de un convenio previo a un procedimiento de mutuo acuerdo, las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán al padre o la madre que, a partir de la inscripción del divorcio por consentimiento mutuo, sustraiga o intente sustraer a su hijo menor de la guarda de aquellos a los que haya sido confiado en virtud de la decisión o del convenio, o que no le presente a aquellos que tengan derecho a reclamarlo, lo rapte o lo haga raptar, incluso con su consentimiento.

El artículo 432 CP trata de asegurar el respeto del padre y la madre por las decisiones judiciales o administrativas relativas a la guarda del niño. Elementos del tipo son: a) una *decisión sobre la guarda del niño*, adoptada por el juez de paz, el de primera instancia o el juez de la juventud. Los acuerdos privados de las partes no son suficientes, con la excepción de la transacción previa al divorcio (o a la separación) por consentimiento mutuo. Basta que la decisión sea definitiva y susceptible de ejecución provisional, aunque no haya alcanzado el efecto de cosa juzgada. Desde la ley de 18-5-98, para que las decisiones del tribunal de la juventud sean definitivas, es preciso que estén notificadas (antes bastaba que hubiera transcurrido un mes desde su dictado). Las decisiones extranjeras no revestidas de *exequatur* no son ejecutorias; b) *hecho material de transgresión*: se contemplan los supuestos de sustracción, tentativa de sustracción, rapto y no presentación. El legislador no ha definido la sustracción. El rapto ha sido definido por la doctrina. Se trata de todo procedimiento por el que se le lleva o se le retiene al niño en un lugar donde la persona que asume su guardia no puede ejercerla. Puede implicar el uso de fuerza o de engaño. La no presentación consiste en el obstinado rechazo a entregar al menor y de suministrar toda información sobre lo que ha pasado. El carácter obstinado del rechazo implica que la persona que reclama al niño debe haber manifestado su voluntad formal de recuperarlo. Las resoluciones deben ser precisas: una madre que rechazaba llevar al niño a un punto de encuentro fue absuelta porque la decisión del tribunal de la juventud no era suficientemente precisa, ya que las fechas de las visitas tenían que ser convenidas entre el centro y las partes; c) los autores deben ser el *padre y la madre o uno de ellos*; d) *elemento moral*: es preciso que el autor actúe sabiendo que quebranta una resolución judicial. El móvil no importa (se suele alegar la compensación entre el pago de la pensión y el derecho de visitas). Se pueden plantear problemas sobre el conocimiento efectivo de la decisión. Para justificar la no entrega el autor suele alegar estado de necesidad o la obligación moral: enfermedad mental, alcoholismo, violencias repetidas, sospecha de pedofilia. Doctrina y jurisprudencia las interpretan de forma restrictiva. Para el tribunal correccional de Bruselas las condiciones del estado de necesidad son cinco (sentencia de 10-1-99): las circunstancias alegadas deben estar apoyadas por serios indicios de verosimilitud; en el momento del hecho deben hacer temer razonablemente que la ejecución de la resolución civil pone gravemente en peligro la integridad física o el equilibrio psicológico del menor; debe haberlas conocido después de la decisión civil; la reacción debe ser proporcionada al peligro invo-

cado; debe haber urgencia de modo que no se pueda esperar al ejercicio de una acción judicial encaminada a modificar la situación. Otro motivo alegado es el rechazo del niño. El simple rechazo no permite al padre eludir sus responsabilidades. La jurisprudencia ha reconocido circunstancias especiales en interés del menor. El tribunal correccional de Bruselas ha establecido que el padre deudor del derecho de visitas no debe haber animado, por su actitud o su propósito, aunque sea indirectamente, al menor en su actitud. Las penas oscilan de 8 días a 1 año. El segundo párrafo prevé una agravante si el niño es retenido más de 5 días o si es retenido en el extranjero. La prisión va entonces de 1 a 5 años. Trata de hacer frente a las sustracciones parentales. A menudo las penas pronunciadas no superan los 4 meses de prisión. Es un delito continuado. La prescripción no empieza a contar hasta que el menor retorna a la guarda de aquel a quien se le atribuyó por la autoridad competente. El plazo de prescripción es de 5 años. Menor de edad es quien no tiene 18 años (art. 100 ter CP, ley de 28-11-00). La Fiscalía no tiene por costumbre iniciar la persecución penal cuando el proceso civil está en curso.

Algunas sentencias recientes

Cour de Cassation, 2^a Chambre, Section française, de 26 de octubre de 2005. P050966F. *El artículo 428 CP no se aplica a los padres del menor raptado.* El delito de no presentación implica que el autor no haya cumplido las obligaciones que le impone una resolución judicial ejecutoria referente a la guarda del menor. (Los hechos versaban sobre si la madre podía llevarse a los hijos durante las vacaciones escolares a Chipre, con su familia, hecho autorizado por el juez de paz en resolución de 2-12-98 a cumplirse a finales de junio de 1999). Se rechaza el recurso del marido contra decisión de la Cámara de Acusaciones de Bruselas de 8-6-05.

Cour de Cassation 2^a Chambre, Section française, de 19 de octubre de 2005. P050807F. El juez puede excluir la aplicación del estado de necesidad cuando constate que el propio acusado ha creado la situación de necesidad de la que se prevale con la intención de cometer la infracción. La acusada invocaba el estado de necesidad derivado de la angustia manifestada por la niña ante el hecho de reencontrarse con su padre. Pero esta angustia es imputable a la propia madre que ha transmitido sus propios miedos a la menor, sin que sean objetivables acontecimientos reales traumatizantes y que no sean fabulados. Además, en el intento de conciliación realizado en la Fiscalía, la acusada no respetó sus compromisos y no favoreció el contacto entre el padre y la hija, que cuando tuvieron lugar fueron muy positivos. No parece haber alentado a la niña a reencontrarse con su padre y no le ha dado una imagen positiva de él. Su comportamiento ha tendido a que fracasen las resoluciones judiciales.

Cour de Cassation 2^a Chambre, Section néerlandaise, de 5 de abril de 2005. P050206N. Hecho de sustraer un niño, ocultarlo durante más de 5 días o retenerlo indebidamente fuera del territorio del Reino. Resulta de los términos del artículo 432, 2 y 3 CP que el hecho de sustraer un niño y ocultarlo durante más de 5 días o retenerlo indebidamente fuera del territorio del Reino es una infracción que continúa durante todo el tiempo que el autor retiene al niño, mientras que la no presentación de menores es una infracción instantánea que sin embargo puede ser continuada por el autor por actos reiterados. En Beerse, donde el derecho de guarda debería haberse ejercido entre los días 7-9-2000 y 1-10-2002, el padre sustrajo o intentó sustraer a su hijo menor de

la guarda de aquellos a los que había sido confiada en virtud de decisión judicial, no lo presentó a los que tenían derecho de reclamarlo, o de haberlo raptado o haberlo hecho raptar, incluso con su consentimiento. En concreto el padre se opuso obstinadamente a la ejecución de las resoluciones judiciales, llevó al menor al extranjero sin revelar su paradero, reteniéndolo en Bahrein. Tanto el anterior artículo 369 bis (antiguo) como el 432 del (nuevo) Código Penal, castigan el hecho de que un padre, con conocimiento y voluntad, desconozca una decisión judicial ejecutoria sobre el derecho de visitas de un niño, sustrayendo o no presentando al niño a la persona a la que ha sido confiado o que puede ejercer el derecho de visitas.

Cour de Cassation 2^a Chambre, Section néerlandaise, de 14 de octubre de 2003. P030591N. No corresponde al juez que debe pronunciarse sobre la existencia de una infracción prevista en el artículo 432 CP pronunciarse sobre el interés de los padres o de los niños, sino sobre la cuestión de si el acusado respeta el derecho de visitas tal y como ha sido establecido en interés del menor por una decisión judicial.

BIBLIOGRAFÍA. Los textos legales están disponibles en www.juridat.be o www.just.fgov.be. En www.cass.be se pueden encontrar más de 50.000 sentencias de la Cour de Cassation. DEFECHEUREUX, Pierre (2004), *L'article 432 du Code Pénal: la non-représentation d'enfant*. Ordre des avocats du Barreau de Liège. La revue en ligne du barreau de Liège, 2004, n° 2.

LUXEMBURGO

En esta materia la influencia francesa es tan importante que los tribunales del país citan incluso la jurisprudencia de la Cour de Cassation francesa, como se podrá ver en las sentencias luego citadas.

Código Penal de 16-6-1879. Libro II título VII, crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública. Capítulo III, crímenes y delitos tendentes a impedir o a destruir la prueba del estado civil de un menor. Artículo 364: *quien haya raptado o hecho raptar a un niño menor de 7 años cumplidos será castigado con reclusión de 5 a 10 años, aunque el niño haya seguido voluntariamente a su raptor*. Artículo 365: *el que haya ocultado o hecho ocultar a un niño por debajo de esa edad, será castigado con prisión de 1 a 5 años y multa de 500 a 5.000 €*. Artículo 367: *serán castigados con prisión de 8 días a un año y multa de 251 a 1000 € quienes, estando encargados de un niño menor de 7 años cumplidos, no lo presenten a las personas que tienen derecho a reclamarlo*. Capítulo IV del rapto de menores. Artículo 368 (ley 29-11-82). *Será castigado con prisión de 1 a 5 años y multa de 251 a 5000 € el que por violencia, amenaza o ardid rapte o haga raptar a un menor. El culpable podrá ser condenado, además, a la interdicción del artículo 24*. Artículo 369 (ley 29-11-82). *Si el así raptado es menor de 16 años cumplidos en el momento de los hechos, la pena será de 5 a 10 años*. Artículo 369-1 (ley 29-11-82). *La pena será de cadena perpetua, cualquiera que sea la edad del menor, si ha sido raptado para exigir el pago de un rescate, o la ejecución de una orden o de una condición. Sin embargo, en el caso previsto en el párrafo anterior, la pena será de reclusión de 15 a 20 años si el menor es liberado voluntariamente antes de cumplirse el quinto día desde que se realizó el secuestro sin que el pago del rescate se haya efectuado ni la ejecución de la orden o condición*. Artículo 370 (ley 29-11-82). *El que haya raptado*

o hecho raptar a un menor de 16 años cumplidos, que haya consentido su secuestro o que haya seguido voluntariamente a su secuestrador, será castigado con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 251 a 2000 €. Artículo 371 (ley 29-11-82). El secuestrador que se haya casado con el menor que ha raptado o hecho raptar y los que hayan participado en el rapto no podrán ser perseguidos hasta que se haya declarado la nulidad definitiva del matrimonio. En este caso no es necesario nueva denuncia. Artículo 371-1 (ley 10-8-92). Serán castigados con prisión de 8 días a 2 años y con multa de 251 a 2000 € o con una de estas penas solamente, el padre, la madre u otras personas que sustraigan o intenten sustraer a un menor de las medidas que han de tomarse con respecto a él por aplicación de la ley de protección de la juventud o en virtud de una resolución, incluso cautelar, de una autoridad judicial, o que lo sustraigan o intenten sustraerlo de la guarda de aquellos a los que ha sido confiado, o que no lo presenten a los que tienen derecho a reclamarlo, lo rapten o lo hagan raptar, incluso con su consentimiento. Si el culpable estuviera expuesto a la privación total o parcial de la patria potestad sobre el niño, la prisión podrá imponerse hasta los 3 años.

Algunas sentencias

Cour 21 de abril de 1986 P. 26, 384. La resistencia de los menores o su aversión respecto a la persona que les reclama no puede constituir para el que tiene la obligación de presentarlos, ni una excusa legal ni una causa de justificación. Sólo es de otro modo cuando el acusado ha utilizado en vano de toda su autoridad y sólo circunstancias como la situación de hecho de los niños, su edad o su estado de salud le han impedido cumplir su obligación.

Tribunal de distrito de Luxemburgo, 9.^a Chambre n.º 2370/2005. De 14-7-2005. No presentación de menores (371-1 CP). La finalidad del precepto consiste en asegurar el respeto del padre y de la madre por las resoluciones judiciales que se han adoptado sobre la guarda de los niños, y sobre visitas y alojamiento. Este mismo respeto incumbe a toda persona con una autoridad de hecho sobre el menor. Los términos empleados por el legislador, a saber, la sustracción de un niño, su no presentación y su rapto, abarcan todos los hechos que pueden hacer fracasar las medidas adoptadas por la jurisdicción en interés del menor. El delito de no presentación tiene cinco elementos: a) la existencia de una resolución judicial reguladora de la guarda del menor (cautelar o definitiva ejecutoria). No hace falta que tenga la autoridad de cosa juzgada, basta que se pueda ejecutar provisionalmente. El tipo se aplica a la regulación de la guarda, del reparto de vacaciones y al régimen de visitas; b) la cualidad de padre o madre de los niños; c) la calidad de la víctima: debe ser un menor; d) un acto de comisión o de omisión. La no presentación existe cuando el niño ha sido reclamado por quien tiene derecho a reclamarlo y cuando quien debe entregarlo se opone a ello por actuaciones positivas como la ocultación o la negativa categórica, o por pasividad, como en este caso. Esta pasividad puede consistir en no usar toda su influencia para lograr que los niños obedezcan la decisión judicial que les afecta. Cuando, como en este caso, los dos menores se niegan a estar con su padre, la titular de la guarda, la madre, no puede refugiarse detrás de esta actitud para escapar a toda responsabilidad penal porque debe utilizar su influencia sobre las menores para que la decisión judicial sea respetada (Crim. 29-4-76, JCP 1976 II, 18505). La sustracción, concepto lo suficientemente amplio para abarcar la no presentación y el rapto, no exige exclusivamente un acto

positivo por parte del autor. Es tanto un delito de comisión como de omisión. *La ley no impone a los que tienen autoridad sobre los menores sólo una obligación negativa –no hacer nada que impida la presentación del menor– sino que impone además una obligación positiva, la de hacer todo lo posible, moral y materialmente, para asegurar la exacta observación de la resolución judicial.* Castiga no tanto una acción particular como un resultado (Cour d’Appel 12-3-85 666/85 VII). La actitud del menor, su resistencia o su aversión respecto de la persona que lo reclama, no pueden constituir para quien tiene la obligación de presentarlo, ni una excusa legal ni una causa de justificación, salvo cuando haya usado en vano toda su autoridad y que solamente causas excepcionales expresamente probadas, le han impedido ejecutar la resolución (Cass. Fr. 23-1-68, Bull. Crim. 1968 n.º 20; Cass Crim. 23-11-82 D., I.R. 143; Cour d’Appel 13-3-91, n1 484/91 ; Cour d’Appel 30-1-96, nº 56/96) ; e) intención delictiva. La ley no exige una intención delictiva determinada, bastando que el autor haya actuado voluntariamente sabiendo que violaba una resolución judicial. El elemento intencional es un elemento esencial del 371-1 y se caracteriza por la negativa reiterada y deliberada de entregar al niño a la persona que tiene derecho a reclamarlo, cualquiera que sea el móvil que guía esta actitud (Crim. 3-7-84 Bull, Crim nº 254, p. 672).

Sentencia de 20-11-07 del Tribunal del distrito de Luxemburgo. El delito de no presentación de un menor exige la reunión de cinco elementos constitutivos (Cour d’Appel 31 de mayo 1994 190/94 V): a) existencia de una resolución judicial que decide sobre la guarda del menor; b) la cualidad de padre o madre de los niños que han sido objeto de una decisión sobre su guarda; c) la cualidad de la víctima: debe ser un menor de 18 años; d) un acto material de comisión, que puede consistir en el hecho de sustraer al niño, de no devolverlo, de raptarlo, rehusar entregarlo, ocultarlo o llevarlo al extranjero. El no devolverlo también incluye el supuesto en que el menor ha sido reclamado por quien tiene su guarda y el que debe reintegrarlo se opone a ello por artimañas positivas como la disimulación o el rechazo categórico, o por inercia. Esta puede consistir en no usar toda su influencia para lograr que el menor obedezca la resolución judicial sobre su guarda. Cuando es el menor el que rehúsa, el progenitor no puede escudarse en ello, pues debe utilizar toda su influencia para que el menor obedezca la decisión de la justicia (con cita de la sentencia de la casación francesa Crim. 29-4-76). En la causa la acusada alega que los niños se negaban categóricamente a ir con el padre, y que los quería proteger porque tenía miedo acerca de su bienestar (temor a que fueran raptados y temor de que fueran objeto de violencias físicas y psíquicas). En la vista añadió que el denunciante se presentó a recoger a los niños en fechas en que no le correspondía. La finalidad del precepto es asegurar el respeto de los padres hacia las resoluciones judiciales que resuelven sobre la guarda de los menores, en interés de éstos. La sustracción es una noción lo suficientemente amplia para englobar tanto el rapto como la no presentación. Se trata de un delito de comisión y de omisión. La ley no sólo impone una obligación negativa: no hacer nada para impedir la presentación del menor, sino también una obligación positiva: hacer todo lo posible, moral y materialmente, para asegurar el exacto cumplimiento de la decisión judicial. La actitud del menor, su resistencia o aversión, no es excusa para la persona que tiene obligación de entregarlo, salvo cuando en vano ha usado su autoridad y sólo circunstancias excepcionales, expresamente constatadas, le han impedido cumplir con su obligación (Cour d’Appel 13-3-91, nº 484/91; jurisprudencia francesa Cass. fr. 23-1-68 Bull. Crim. 1968 n.º 20; Cass. crim 23-11-82 Dalloz info rapides 143). Ha de usar toda su influencia para vencer la resistencia del menor, pero sin recurrir a medios de coacción física o moral que puedan perjudicar la salud del mismo (Cour

d'Appel 30-1-66, n° 56/96). La oposición del niño orquestada por la madre no es una circunstancia excepcional que justifique la no entrega (Crim 13-4-88). La mala fe, la perfidia, la imaginación de ciertos padres, incluso su afición a las puestas en escena, hacen a menudo que la resistencia del menor haya sido dictada por el acusado, de manera que la voluntad del menor no es más que el reflejo de la del progenitor (Cour d'Appel 31-5-94, 190/94 V). En este caso hubo orquestación de la madre: ha transmitido a los niños su angustia y desconfianza obsesivas e irracionales (llegó a ocultar un teléfono móvil en el cuello de la chaqueta de su hija para estar siempre en contacto con ella a espaldas del padre, quien lo descubrió por casualidad. Contrató a dos psicólogos, cuyo proceder fue inaceptable, para que incitaran a los niños, de 9 y 10 años a que gritaran al padre cuando fue a visitarlos el 29-12-06, y llegó a utilizar el chantaje del suicidio como medio último de presión); e) intención delictiva: basta que el autor haya actuado voluntariamente sabiendo que violaba una decisión judicial. Se caracteriza por el rechazo deliberado y reiterado de entregar el menor a la persona que tiene derecho de reclamarlo, cualquiera que sea el móvil que guíe esta actitud (Crim. 3-7-84, Bull. Crim n° 254, p. 672). Se la condena a 6 meses de prisión con suspensión de la pena durante 5 años.

TEDH 4ª Sección. Asunto Schaal contra Luxemburgo. Sentencia 18-2-2003 (51773/99). El demandante se queja de la duración irrazonable del proceso penal dirigido contra él y de un ataque a su vida familiar en la medida en que las investigaciones penales habían justificado un rechazo a acordarle un derecho de visitas y de alojamiento de su hija hasta el momento en que fue absuelto. El demandante ha nacido en 1956 y vive en Mersch (Luxemburgo). Se casó el 21-9-84 con R. en 1986 tuvieron una niña. El 25-10-93 pidió el divorcio. El 7-1-94 recibe un certificado médico que asegura que «por importante razones psicológicas es preferible en gran medida que la niña C no tenga contacto con su padre durante un periodo de tiempo indeterminado». El 19-1-94 la esposa puso una denuncia contra el demandante acusándole de abuso sexual sobre la hija. La madre se basaba en un cambio de comportamiento constatado en la niña después de un fin de semana pasado con el padre en noviembre de 1993. Desde ese momento la niña mostró un comportamiento agresivo y distante frente al padre, lo que se repitió a la vuelta de cada fin de semana pasado con el mismo. El 11-2-94 fue encausado por violación cometida por ascendiente y atentado al pudor con violencias y amenazas. El 13-7-94 el tribunal de Diekirch declaró el divorcio y atribuyó la guarda sobre la hija a la madre, y aplazó pronunciarse sobre un derecho de visitas y alojamiento del padre. El 6-10-94 el juez de instrucción encargó al Dr. H. de la Universidad de Sarre una pericial sobre credibilidad de la niña. Concluyó que era creíble. El reclamante designó un primer contra-experto que declinó por conflicto de intereses, se nombró otro en diciembre de 1994 que tardó un año en entregar su dictamen, pero como no cumplió la misión encargada, se nombró otro, el Dr F, el 29-1-96 (fue difícil encontrar otro perito) que concluyó en 8-3-96 que la pericial del primero no cumplía los criterios científicos. El proceso siguió hasta que el 4-4-2000 la cámara del tribunal de distrito de Luxemburgo lo absuelve. La sala tuvo en cuenta que el investigador de la policía declaró que en el curso de la investigación se dio cuenta de que el concubino de la madre había hablado a la niña

sobre el tema de los tocamientos sexuales y manifestó categóricamente que la niña no tenía ningún signo de que los hubiera sufrido. También se oyó a dos médicos que habían sido consultados en vano por la esposa para que emitieran un certificado médico sobre la niña. Según uno de ellos no había el menor indicio para tomar en serio las afirmaciones de la madre de que el padre había abusado sexualmente de la hija. El otro dijo que cree que la madre sólo fue a verlo con la finalidad de que emitiera un certificado asegurando que el demandante había abusado de la niña. La profesora del colegio aseguró que la niña no tuvo ningún comportamiento particular y que daba la impresión de estar muy ligada a su padre. El 10-1-01 logra el padre el régimen de visitas después de 7 años sin verse ambos. El tribunal reprocha a la madre sus maquinaciones para influir negativamente en la niña con respecto al padre. El 9-7-02 la madre fue condenada por no presentar a la niña al padre.

El Tribunal considera que una duración de 6 años y 2 meses para una única instancia es excesiva. A la vista de que el padre tenía suspendida la decisión sobre el régimen de visitas, los jueces penales tenían la obligación de actuar con una diligencia excepcional para garantizar un desarrollo rápido del proceso. Sobre la violación del artículo 8,1 de la Convención (toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia), el Tribunal estima que hay que distinguir dos periodos: el primero va desde el aplazamiento de la decisión sobre las visitas y el alojamiento hasta la sentencia absolutoria; el segundo, a partir de este momento. En el primer periodo, la naturaleza del delito imputado legitimaba que el interés de la menor llevara a la suspensión del régimen de visitas. Sin embargo, ese mismo interés del niño exigía que se permitiera de nuevo el desarrollo de la relación familiar en cuanto las medidas ya no aparecían como necesarias. Si es cierto que el derecho de visitas fue suspendido mientras las investigaciones sobre las acusaciones de la esposa no estaban terminadas, y que los retardos injustificados en el proceso penal tenían un impacto directo sobre el derecho a la vida familiar del demandante. No se puede decir que las autoridades luxemburguesas hayan adoptado todas las medidas necesarias y que razonablemente se les podían exigir para restaurar la vida familiar del demandante con su hija (hubo una primera inactividad de 8 meses desde la pericial del Dr F hasta que se empezó a oír a los testigos, el señalamiento previsto para diciembre de 1997 se aplazó hasta marzo de 2000). Estas circunstancias particulares hacen que haya habido violación del convenio en relación con el art. 8,1. Segundo periodo: desde 4-4-2000 a 10-1-01. En este caso no hay violación porque el 8-11-00 el procurador del demandante pone en conocimiento del tribunal civil su petición de visitas y alojamiento.

BIBLIOGRAFÍA. www.legilux.public.lu donde se puede encontrar la legislación. Algunas sentencias en www.ahl.lu.

Como conclusión de este grupo de países, podemos señalar la importancia del delito de no presentación del menor, en casos en que el progenitor que se niega a entregar al menor no es titular de la autoridad parental con el mismo título que el que lo reclama, con imposición a aquél de la obligación de hacer todo lo posible para

asegurar el cumplimiento de la resolución judicial, delito que tiene un fuerte carácter de desobediencia, pero como medio para garantizar el derecho del otro progenitor a mantener relaciones con el menor. Esta figura delictiva en Bélgica incluye la sustracción de menores, que en Francia tiene autonomía y se caracteriza por el alejamiento espacial y una cierta duración temporal, de posible comisión por padres sin participación en la patria potestad o privados de la misma.

4. LOS PAÍSES ANGLOSAJONES

REINO UNIDO

A) LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

Las primeras leyes conocidas sobre la materia son las Leyes de 1285 (13 Edw. 1 c. 34 y 35 sobre secuestro) referidas a la sustracción de mujer casada, de monja y de niños. Posteriormente, en el siglo XIX, una ley victoriana reguló la materia en la *Offences against the Person Act* de 1861, en las secciones 53-55 (24 y 25 Vic c. 100). Castigaba la sustracción de mujeres y niñas. Se requería que un hombre: (i) se llevase o convenciese con engaños a una mujer; (ii) contra su voluntad o (iii) fuera de la posesión y contra la voluntad de su progenitor o guarda legal (si es menor de 21 años) (iv) con intención de casarse con ella o de tener él relaciones sexuales o (v) de que se case o tenga relaciones sexuales con otro hombre. Cuatro tipos de raptó (1) de una mujer a causa de su fortuna (felony, delito grave); (2) por la fuerza con intención de casarse (felony); (3) de una chica soltera menor de 18 años con intento de tener relaciones sexuales (misdemeanour, delito menos grave); (4) de una chica menor de 16 años (misdemeanour). Pero si, sin inducción del hombre, la mujer va con él por propia iniciativa, no hay delito.

Sobre esta materia hubo algunos *leading cases*: R. v. Prince (1875) LR 2, CCR 154. El jurado del condado de Kingston condenó al acusado por haber raptado ilegalmente a una menor de 16 años, soltera, fuera de la posesión y contra la voluntad del padre. William Prince se fugó con Annie Phillips, de 13 años, para casarse con ella. Se probó que la chica era menor de 16 años y que el acusado se la llevó. Pero que él de buena fe creyó y tenía fundamento razonable para creer que era mayor de 16 años. Una corte de 15 jueces de un total de 16 consideró que esto no era una defensa. En la sección 56 se castigaba como *felony* el sustraer un niño menor de 14 años. El juez Blackburn mantuvo que la intención del Parlamento fue castigar el raptó, salvo que la chica, de hecho, tuviera la edad suficiente como para hacer de su consentimiento una excusa, independientemente de que el acusado supiera que era demasiado joven para dar un consentimiento válido. El juez Bramwell afirmó que si alguien comete este delito lo hace bajo el riesgo de que la víctima resulte ser menor de 16 años. (Este caso se trata generalmente en los principios generales sobre la *mens rea*). R. v. Johnson (1884), en el que la acusada hizo desaparecer, sin que pudiera ser hallada, a una menor de 14 años a su servicio, ofreciendo diferentes explicaciones sobre los hechos, pero dando a entender que la entregó a terceras personas, tras dar a firmar a la madre un papel en el que le ocultó un supuesto consentimiento para el hecho. Además, en R. v. Powell se estableció que no era preciso probar que la intención era privar permanentemente a

los padres del niño. *Regina v D* (1984) AC 778 (HL). Cuando la cámara de los Lores discutía este caso, se estaba tramitando en el Parlamento la *Children Abduction Act* 1984. En este caso se aclara que el delito de secuestro supone: a) llevarse una persona a otra; b) por fuerza o ardid; c) sin el consentimiento del llevado; d) sin excusa legal. En el caso de un niño muy pequeño, no tendrá éste el entendimiento o inteligencia suficientes para dar su consentimiento, de modo que la ausencia de consentimiento será la necesaria consecuencia de su edad. Si el niño es más mayor, será una cuestión de hecho para el jurado determinar si el niño tiene el suficiente entendimiento e inteligencia para prestar consentimiento. Frecuentemente no se dará por debajo de los 14 años. En este caso –caso de *kidnapping*, que es el confinamiento ilegal de otro, acompañado del movimiento de la víctima o de su ocultación, sin que se precise una gran distancia– la Cámara de los Lores afirma que en los tiempos antiguos el delito contenía un ingrediente adicional, a saber, que el secuestro debía realizarse desde un lugar dentro de la jurisdicción a otro lugar fuera de él; pero hace ya tiempo que este ingrediente quedó obsoleto y ya no forma parte del delito. Antes también tenía un elemento de ocultación que asimismo ha quedado obsoleto. En el caso del niño tan pequeño que no pueda dar consentimiento no se comete este delito sino el de *false imprisonment* (que consiste en la restricción de la libertad de movimientos de otro desde un determinado lugar, de manera antijurídica e intencional o gravemente imprudente) que está castigado de todos modos con la misma pena. La palabra *kidnapping* se compone de dos expresiones coloquiales (*kid/napping*), que juntas indican robo de niño. La práctica de robar niños para suministrar trabajadores en las colonias americanas hizo que los jueces ingleses crearan el delito de *common law* de *kidnapping*. Consistía en robar y llevarse u ocultar una persona contra su voluntad. Es una especie agravada del *false imprisonment*. Hasta 1984 la Cámara de los Lores no declaró, en el caso *Regina v D* que el delito de *kidnapping* podía ser cometido por uno de los padres del menor. En el caso D el padre consiguió los servicios de dos hombres armados para llevarse a su hija de dos años, que estaba bajo la tutela del Estado, y bajo el cuidado y custodia de la madre, desde Inglaterra hasta Nueva Zelanda. La Cámara declaró que el delito puede ser cometido por uno de los padres cuando se lleva a un menor sin su consentimiento o sin excusa legal. Reconoce la sentencia que en el siglo XIX la preeminencia de la autoridad del padre dentro de la familia habría suministrado una excusa legal en caso de secuestro de una hija no casada menor de edad, pero que en los tiempos actuales no es defendible, dado el cambio social y las condiciones legales actuales. En *Regina v D* se afirmó que una niña de dos años no podría dar su consentimiento por falta de entendimiento. Cuando es mayor, es una cuestión de hecho para el jurado si el menor tiene inteligencia suficiente como para dar su consentimiento. Lord Brandon habla de 14 años. Es un delito contra la libertad personal del individuo, mientras que el desacato a una orden del tribunal en relación con la custodia es un ataque a la autoridad del tribunal.

Hasta los tiempos modernos se habría rechazado por la preeminencia del padre en la vida familiar, pero los principios del *common law* se adaptan a los cambios sociales. *El secuestro parental incluye el caso en que el progenitor actúa en contravención de la orden de un tribunal competente* (Lord Bridge). *La cuestión debe ser si el progenitor ha ido más allá de lo razonable en el ejercicio de la patria potestad*. Cuando la víctima no es hijo del actor la excusa legal ha de interpretarse más estrictamente. En el caso *Herman* el acusado intentó secuestrar por la fuerza a una conocida que creía en peligro espiritual por una secta religiosa a la que pertenecía. No había excusa legal. La exigencia de llevarse a la víctima y la violencia o fraude son los elementos

que distinguen esta infracción del *false imprisonment*. Uno puede ser condenado por ambos delitos. R v Hibbert (1869). El acusado encontró a una chica de 14 años en la calle, la llevó a otro lugar donde la sedujo y la dejó donde la había encontrado. La chica estaba bajo la custodia de su padre, pero se declaró que, en ausencia de un fallo del jurado acerca de que el acusado era conocedor de este hecho, debía ser absuelto. Plantea este precedente problemas de compatibilidad con el caso Prince, pues si Prince hubiera creído que Annie era una prostituta que no estaba bajo el control de sus padres debería haber sido absuelto. La distinción parece estar en que Hibbert no pretendía llevarse a la chica que sedujo de la custodia de nadie.

Posteriormente la sustracción pasó a las Secciones 17 y 19 a 21 de la *Sexual Offences Act* de 1956 (heredera de la de 1861). Los tres primeros delitos allí recogidos requieren llevarse a la joven de la posesión y contra la voluntad del padre o guarda. No precisa una privación definitiva. En el último delito la acción tiene que ser contra la voluntad de la mujer, salvo que el acusado la haya persuadido o ayudado a hacerlo. Los delitos son: a) llevarse, sin autorización legal o excusa, una menor de 16 años soltera de la posesión de su progenitor o guardador contra su voluntad (sección 20). No era preciso un ánimo sexual. Una excusa podría ser cometerlo para protegerla de un delito o de una violencia o de un incesto, si no hay otra manera razonable de hacerlo. No era defensa creer razonablemente que era mayor de 16 años, pero sí había que probar que sabía el acusado que la menor estaba bajo la guarda del progenitor o tutor; b) llevarse una menor de 18 años soltera de la posesión de su padre o guarda, contra su voluntad, con intención de que tenga relaciones sexuales ilegales (extramaritales) con hombres o con un hombre concreto (sección 19). Aquí sí que era defensa creer razonablemente que la mujer tenía 18 años o más; c) llevarse a una mujer deficiente de la posesión de su progenitor o guarda, contra su voluntad, con la intención de que tenga relaciones sexuales ilegales con hombres o con un hombre concreto. Era defensa que el acusado no supo ni tuvo motivos para sospechar que era deficiente. Las tres castigadas con 2 años de prisión (sección 21); d) llevarse o detener a una mujer de cualquier edad contra su voluntad con intento de que se case o tenga relaciones sexuales ilegales con el acusado o con otro, si se hace con violencia o a causa de su hacienda o expectativa de propiedad (sección 17). Se castigaba con 14 años de prisión.

B) LA SITUACIÓN TRAS LA LEY DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

La *Child Abduction Act* de 1984 fue modificada por la *Children Act* de 1989. Crea dos delitos respecto de menores de 16 años. No los recogemos literalmente por la gran prolijidad de la regulación.

1. El primer delito *sólo puede ser cometido en calidad de autor por una persona «relacionada con» el menor que lleva o envía al menor fuera del Reino Unido «sin el apropiado consentimiento»*. Una persona relacionada con el menor es (i) un progenitor, (ii) en el caso de un menor cuyos padres no están casados en el momento del nacimiento, un hombre respecto del que hay motivos razonables para considerarlo el padre, (iii) un tutor, (iv) una persona a cuyo favor hay una «orden de residencia» (sección 8, 1 de la ley de 1989) vigente en relación con el niño, o (v) una persona que tenga la custodia. El consentimiento apropiado es el de la madre del niño y el del padre si tiene la patria potestad del niño (sección 3 de la ley de 1989), el del tutor, el de la persona que tiene a su favor la orden de residencia, el que tiene la custodia o el permiso

del tribunal según la ley de 1989. Defensas a utilizar: (i) el acusado cree que tiene el consentimiento apropiado o que lo tendría si las personas que tienen que darlo conocieran las circunstancias relevantes; o (ii) ha dado todos los pasos razonables para comunicar con esas personas pero no lo ha logrado; (iii) la otra persona ha denegado de forma irrazonable el consentimiento, salvo (i) que esa persona sea una en cuyo favor hay una orden de residencia vigente con respecto al niño o (ii) que la persona que lleva o envía al niño fuera del Reino Unido actúa en contra de una orden por un tribunal del Reino Unido.

2. El segundo delito se comete cuando la persona que no es la madre del menor en cuestión o, estando los padres casados en el momento del nacimiento, su padre o tutor, custodio o persona en cuyo favor una orden de residencia está en vigor, sin autoridad de la ley o excusa razonable, se lleva o detiene al niño, (i) con la consecuencia de apartarlo del control legal de cualquier persona que tenga el control legal sobre él; (ii) con la consecuencia de mantenerlo alejado del control legal de cualquier persona legalmente habilitada para el control legal sobre él. Defensas para el autor: (i) si los padres no están casados en el momento del nacimiento, que es el padre del niño en cuestión o que creía fundamentalmente que era el padre en el momento del delito; (ii) al tiempo del delito, que creía que el niño había alcanzado la edad de 16 años.

Ningún proceso por secuestro se iniciará si se comete contra un menor de 16 años por una persona relacionada con él si no es con la autorización del Director de las públicas persecuciones.

La pena es de 6 meses de prisión o multa o ambas penas si se juzga como *summary conviction* (juicio sin jurado) o de hasta 7 años si se juzga con *indictment* (procesamiento y juicio por jurado).

El apartarlo no requiere ningún traslado geográfico. Una cuestión importante es si el niño fue apartado por el acusado de hacer lo que quería su representante legal, realizando una actividad distinta. En *Mousir* (1987 Crim LR 561) el jurado halló que el acusado tomó control cuando convenció a un niño de 14 años que iba al colegio para ir a su apartamento, y en *Leather* (1993, 98 Cr App Rep 179) cuando el acusado convenció a un niño para ir a buscar una bicicleta que le dijo le habían robado. Lo importante es la consecuencia y no la finalidad del autor. Estos delitos son distintos de los delitos de *common law* de *kidnapping* y de *false imprisonment*. La esencia de estos últimos es que son delitos realizados sin el consentimiento de la persona secuestrada o detenida, mientras que la esencia de los delitos de estatuto es que están realizados sin el consentimiento de la persona habilitada para dar el consentimiento apropiado o que tiene el control legal sobre el niño. El «llevarse» incluye también que el acusado induzca al niño a acompañarlo a él o a otro y «detener» incluye inducirlo a que se quede con el acusado o con otro y no se requiere ni fuerza ni ardid. Aunque el niño esté de acuerdo, el delito se comete. En el caso *Berry* (1996 2 Cr App Rep 226, Crim LR 574) el padre se llevó a otro niño en lugar del suyo.

La *Child Abduction Act* de 1984 (c. 37) contiene los tipos aplicables en Inglaterra y Gales. La parte segunda de la ley se titula «delito contra la ley de Escocia» y regula la sustracción parental de forma similar a la vista para Inglaterra y Gales. La ley ha sido modificada en 1986, 1991 y 1995. En Irlanda del Norte se aplica la *Child Abduction Act* de 1985, similar a la inglesa.

Una vez que el niño ha salido del Reino Unido, la sustracción parental se trata generalmente como un tema civil. Un padre puede también

ser acusado del delito de common law de secuestro (kidnapping). Parece ser que los tribunales ingleses prefieren tratar el tema, cuando los autores son los progenitores, como desacato al tribunal. El delito puede ser cometido también por ambos padres si el menor se aproxima a la mayoría de edad: una chica de casi 17 años que es llevada contra su voluntad fuera del país.

Algunas sentencias recientes:

Court of appeal, criminal division, (2006) EWCA Crim 181. *Regina v. Marc Henry Shiers*. La víctima es una joven de 13 años de edad que conoció al acusado a finales de 2004. Les presentó un hermano de la mujer que vivía con él. Cuando la relación terminó siguieron viéndose. La agasajó de regalos y tuvo relaciones sexuales con ella. Hasta su arresto el 23 de febrero de 2005 la realizó 4351 llamadas. El 25 de febrero de 2005 la madre suponía que la joven estaba con una amiga del colegio. Como no volvió la mañana siguiente, como le había instruido su madre, ésta llamó a la policía. La madre buscó en la habitación y vio correspondencia del acusado en la que hablaba de amor a su hija, haciéndose llamar Marc Warwick. La tarde del 26 de febrero la policía lo localizó, él permitió el registro de su apartamento pero no encontraron a la chica. Como consecuencia de las investigaciones la localizaron luego en un bar. En cuanto a la sustracción de menores (el acusado tiene cuatro condenas previas por relaciones sexuales con menores) la sentencia afirma: La chica desapareció de casa durante un considerable periodo de tiempo, aunque se mida en horas. Aunque el acusado no fuera inicialmente responsable de ello, y aunque las dificultades entre la menor y su madre no las creara él, el acusado tenía sin embargo la responsabilidad de ocuparse de ella y asegurarse de que regresaba a casa, por la diferencia de edad frente a ella. Los pasos que dio tuvieron el efecto práctico de imponer a la familia un periodo largo de tiempo en el que no supieron que estaba a salvo.

Cámara de los Lores, 5 diciembre de 2007, *In re M (FC) and another (FC) (Children) (FC)*. Opinión de la baronesa Hale of Richmond: en esta materia el bienestar del menor es el interés fundamental. El tribunal tiene el poder de ordenar el inmediato regreso del menor a una jurisdicción extranjera sin llevar a cabo una investigación completa de los hechos. El secuestro, como otros hechos unilaterales contra los menores, ha de ser combatido, pero el rechazo debe tomar la forma de una comprobación rápida, realista y asentimental del mayor interés del menor, debiendo llevar, en los casos apropiados, al pronto regreso del menor a su propio país, y no al sacrificio del bienestar del menor a otro principio legal (Ormrod LJ en *Re R Minors (Wardship: Jurisdiction)* (1981) 2 FLR 416, at 425. En esta ponderación juega un papel fundamental el hecho de si el menor se encuentra o no en un Estado firmante del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores.

Aspectos civiles

La ley en Inglaterra y Gales es fundamentalmente la *Children Act* de 1989, que entró en vigor en 1991. Crea el nuevo concepto de «responsabilidad parental». Si los padres están casados entre sí, ambos tienen la responsabilidad parental. Si no lo están, el padre no tiene la responsabilidad parental por el mero hecho de ser padre, pero la

puede adquirir ya por decisión judicial ya por un acuerdo formal con la madre. Desde el 1-12-03 si ambos padres están presentes cuando se registra el nacimiento del niño, el padre adquiere automáticamente la responsabilidad parental. Las decisiones de los tribunales pueden consistir en órdenes de residencia, que establecen con quién ha de vivir el menor, y órdenes de contacto, que tratan de los modos de contacto que el niño ha de tener con el otro progenitor y con otros allegados como abuelos o padrastros. La ley escocesa es la *Children Act* de 1995, similar a la anterior. Igual sucede en Irlanda del Norte con la *Children Order* de 1995. *Un padre con una orden de residencia puede sacar al niño del Reino Unido por un periodo de hasta 28 días sin autorización judicial o del otro progenitor.* Expirado el plazo, se puede aplicar la Convención de la Haya. El padre con derecho de contacto o acceso al menor tendrá generalmente también la responsabilidad parental.

En Escocia es interesante el caso *Brouillard v Her Majesty's Advocate* (2004) ScotHC 31 (25-5-04). El acusado era vigilante nocturno de un edificio, quien retuvo para abusar de ellos, en diferentes fechas, a un niño sordo de 14 años (15-4-00) y a otro de 8 años (6 y 7-5-00). En los casos en que la víctima es un menor que no ha llegado a la edad de la pubertad es posible que el autor sea penado por el delito de *common law* de *plagium* cuya esencia es llevarse al meno deliberadamente de la custodia de un progenitor o de otra persona que ejerce el derecho de custodia, por ley u orden del tribunal. Ya que el *plagium* es una forma agravada de robo, la pregunta por el consentimiento del menor es irrelevante. Si el menor no ha llegado a la edad de pubertad, se ha cuestionado si, puesto que no puede otorgar consentimiento válido, es apropiado acusar de sustracción como opuesto al *plagium*. Ninguna objeción se vio en los recientes casos *M. v. H.M. Advocate* y *Anderson v. H.M. Advocate* 2001 S.C.C.R. 738. Más complejo es si el hecho de que el acusado indujera o atrajese al menor para irse con él es contradictorio con un elemento esencial del delito (que actuara contra la voluntad del menor). En el caso *M. v. H.M. Advocate*, que se refería a un menor de 6 años, Lord Kincaid manifestó al jurado que para el delito basta que haya prueba de haberse llevado al menor o haberle inducido a seguirlo. La sala reprocha al sheriff que no informó bien al jurado al decirles que si los menores eran incapaces de comunicar sus deseos, entonces entraba en consideración el dato de la existencia de autoridad legal sobre los menores, y el conocimiento y consentimiento de ésta, pues en el presente caso los menores manifestaron su oposición.

BIBLIOGRAFÍA. BLACKSTONE, William (1829) *Commentaries on the Laws of England*. Sweet, Pheney, Maxwell, Stevens & sons. tomo IV; MARSTON GARCIA, B. A. (1949) *Criminal law and Procedure in a nutshell*, Sweet & Maxwell, limited; WARBURTON, Henry; GRUNDY, Claude (1921) *A selection of leading cases in criminal law with notes*. Stevens and sons, limited; WILSHIRE, A. M. (1948) *A selection of leading cases illustrating the criminal law*. Sweet & Maxwell, limited; CECIL TURNER, J. W. (1952) *Kenny's outlines of criminal law*. Cambridge University Press; FITZWALTER BUTLER, T. R.; MARSTON GARCIA (1949) *Archbold's pleading, evidence & practice in criminal cases*. Sweet & Maxwell; Stevens & sons. SCALAN, Gary & RYAN, Christopher (1985) *An introduction to criminal law*, Financial Training Publications Limited; SEAGO, Peter (1985) *Criminal law*, Sweet & Maxwell; HUNGERFORD-WELCH, Peter; TAYLOR, Alan (1997) *Sourcebook on criminal law*. Cavendish Publishing Limited; CARD, CROSS & JONES (1998) *Criminal law*. Butterworths; SMITH & HOGAN (1999) *Criminal law*. Butterworths. EMANUEL, Steven L. (1992) *Criminal Law*. Emanuel; www.statutelaw.gov.uk para las leyes; www.publications.parliament.uk para sentencias de la cámara de los lores; www.bailii.org para

case-law (del Reino Unido e Irlanda). En www.officialsolicitor.gov.uk se encuentran indicaciones sobre sustracción de menores.

IRLANDA

La regulación es similar a la inglesa. Se encuentra en la Ley 26/97 sobre *Non-fatal offences against the person act* de 1997. En la Sección 16: sustracción de menor por el padre: 1) *el que lleva, envía o mantiene a un niño menor de 16 años fuera del Estado o determina a un menor de esa edad a ser así llevado, enviado o mantenido (a) en desafío a una resolución judicial, o (b) sin el consentimiento de cada una de las personas que sea progenitor, tutor o persona a la que la custodia del niño le haya sido otorgada por un tribunal, salvo que se haya obtenido el consentimiento del tribunal.* 2) *Esta sección se aplica al progenitor, tutor o persona a la que la custodia del niño le haya sido otorgada por un tribunal, pero no se aplica al progenitor que no tenga la guarda del niño.* 3) *Será una defensa frente a un cargo de esta sección que el acusado (a) no haya podido comunicarse con las personas mencionadas en la subsección 1 b pero crea que consentirían si tuvieran conocimiento de las circunstancias relevantes o (b) no se proponía privar a otros que tenían derechos de tutela o custodia en relación con el niño de esos derechos.* 4) El culpable será condenado (a) en *summary conviction* a una multa no superior a 1.500 libras o a prisión no superior a 12 meses o a ambas; o (b) en condena por *indictment* a multa o prisión no superior a 7 años o a ambas. (5) *Un procedimiento de esta sección no se iniciará salvo con el consentimiento del Director de las Públicas Persecuciones.*

Sección 17: sustracción del menor por otras personas. (1) *Una persona distinta de aquellas a las que se aplica la sección 16 será culpable de delito si, sin autorización legal o excusa razonable, intencionalmente se lleva o detiene a un menor de 16 años o determina a tal menor a ser así llevado o detenido (a) con la consecuencia de apartar al niño del control legal del que tenga el control legal sobre él o (b) con la consecuencia de mantenerlo fuera del control legal del que tenga control legal sobre él.* (2) *Será una defensa bajo esta sección que el acusado creyó que el menor había cumplido 16 años.* (3) El culpable será castigado con (a) una multa que no exceda 1.500 libras o prisión no superior a 12 meses o ambas, si es una *summary conviction*, o (b) o a multa o prisión no superior a 7 años en caso de *indictment*.

Supreme Court: P.G. v Ireland & Ors (2005) IESC47 de 12-7-05. En un caso de relaciones sexuales con una menor de 15 años (ley de 1935), tras examinar detenidamente el caso R v Prince, considera el tribunal que en Irlanda sí cabe alegar la defensa de error razonable sobre la edad de la víctima. Lleno de citas de sentencias de la Cámara de los Lores inglesa. El TS irlandés dicta unas sentencias extremadamente motivadas. En los países anglosajones es habitual citar sentencias de otros países del *common law* (sentencias canadienses, estadounidenses, inglesas).

El Tribunal Supremo en *People v Edge* declaró que llevarse a un niño de 14 años contra la voluntad de su guardián legal no es *kidnapping*, porque el niño había alcanzado una edad en la que podía, y así lo hizo, prestar su consentimiento (1943 IR 115).

BIBLIOGRAFÍA. www.acts.ie (para leyes) www.bailii.org (para casos, página común para UK e Irlanda).

Como conclusión de este grupo de países, se puede decir que la sustracción se diferencia de los delitos contra la libertad en que se realiza sin consentimiento de la persona que tiene el control legal sobre el niño. El progenitor puede cometer un delito contra la libertad del menor cuando actúa más allá de lo razonable en el ejercicio de la patria potestad. Dado el pragmatismo de los tribunales ingleses, una vez que el niño ha salido del Reino Unido, el tema de la sustracción parental se suele tratar como un tema civil. Por otra parte, la sustracción a veces se persigue como desacato al tribunal. Un progenitor que participe de la responsabilidad parental puede sacar al menor del Reino Unido sin consentimiento del otro o de un tribunal durante 28 días.

(Continuará)