

ESTUDIOS

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

GONZALO JOSÉ CAMARERO GONZÁLEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

SUMARIO: 5. Países germánicos: A) Alemania. B) Austria. C) Suiza. D) Suecia.–6. Otros países: A) Portugal. B) Holanda. C) Italia.–7. Conclusiones finales.

5. PAÍSES GERMÁNICOS

A) ALEMANIA

Antecedentes de la regulación actual. La versión original del Código penal de 1871 incluía entre los crímenes y delitos contra la libertad personal, tras el párrafo 234 (Menschenraub o secuestro, «robo de hombres» en traducción literal), el Kindesraub o sustracción de niños, «robo de niños» en traducción literal (párrafo 235), figura procedente de los párrafos 205 y 206 del Código penal prusiano de 1851, con la diferencia de sustituir «secuestro» por «sustracción», para hacer ver que se trataba de una clase de Menschenraub.

El tipo establecía: *Es punible quien, sustraiga a una persona menor de edad a sus padres, su tutor o sus padres tutelares* (posteriormente se sustituyó esta expresión por la de «curador»), *por medio de astucia, amenaza o violencia (delito). Si el hecho ocurre con la intención de pedir limosna, con ánimo de lucro, o con utilizando fines o medios inmorales, es un crimen.*

Sustraer significaba apartar al menor (de 21 años) de la vigilancia e influencia de los padres (Schäfer), o también la causación de un estado de cierta duración que frustraba el derecho de educación (Kohlrausch) o la anulación de hecho de la relación de poder del padre o tutor o de la relación de custodia del guardador (Frank). Sustracción, en definitiva, era la exclusión con una cierta duración del ejercicio del derecho de educación y vigilancia de los padres y tutor o del cuidado del curador o la lesión

de su contenido esencial o su impedimento, sin que fuera necesaria la creación simultánea de una nueva relación de dependencia, aunque generalmente tuviera lugar. Los penalistas discutían si era preciso además ingresarlo en la esfera de poder de otro (a favor Schäfer y von Liszt y ésta era la opinión de la doctrina mayoritaria y de alguna jurisprudencia, como RG 27-1-1888, en contra Kohlrausch, y Olshausen, quien se basaba en la historia del precepto para llegar a esta conclusión, también Frank remitiéndose a los argumentos del anterior). Esta última tesis es la que siguió el Reichsgericht (bastaría con la supresión de la relación anterior, se haya logrado crear o no un nuevo vínculo (RG II 27/30)). La ley no precisaba si se trataba de una sustracción del poder ejercitado de hecho o si se trataba de un ataque al derecho de vigilancia y educación. Como el derecho penal se dirige ante todo a lesiones de derechos, pareció que había que optar por la segunda interpretación. Por ello no tenía importancia si ya antes existían obstáculos para el ejercicio del derecho o si el habilitado nunca o no de forma inmediata había ejercido antes su derecho. Protegía el delito derechos subjetivos, no meras relaciones fácticas (como las de los parientes o padrastros). Era indiferente que el sustraído estuviera ya antes en el poder inmediato del legitimado o se encontrara con un tercero o que el autor retuviera al niño frente al legitimado. Podía, pues, consistir en mantener la separación existente. Pero este estado debía tener cierta duración. El distanciamiento espiritual de un niño frente a sus padres, si el niño permanecía en la casa paterna, no constituía el delito. No bastaba un corto periodo de tiempo (por ejemplo, sacar de paseo), ya que la jurisprudencia hablaba de «larga» duración (E 18, 273; 24, 133). La ley no exigía un alejamiento de la residencia habitual ni el internamiento del menor en otro lugar. La sustracción podía consistir también en la ocultación antijurídica del paradero del niño. Se podía realizar por omisión. El consentimiento de los padres excluía el delito, pero no el del menor (RGSt 18, 276).

Se apreció astucia en un caso en que la madre se mudó con el hijo desde el primer al tercer piso de una casa y al agente judicial que vino a recoger al niño para entregárselo al padre le indicó el primer piso como dirección del menor (21-6-1915). También podía consistir en elegir de tal modo el lugar y tiempo de la acción de manera que se excluyera toda sospecha de acción antijurídica y así se dificultara impedir el hecho.

Padres: «Padres» era una designación colectiva para el padre y la madre; el derecho de vigilancia y educación, si estaban casados, correspondía por regla general a los padres en común; pero también protegía el delito al progenitor a quien excepcionalmente le correspondiera en solitario el derecho (RG I 21-6-1886, 8-465; 15-12-1891 22-166). También los padres adoptivos eran considerados padres. Se discutía si estaban incluidos los padrastros (a favor, RG 37,1). *El otro progenitor, al que no correspondía tal derecho, podía cometer el delito si sustraía al menor. Tales casos podían darse asimismo en padres separados o divorciados.* El consentimiento del menor era indiferente, no el de los padres o tutores. Autores podían ser, aparte del padre varón no casado (Colmar 2-12-1890) y en ciertos casos los progenitores biológicos, frente a los padres adoptivos, *o uno frente al otro, la madre frente al padre, por ejemplo* (RG I 21.6.1886; 27-1-1888, RG 22,166 y 48,427), *incluso en caso de patria potestad en común, pero derecho de educación predominante en el padre, o del padre frente a la madre, a la que correspondiera en solitario el derecho de educación. En general, el padre que actuaba contra los derechos del otro* (E 22,166). Los medios comisivos se podían usar frente al menor, los padres o frente a un tercero (RG I 21-6-1886: frente a la persona encargada de recoger al menor, E 22,166). El menor no podía ser autor ni partícipe (RG E 18, 273 (281), 24, 133). El hecho sólo podía cometerse dolosamente.

Las leyes de reforma de 1969 afectaron al delito del que nos ocupamos: el párrafo 235 (1ª ley de reforma penal de 1969) pasó a decir: 1). *El que sustrae a una persona menor de 18 años de sus padres, tutor o curador por medio de violencia, astucia o amenaza, será castigado con pena de hasta 5 años de prisión o multa.* 2). *En casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de 1 a 10 años.* Un caso especialmente grave se daría generalmente, según la doctrina, cuando el autor actuara con ánimo de lucro. Según el nuevo párrafo 238 el hecho *sólo era perseguible por denuncia. Y si uno de los partícipes se ha casado con la persona sustraída o secuestrada, el hecho sólo puede ser perseguido si el matrimonio se ha declarado nulo o se ha invalidado y si el derecho a denunciar no se ha excluido por la celebración del matrimonio.* Se baja la edad de 21 a 18 años y se introduce la necesidad de denuncia.

Actualmente la materia está regulada con el texto introducido por la 6ª ley de reforma penal de 26-1-98. Párrafo 235: (1) *Será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con multa, el que sustraiga o retenga a sus padres, tutor o curador 1) una persona menor de 18 años con violencia, amenaza de un mal intenso o astucia o 2) un niño, sin ser pariente de él.* (2) *Del mismo modo será castigado el que sustraiga un niño a sus padres, a uno de los padres, al tutor o al curador 1) para llevarlo al extranjero o 2) para retenerlo en el extranjero, después de haber sido llevado hasta allí o de que se haya trasladado hasta allí.* (3) *En el caso del párrafo 1, 2) y del párrafo 2, 1) es punible la tentativa.* (4) *Será condenado a pena privativa de libertad de 1 a 10 años quien 1) exponga a la víctima a peligro de muerte o a un grave daño a la salud o a un considerable perjuicio en el desarrollo físico o espiritual o 2) si el hecho se comete por precio o con la intención de enriquecimiento propio o ajeno.* (5) *Si el autor causa con el hecho la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad no puede ser inferior a 3 años.* (6) *En casos especialmente leves del párrafo 4, se impondrá la pena privativa de libertad de 6 meses a 5 años, en casos especialmente leves del párrafo 5, la pena privativa de libertad de 1 a 10 años.* (7) *La sustracción de menores en los casos de los párrafos 1 a 3 sólo será perseguida por denuncia, salvo que las autoridades encargadas de la persecución penal consideren procedente iniciar el procedimiento de oficio a causa de un especial interés público.*

En esta nueva etapa legislativa se mantienen gran parte de las soluciones anteriores. Existe cierto acuerdo en que la antigua legislación protegía los derechos de los padres y de forma mediata los del sustraído. La nueva ley protege también inmediatamente los derechos del niño, al contemplar el «orden familiar» como bien protegido, en el que los derechos del niño tienen un espacio mayor. Pero no su libertad personal (por ello es indiferente su consentimiento), sino su desarrollo físico y espiritual, por lo que cabe el concurso ideal con los delitos contra la libertad. La diferenciación del OLG Stuttgart (NJW 1968, 1342) entre el ejercicio (protegido) del derecho de cuidado y la (no protegida) existencia del derecho, es compartida por la doctrina mayoritaria. El tipo se ha ampliado, especialmente para abarcar la sustracción clandestina de niños de corta edad, y la salida de niños al extranjero. Las relaciones personales protegidas comprenden ante todo el derecho de educar al menor, de cuidarlo y de determinar su lugar de residencia.

La sustracción existe si el ejercicio del derecho por el legitimado se frustra por una separación espacial durante un periodo de tiempo no insignificante o es esencialmente afectado tal ejercicio (BGHSt 1, 199). Para la separación espacial es indiferente que el menor sea llevado a un lugar alejado de la influencia del progenitor o que a éste (por

que es atado, por ejemplo) se le impida el acceso al niño. Tiene que tener cierta duración y una utilización global de la posición del titular del derecho de cuidado, contrario al derecho de familia (queda abierto en BGH NStZ 96, 333) lo que no se daría en una anulación provisional de las relaciones de poder y cuidado (en la asistencia a un cine, por ejemplo) (RG JW 35, 3108; 38, 1388). No se considera necesaria la creación de una nueva relación de dependencia. No es preciso que la sustracción se inicie en la esfera de dominio del titular del derecho. Si ya existe la separación espacial (estudiante menor en un colegio alejado), un alejamiento espacial adicional cumple el tipo sólo si por ello el derecho de los padres es esencialmente afectado de modo adicional (BGH NJW 1963, 1413). Si el niño se encuentra con permiso de los padres bajo el poder fáctico de otras personas, en caso de sustracción habrá una afectación mediata del derecho de cuidado de los padres (BGH NJW 1963, 1412).

Una retención existe cuando se alcanza el mismo resultado manteniendo una separación temporal. Es posible en comisión por omisión, cuando el obligado a dar información oculta dónde se encuentra el menor. La retención se solapa con la sustracción en comisión por omisión. Incluye no sólo la negativa a la entrega sino también la complicación de la misma, por ejemplo, por ocultación de su residencia. La mera recepción de un niño huido no es típica si no se toman medidas adicionales para impedir el regreso del menor o para excluir la comunicación del niño con los padres.

No está incluida la sustracción del derecho de cuidado obtenida judicialmente por engaño. Se protege a personas menores de 18 años. La duración va a depender de la edad del menor, del grado de su necesidad de cuidado, de si puede surgir un perjuicio digno de mención y de las especiales circunstancias del caso. Respecto de niños muy pequeños (BGHSt 16, 58), o en casos de derecho a relaciones personales (BGHSt 10, 376), basta un muy pequeño espacio de tiempo. Si tiene 4 años, bastan 10 minutos (BGHSt 16, 58) y en caso de una niña de 8 años, 2 horas (OLG Hamm 1966, 237); 2 días y 2 noches, en caso de una menor de 13 años. Cuando se acercan a la mayoría de edad, el acento se sitúa en la educación, que precisa de efectos de larga duración.

En caso de conformidad del legitimado, no arrancada por violencia o por astucia, no hay delito. El consentimiento no es válido si se engaña sobre el fin perseguido: se dice que para un trabajo, cuando es para ejercer la prostitución. No es preciso averiguar una voluntad contraria de los padres. Sólo tiene que referirse el consentimiento a la separación espacial. No hay delito si el autor contradice otras indicaciones dadas por los padres (en lugar de ir al cine van a una discoteca). El consentimiento de uno sólo de los padres vale sólo si tiene la legítima representación del otro.

Los medios pueden utilizarse contra el menor, los padres o un tercero (BGH 16, 58) si estas personas están dispuestas a intervenir en defensa del derecho de cuidado. Hay violencia si el autor mediante una acción física sobre el cuerpo de la víctima causa en ella una reacción psíquica que es determinada por la voluntad del autor y es apropiada para vencer la resistencia de la víctima (BGH NStZ 2003, 89: rociar con líquido desodorante como violencia). La astucia presupone engaño o causación de error y refiere una conducta que tiende a lograr el fin del autor bajo ocultamiento intencionado y hábil de las verdaderas circunstancias o fines (BGH 44, 355). No hay astucia si se le dice al niño que no diga nada a sus padres y se le hacen regalos.

Padres son también los padres adoptivos. Los padres tutelares y los padrastros, a los que la educación se les ha otorgado sólo fácticamente, o los parientes en cuya casa

el niño se encuentra fácticamente, no están protegidos, salvo que ejerzan la educación en representación de los padres (RG 75,65) o se les haya transmitido la patria potestad (1630 III BGB). El servicio de protección de menores está incluido en la expresión tutor si le corresponde el derecho de cuidado (BGHSt 1, 364).

Autores pueden ser los padres, sobre todo uno contra el otro (BGHSt 10, 376). El hecho también puede ser cometido por un padre al que corresponda el derecho de cuidado e incluso frente al padre legitimado sólo para relaciones personales con el niño (BGHSt 44, 355 padre pakistani frente a madre alemana). El derecho de visitas tiene protección constitucional pues deriva del artículo 6 II 1 GG. Si a ambos padres les corresponde el derecho de determinar en común la residencia del menor, no hay sustracción, si el padre devuelve el niño a la madre, tras un viaje de vacaciones en común, 4 días más tarde de lo convenido (OLG Karlsruhe ZFF 2002, 351). También puede ser cometido en casos de patria potestad compartida. La afectación del trato personal del padre no ejerciente del derecho de cuidado no es típica, porque el bien protegido es el derecho de cuidado. Otra opinión en BGHSt 10, 376. Queda el tema abierto en BGH NStZ 1996, 334. Se discute si es de aplicación el tipo cuando no sólo se afecta al derecho de cuidado, sino cuando el propio derecho de cuidado es sustraído (por ejemplo con datos falsos ante el tribunal tutelar). Según el fin de protección de la norma hay que afirmar que sí, ya que es un caso especialmente grave de afectación del bien jurídico. También pueden ser autores el tutor legal si sustrae al pupilo del derecho de vigilancia del servicio tutelar de menores.

Justificación: cabe la autoayuda en caso de necesidad de adopción de medidas urgentes a corto plazo, pero no en caso de arbitraria «corrección» de una decisión sobre derecho de cuidado de un tribunal civil que el autor considera equivocada.

Arzt y Weber prestan especial atención a la culpabilidad del autor. Consideran que generalmente se trata de casos en que, tras la separación, uno de los padres no se conforma con la sentencia judicial que le niega el derecho de cuidado, especialmente cuando el otro quiere llevar al hijo al extranjero y educarlo allí. Si el autor y el legitimado quieren lo mejor para el niño la tragedia está servida. La sustracción se convierte en un acto desesperado. El menor contenido de culpabilidad debería valorarse en la medición de la pena. En los extraños casos en que se roba un niño ajeno, consideran que existe generalmente un acto en cortocircuito, en el que la culpabilidad está notablemente afectada.

El dolo (basta el eventual) debe referirse a la edad de la víctima, la acción y en los párrafos 1 y 2 a los medios, que deben desplegarse conscientemente para la sustracción o la retención.

Parágrafo 235 I 1: la víctima tiene que ser menor de 18 años y ser familiar del autor. El parágrafo 11,1 define a qué familiares se refiere el tipo: consanguíneos y afines en línea recta, el cónyuge, el prometido, hermanos, cuñados (cónyuges de los hermanos y hermanos del cónyuge) y aunque el matrimonio ya no exista o la consanguinidad o la afinidad se hayan extinguido. En el parágrafo I, 2 se incluyen casos de sustracción clandestina de lactantes y niños de corta edad, sin que sea necesario un especial medio de comisión. Basta la mera sustracción o retención por un no pariente. Se castiga el mero llevarse un menor de 14 años (llevarse a escondidas un bebé de una habitación sin vigilancia o empujando su cochecito). Se trata de evitar en gran medida que los conflictos familiares sean resueltos con medios penales. La madre que deja al niño en lugar anónimo no comete el delito (porque es pariente del art. 11,1). El parágrafo II trata de evitar que, contra la voluntad del titular del derecho

de educación, el niño sea llevado al extranjero, especialmente a un Estado de otro ámbito cultural, o que allí le sea retenido el niño al citado titular. Aquí tampoco tienen trascendencia los medios. La sustracción puede ser activa, llevando al niño al extranjero, o pasiva, llevando al niño al extranjero en el curso de un viaje común de vacaciones y negándose luego a devolverlo a Alemania. Se renuncia a determinar medios ante la gravedad de las conductas, que pueden implicar la pérdida definitiva del cuidado de hecho. De la expresión «después de que haya sido llevado» se deriva que sólo se protege penalmente el cuidado personal ya ejercido en Alemania: un solicitante de asilo no podría denunciar que su cónyuge se ha ido de vuelta al país de origen con los niños. En el párrafo 235 II 1, para evitar lagunas, hay que entender que la sustracción ocurre en Alemania cuando el menor que se encuentra en el extranjero es sustraído de su residencia allí para ser llevado a un tercer país extranjero, en cuanto supone una forma agravada de retención del párrafo 235 II 1 (Eser). El párrafo IV se introdujo para luchar contra el comercio organizado de menores. Se aplicará cuando se lleve al menor durante largo tiempo a un medio asocial o durante un tiempo incalculable se cause un estado de elevada indefensión o por motivos egoístas y sin escrúpulos se haga caso omiso de los legítimos intereses del otro progenitor y del hijo. Ánimo de lucro: hace referencia a la trata de niños comercial y organizada. No se requiere que el ánimo de lucro sea antijurídico. La muerte del menor en el párrafo V debe causarse al menos de forma imprudente. Criterios para que exista un interés público en la persecución (párrafo VII): que el autor tenga antecedentes penales por el mismo delito, o que se haya comportado con respecto a los padres o al menor de forma especialmente reprochable o desconsiderada. Denunciante sólo puede ser el titular del derecho de cuidado. Si hay un cambio en la titularidad del derecho, el nuevo titular se subroga en la posición del anterior (OLG Celle NJW 1996, 2666). En el caso de los padres, está legitimado para denunciar cualquiera de ellos. No es preciso que sea el titular del derecho de educación (OLG Stuttgart NJW 56, 1011) pero no puede denunciarse contra la voluntad expresa del titular del derecho de cuidado (Dusseldorf NSTZ 81, 103).

En 2003 se enjuiciaron 130 casos en Alemania, con 74 condenas. De los 130 casos en 44 la acusada era una mujer. Están sobrerrepresentados los hombres, sobre todo extranjeros. El 48% de los condenados en 2003 lo fue a multa (36 casos); los restantes 39 fueron condenados a prisión (suspendida en 35 casos). En dos casos la pena osciló entre 1-2 años y en 1 fue de 2-3 años.

Jurisprudencia

Un tribunal de escabinos condenó a los esposos E por sustracción de menores. El padre de la niña de 4 años había permitido, después de una borrachera y en ausencia de su mujer, que ambos acusados se llevasen a la niña. Estaba hasta tal punto bebido que el consentimiento carecía de todo significado, como sabía la pareja. Sin embargo se llevaron a la niña, que les acompañó gustosa, a su casa, donde, a falta de un hijo propio, la cuidaron solícitamente y la mimaron. No la ocultaron y la dejaron jugar en la calle con otros niños. Ante el Tribunal alegaron que se proponían solicitar al funcionario de menores que se les entregara la niña para su cuidado. No se llegó a ello porque el paradero de la niña sustraída al padre con «astucia» se averiguó dos días después. Comentario: la sentencia es correcta en su resultado, aunque la fundamentación no tiene en cuenta el problema especial que plantea el caso. Una sustracción

por astucia sólo puede darse si de forma premeditada los acusados hubiesen cooperado en la embriaguez total del legitimado para lograr luego el consentimiento para llevarse a la niña en contradicción con la verdadera intención del padre. También hay astucia si los acusados se hubiesen aprovechado de la embriaguez del padre y (o) de la ausencia de la madre premeditadamente para obtener el consentimiento (caso citado por Blei).

El acusado convenció a una niña de cuatro que jugaba en la calle delante de la casa de sus padres, con una excusa, para que le acompañara a un bosque próximo, donde quería abusar de ella sexualmente. Una vecina, sin embargo, vio el hecho, siguió a ambos y en escasos diez minutos se presentó en el bosque, cuando el hombre trataba de convencer a la niña para que se quitara la ropa (BGH 16, 58, Bundesgerichtshof o Tribunal Supremo). Comentario: fue condenado por abusos sexuales en tentativa y por sustracción de menores del parágrafo 235 StGB, pues ha habido lesión del derecho de educación y vigilancia de los padres durante cierto tiempo. *Esto no ha de medirse en unidades de tiempo, sino determinando si, con una valoración de todas las circunstancias del caso concreto, el niño fue expuesto a un peligro al no poder ejercer los legitimados el derecho a educarlo y protegerlo.* En el caso concreto hay que afirmarlo, al ser alejada la niña de la esfera espacial en la que los padres podían ejercer una vigilancia efectiva en todo momento (caso citado por Blei).

En compañía con otras compañeras de clase, S, estudiante de 15 años, visita una discoteca en un sofocante día de verano en la pequeña ciudad X, donde sobre las 19 horas se desmaya inconsciente por el consumo de alcohol. A y B, conocidos de los presentes, se ofrecen al dueño del establecimiento y a las acompañantes de S para llevar a casa a la estudiante en el coche de A. Poco después de la partida, se ponen de acuerdo en abusar sexualmente de ella. Para evitar toda posible oposición en el caso de que A vuelva en sí, A conduce el coche fuera de la animada ciudad hacia un bosque. Allí consuman el contacto sexual con S todavía inconsciente. Finalmente llevan a la chica, que sólo un buen rato después recobra la conciencia, a casa de sus padres (BGHSt 25, 237). No se opone a la aplicación del parágrafo 235 el que los padres en el momento de la sustracción no ejercieran de hecho el derecho de cuidar de la menor, porque se protege la *ejercitabilidad del derecho como tal* (BGHSt 16, 58). Lo discutible es si este derecho ha sido esencialmente afectado durante un periodo de tiempo suficiente. A la vista de la especial necesidad de cuidado de la inconsciente S y del fin perseguido por A y B ha de afirmarse la punibilidad por el parágrafo 235 en concurso ideal con los parágrafos 237 y 179 II, secuestro y abuso sexual) (caso citado por Wessels).

2 StR 172/01 de 12-9-01. Desde el verano de 1999 se desarrollaron en el acusado fantasías en las que se representaba concretas situaciones en las que, con la observación de angustia e indefensión en otros, adquiriría un sentimiento de poder, y con las que obtenía placer sexual. Tras unos meses, no le bastaron las fantasías, sino que buscó concretas situaciones reales. El 20 de enero de 2000, se topó en Grossen-Buseck con la niña de 7 años W., que retornaba a casa del colegio. Surgió en él la idea de raptar a la niña y la metió a la fuerza en la parte trasera del vehículo. Pero no se salió bien el plan, porque un testigo puso su coche delante para impedirle la huída. Se acercó al coche, golpeó el parabrisas y el acusado a sus preguntas dijo que era el tío de la niña. Como el testigo le dijera que estaba llorando, él alegó que la niña se escapaba y quería acompañarla a casa. Mientras tanto la niña salió del coche y se puso en la acera. El testigo anotó la matrícula del coche del acusado y los datos de su carnet de

identidad. El acusado ofreció a la niña llevarla a casa, a lo que ella asintió. El acusado lamentó su conducta. Cuando minutos después la niña llegó a casa, corrió llorando hasta su madre y le contó lo sucedido, quien puso denuncia ante la policía. Con los datos del testigo fue detenido al día siguiente. El acusado tenía fuertemente afectados los frenos inhibitorios, por una anomalía de los impulsos y un carácter adictivo. Fue condenado por la Audiencia por un delito de coacciones en concurso ideal con un delito de detención ilegal en tentativa y otro de sustracción de menores en tentativa a una pena de 1 año y 10 meses de prisión con remisión condicional y a internamiento en establecimiento psiquiátrico. Tanto la Fiscalía como la madre recurren por considerar existente también un delito de abusos sexuales y coacciones sexuales en tentativa. El BGH parte de que el propio acusado dijo que no sabía cómo habrían acabado los acontecimientos si el testigo no se hubiera interpuesto en su camino. La experiencia general enseña que en estos actos suele haber un trasfondo sexual y considera que la Audiencia debería haber explicado cómo los datos exculpatórios dados por el acusado han influido en su convicción y que hay indicios suficientes en su apoyo. Casa la sentencia.

5 StR 564/05 de 9-2-06. El acusado fue condenado a 4 años y 6 meses de prisión y a una indemnización de 50.000 €. El acusado, de religión musulmana, nació y se crió en Egipto. En 1992 viajó a Alemania y en 1993 se casó con la denunciante, de nacionalidad alemana. En noviembre de 1998 renunció a la nacionalidad egipcia y adoptó la alemana. Se divorciaron en 2001 y tuvieron una niña nacida en 1995 y un niño nacido en 1998. Ya en mayo de 2000 la denunciante se separó del acusado, porque la maltrataba físicamente. El juez de familia le atribuyó a ella provisionalmente el derecho de determinar el domicilio de los hijos en solitario. Además se le prohibió al acusado llevar a los hijos fuera de Alemania. Los hijos fueron incluidos en el sistema de información de Schengen. En el marco de un acuerdo de visitas, la denunciante entregó a ambos hijos al acusado el 28-12-00. Ese mismo día el acusado entregó a los niños (de 5 y 2 años y medio) a terceras personas desconocidas que los llevaron a Egipto. La denunciante lleva años buscando a sus hijos sin éxito. El acusado regresó a Alemania en octubre de 2003 y fue detenido en febrero de 2004. Desde entonces está en prisión provisional. Hasta la publicación de la sentencia, el acusado se ha negado a dar datos concretos del paradero de los niños. Fue condenado por el párrafo 235 I 1, II 1 por sustraer los niños con astucia para llevarlos al extranjero. La Fiscalía solicitaba al BGH la aplicación del apartado IV (con pena de hasta 10 años). Para el Alto Tribunal es preciso en los delitos de peligro concreto que el peligro vaya más allá de la peligrosidad latente insita a la acción, es necesario que lleve a una situación crítica, de modo que la seguridad de una persona o cosa (según el pronóstico objetivo posterior) esté tan afectada que sólo del azar dependa que el bien jurídico sea o no lesionado. Esto mismo se requiere en el párrafo 235 IV y la mera sustracción de los menores, aunque vaya unida al traslado al extranjero no basta para la existencia tal peligro. La conducta ciertamente encierra un elevado riesgo para el desarrollo del niño, pero la elevación de ese riesgo se presenta sólo como peligro abstracto. De todos modos, el tribunal considera que llevar al niño a un ámbito cultural extraño puede cumplir el tipo del párrafo 235 IV si un concreto peligro para el desarrollo físico, espiritual o psíquico del menor está unido a la acción, por ejemplo si amenaza el peligro de un daño en el desarrollo, por la influencia masiva de una religión extraña. Esto no ha sido desconocido para la Audiencia, pero no se han podido obtener datos sobre el estado de hecho de los niños. En el caso concreto la denunciante estudió en profundidad la cultura árabe y leyó mucho sobre la religión musulmana y dos años

después de la boda se convirtió al Islam. Después del nacimiento de la hija, ambos estaban de acuerdo en educar a la niña según los valores y normas de vida del Islam. Así, la niña no comía carne de cerdo (lo que advirtió la madre en la guardería). Ambos transmitieron en numerosos viajes a la niña que Egipto, país en el que vive la mayor parte de la familia del padre, era su segunda patria. La madre empezó a estudiar la lengua árabe después del nacimiento del segundo hijo y se interesó por que ambos niños crecieran bilingües y les compró libros infantiles en árabe. El tribunal aclara después que el párrafo IV se refiere sólo a la salud del menor y no a la del titular del derecho de educación. Finalmente el BGH afirma que el delito es permanente por lo que el hecho punible no acaba aquí, de modo que si continúa el hecho es posible una nueva condena.

4 StR 594/98 de 11-2-98. El padre había llevado al hijo a Pakistán, contra la voluntad de la madre. *Es punible el progenitor que tiene en solitario la patria potestad que sustrae el niño al progenitor que tiene un derecho a relacionarse con él* (aquí, la madre). El BGH apela a la antigua jurisprudencia del Reichsgericht (RG 66, 254) y del mismo BGH. El acusado, de religión musulmana, nació en Pakistán. En 1979 viajó a Alemania y en 1982 se casó con la ciudadana alemana Ele S. El acusado en 1989 adquirió la nacionalidad alemana. El 30-1-85 nace el hijo Michael, que tiene las dos nacionalidades y que será educado en la fe islámica. Desde 1991 están los padres divorciados. En 1994 el acusado se casa con una mujer pakistaní. Ya en 1991, poco antes del divorcio y contra la voluntad de la madre, se llevó el acusado al hijo común provisionalmente a Pakistán y así consiguió imponer que la madre aceptara una transmisión de la patria potestad al padre. La madre obtuvo un derecho de visitas todos los fines de semana. A principios de 1996 supo la madre que el padre había sido condenado por una pelea a cuchilladas a 2 años de prisión con remisión condicional. Posteriormente hubo disputas a causa de que el niño frecuentaba irregularmente el colegio y por menoscabos en el régimen de visitas, en cuyo curso el acusado maltrató físicamente a su exesposa. El 23 de enero de 1996 la madre solicitó la atribución de la patria potestad como medida provisional al temer que el padre se llevara al niño a Pakistán. En el juicio el padre declaró que no tenía intención de irse a Pakistán, sino que quería vivir con el niño en Alemania. Acto seguido se rechazó la petición provisional de la madre (también en apelación), pero se prohibió al padre sacar al menor de Alemania mientras no se decidiera el pleito principal sobre la patria potestad. Entre los días 24 y 27 de febrero de 1996 con un plan preconcebido y concertado con sus familiares en Pakistán, viajó el acusado con el hijo hasta la casa de una tía en Inglaterra, en el ferry que sale de Calais y desde Inglaterra voló a Pakistán. En abril de 1996 volvió solo a Alemania y dejó el niño al cuidado del abuelo de 80 años, para que lo educara en la ley islámica. Todos los esfuerzos de la madre, a la que en marzo de 1996 se le atribuyó la patria potestad, para recuperar al niño, fracasaron. Ni una orden judicial de entrega ni la prisión provisional que sufre desde enero de 1998 le han llevado a entregar al menor. El padre fue condenado, conforme a la redacción anterior del 235, por sustracción de menores con astucia. *El delito se puede cometer por un padre frente al otro siempre que a cada uno de ellos le corresponda al menos en parte el derecho de cuidado personal. Nada cambia el que a uno le corresponda el derecho de cuidado en solitario y al otro sólo un derecho de relacionarse.* Hay un interés del menor, reconocido en los artículos 1684 y ss BGB (Código civil), en que el padre que no ejerza la patria potestad se cerciore de su desarrollo. Sobre todo hay que prevenir un distanciamiento entre el hijo y el progenitor no titular del derecho de cuidado, y garantizar la continuidad de su relación, porque

es un «padre de reserva» que en cualquier momento puede ser incorporado de nuevo al derecho de cuidado. Todo ello sirve al un desarrollo adecuado del menor. Estos derechos además se derivan del parágrafo 6 II 1 GG (Constitución) (BVerfG, sentencia de 29.10.1998-2 BvR 1206/98). A la vista de los cada vez más frecuentes casos de sustracción de menores al extranjero, sobre todo en caso de padres de distinta nacionalidad existe una necesidad político-criminal ineludible de proteger penalmente los derechos naturales de los padres de forma completa. Es un delito permanente que sólo acaba con el restablecimiento de las posibilidades de influencia del otro progenitor sobre el menor. Comentario: Parece ser que esta jurisprudencia está en crasa contradicción con la praxis de las fiscalías y los tribunales de instancia donde no se admiten denuncias por sustracción de menores ni en casos de patria potestad compartida ni en casos de frustración del derecho a relacionarse del otro progenitor.

Ha sido muy importante la sentencia del Tribunal Constitucional Bundesverfassungsgericht 27-12-06: 2 B v R 1895/05. El tribunal se pronuncia en contra de una nueva condena penal en caso de sustracción de menores continuada. En el año 2001 viajó la niña, nacida en 1995, con el consentimiento de la madre a ver a los familiares de su padre en Argelia, donde desde entonces permanece. Todos los intentos de la madre por volver a traer a su hija a Alemania han fracasado porque la salida, según el derecho argelino, precisa de un consentimiento notarial del padre. Éste se ha negado desde el principio a darlo. La madre tenía conferido el derecho de determinar el lugar de residencia de la niña. El padre fue condenado por su negativa a autorizar la salida a una pena privativa de libertad de 2 años y 6 meses. Después de la firmeza de la misma se negó de nuevo a dar la autorización. Y fue condenado de nuevo a una pena de 3 años de prisión. La primera cámara del segundo senado del Tribunal Constitucional anuló esta segunda sentencia por considerar que vulnera el principio de culpabilidad desde varios puntos de vista: A) El tribunal no se ha ocupado de la pregunta acerca de si el recurrente, por la omisión de la entrega del consentimiento notarial ha cometido de nuevo un injusto culpable. No ha examinado si a la vista de la unicidad de la prestación exigida –prestación del consentimiento notarial para la salida de la hija– por la mera continuación de la inactividad ha realizado una nueva conducta penada, susceptible de sanción independiente. B) Tampoco ha discutido la extensión de la culpabilidad del segundo hecho en relación con el primero. La mera referencia al efecto cesura de la primera condena es una vulneración del principio de culpabilidad. Ya no es fundamento de la punición y de la medida de la pena la culpa individual sino la velocidad de la persecución penal dependiente de la casualidad. La punibilidad ya no depende de las normas abstractas y generales sino de la concreta organización de los tribunales, con el peligro de tratar a los inculpados como mero objeto de los órganos de persecución penal. C) Finalmente, no se ha discutido si una nueva condena se separa de que la determinación de la pena debe compensar la culpabilidad. La condena se separa del contenido individual de culpa y se condena al acusado por su desobediencia a las autoridades encargadas de la persecución penal. La desobediencia es un fundamento extraño para un derecho penal de un estado de derecho.

Preceptos del BGB (Código civil): Artículo 1626 (1) Los padres tienen el derecho y el deber de cuidar del hijo menor de edad (patria potestad). La patria potestad comprende el cuidado de la persona del niño y de su patrimonio. Artículo 1626 a (1) Si los padres no están casados entre sí al nacer el niño, les corresponde la patria potestad en común si 1) declaran que desean asumir la patria potestad en común o 2) se casan entre sí. (2) En los demás casos la patria potestad corresponde a la madre. 1630. La patria potestad no se extiende a asuntos del niño para los que ha sido nombrado un

curador. (Puede extenderse a todo el cuidado personal del niño o de su patrimonio). El párrafo 3 permite al juez otorgar la patria potestad al curador en caso de entrega del niño durante largo periodo de tiempo. Artículo 1631, 1. El cuidado de la persona del menor incluye especialmente el derecho y el deber de cuidar del niño, de educarlo, de vigilarlo y de determinar su domicilio. Artículo 1632. El cuidado incluye el derecho de exigir la entrega del niño de aquel que antijurídicamente lo retiene frente a los padres o el progenitor. Artículo 1671. Si los padres que tienen la patria potestad en común viven separados de forma no provisional, cada uno de ellos puede solicitar del juez de familia que le atribuya la patria potestad o una parte de la misma en solitario. Artículo 1687. Si los padres que tienen la patria potestad en común viven separados de forma no provisional, para decisiones en asuntos cuya regulación en la vida del menor es de considerable importancia, se precisa el mutuo acuerdo de ambos. El padre con el que el niño vive habitualmente con el consentimiento del otro o por decisión judicial puede tomar decisiones unilaterales en asuntos de la vida ordinaria. Artículo 1773. A un menor de edad se le nombrará un tutor cuando no esté sometido a la patria potestad o cuando los padres no estén autorizados para representar al menor en asuntos que afecten a su patrimonio ni a su persona, o cuando no se pueda averiguar el estado civil del menor. Artículo 1909. Al sometido a la patria potestad o a la tutela, para asuntos en los que el cuidado de los padres o tutor esté imposibilitado, se le nombrará un curador.

BIBLIOGRAFÍA. ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich (2000) *Strafrecht. Besonderer Teil*. Giesecking. BLEI, Hermann (1983) *Strafrecht. Besonderer Teil I*. Verlag C.H. Beck. FRANK, Reinhard (1915) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Mohr Verlag. JOECKS, Wolfgang (2000) *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*. C.H. Beck. KOHLRAUSCH, Eduard (1930) *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen*. Walter de Gruyter. Berlin und Leipzig; LACKNER, Karl (1993) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. C.H. Beck. LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian (2001) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. C.H. Beck. (Schaefer, August) LEIPZIGER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH (1951) dirigido por Nagler, con la colaboración de Mezger, Schaefer, Rohde, Schinnerer, Ziegler. Walter de Gruyter. Berlin. LEIPZIGER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH (1989, 10ª edición), dirigidos por Jescheck, Russ y Willms, tomo 5, Walter de Gruyter, comentario al parágrafo 235, por VOGLER. VON LISZT, Franz (1908) *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*. J. Guttentag. Berlin. MERKEL, A. (sin año) *Derecho penal*, tomos I y II en un solo volumen. Traducción de P. Dorado. La España Moderna. Madrid. MEZGER, Edmund (1956) *Strafrecht II Besonderer Teil. Juristische Kurz-Lehrbücher*. Beck. NOMOS KOMMENTAR ZUM STGB (2005) dirigidos por Kindhäuser, Neumann, Paefgen. Nomos. Comentario al parágrafo 235, por SONNEN. OLSHAUSEN, Justus (1892) *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Verlag von Franz Vahlen; OTTO, Harro (1998) *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*. Walter de Gruyter. RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON (1999) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand. Comentario al 235, por HORN. SCHÄFER, K. (1956) *Kleines Strafrechts-Lehrbuch*, Gerbasch & Sohn Verlag, Braunschweig. SCHÖNKE/SCHRÖDER (2001) *Strafgesetzbuch*. C.H. Beck. Comentario al parágrafo 235 por ESER. TRÖNDLE, Herbert (1997) *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck. TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas (1999) *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck. WESSELS, Johannes (1992) *Strafrecht. Besonderer Teil I*. C.F. Müller. Textos legales: www.bundesrecht.juris.de. Página BGH: www.bundesgerichtshof.de donde se encuentran todas las sentencias de BGH a texto completo desde 2000. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio; HEIL-

PERN DE QUINTANO, Johanna (1951) *Diccionario de Derecho comparado I Alemán-español*, Editorial Revista de Derecho Privado.

B) AUSTRIA

Antecedentes

El Código penal de 27 de mayo de 1852, en el artículo 96, tipificaba, entre otros, el secuestro de menores, que en el artículo 97 se castigaba, si el menor no había cumplido los 14 años con prisión de 5 a 10 años, según el medio utilizado y el mal pretendido o realizado. Si era mayor de 14 años y había prestado su consentimiento, la pena era de 6 meses a un año.

El código vigente es de 23-1-74. Dentro de los delitos contra la libertad: párrafo 99 (1) *Quien retiene a otro antijurídicamente o de otra manera le priva de la libertad personal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.*

(2) *Si la privación de libertad dura más de un mes, o es de tal modo que causa al detenido especiales tormentos, o se produce bajo tales condiciones que para él está unida con perjuicios especialmente graves, será castigado con pena privativa de libertad de 1 a 10 años.*

Parágrafo 101. *Quien secuestra a un menor de 14 años de edad, para abusar sexualmente de él o para conducirlo a acciones sexuales será castigado con prisión de 6 meses a 5 años.*

Parágrafo 101 nueva redacción: *el que sustrae a un menor de 14 años con la intención de ser abusado sexualmente por él o por un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de 6 meses a 5 años (reforma 15/2004).*

Delitos contra el matrimonio y la familia. Parágrafo 195 (1) *El que sustrae a un menor de 16 años del titular del derecho de educación, lo mantiene oculto de él, lo induce a sustraerse o a mantenerse oculto del mismo, o le presta ayuda para ello, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.*

(2) *Si se comete en relación a un menor de 14 años, será castigado con pena de hasta 3 años de prisión.*

(3) *El autor sólo puede ser perseguido con denuncia del titular del derecho de educación. Si a éste se le sustrae un menor que ha cumplido los 14 años de edad, se precisa además la autorización del servicio de protección de menores.*

(4) *El autor no será castigado si tenía motivo para suponer que sin su actuación se hubiera puesto seriamente en peligro el bienestar físico o psíquico del menor de 16 años, y haya comunicado –en cuanto necesario– el paradero del menor al titular del derecho de educación, al servicio de protección de menores o a la fuerza pública sin demoras innecesarias.*

(5) *Una persona menor de 16 años que induce a otro a sustraerse del titular del derecho de educación, o le presta ayuda para sustraerse del titular del derecho de educación, no es punible.* El texto del artículo proviene de la reforma 762/96.

Parágrafo 196 (1) *El que sustrae a un menor de edad de una medida de educación ordenada por la autoridad, le induce a sustraerse de tal medida o le presta ayuda para ello, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 6 meses o con pena de multa de hasta 360 días multa.*

(2) *El autor sólo podrá ser perseguido por denuncia de la autoridad que puede decidir sobre la continuación de la medida educativa.*

(3) *Es de aplicación el parágrafo 195, 4.*

Se ha producido por ley 93/07, que entró en vigor el 1-1-2008, una modificación de los artículos 195 y 196 del Código penal, de alcance meramente terminológico, en lo referente a los obstáculos procesales para la persecución de ambos delitos, pues se sustituye «a petición» (auf Antrag) por «autorización» (Ermächtigung) de los legitimados.

Sustracción de un menor

(Parágrafo 195). Estos delitos de la sección novena penalizan determinados ataques a la titularidad del derecho de educación (parágrafos 195 y 196). El bien jurídico protegido es el derecho del titular del derecho de educación de determinar el lugar de residencia del menor. Sólo se persiguen por denuncia del titular del derecho de educación. Corresponde a cada uno de los titulares de este derecho por sí solo (OGH 51/11). Si el sustraído ha cumplido los 14 años se precisa, además, la autorización del servicio de protección menores. Que sea un delito sometido a denuncia no se puede apoyar ilimitadamente (Hinterhofer): si el autor no procede del círculo familiar, como en el caso una niña de 3 días, que fue sustraída de la habitación del hospital de su madre por una mujer ajena a la familia, no parece adecuado que la persecución penal dependa de la denuncia de la madre. En esta constelación de casos debería existir un derecho a la persecución independiente de la Fiscalía. La reforma de 1996 introdujo cambios esenciales, en sentido limitador. Objeto del delito no son ya los menores de edad, sino personas menores de 16 años.

Tipo básico. El delito lo comete quien, a) un menor de 16 años; b) lo sustrae al titular del derecho de educación; c) se lo oculta; d) lo induce a sustraerse o a mantenerse oculto; e) le ayuda a sustraerse o a mantenerse oculto.

Autor y víctima. Según la opinión mayoritaria, *autor sólo puede ser quien carece en absoluto de la titularidad del derecho de educación frente al menor* (OGH 49/6). El padre que tiene la patria potestad junto con la madre que por ejemplo después de una pelea matrimonial se marcha varios días con el hijo común, no es punible por este artículo. *El tipo se centra en la existencia de la titularidad de un derecho de educación general.* Éste falta si sólo se está autorizado para acciones educativas concretas, como sucede por ejemplo con los maestros. Estas personas pueden ser autores. *En la praxis la mayoría de las veces se dirige contra el progenitor no legitimado para el cuidado que se lleva al niño. En caso de cuidado en común no entra en consideración la sustracción de menores, salvo que se violen regulaciones judiciales.* Víctima es un menor de 16 años.

Tipo objetivo. El tipo comprende varias conductas de modo alternativo. El autor sustrae al menor si con su actuación positiva logra que éste se separe del titular del

derecho de educación. Frente al secuestro del parágrafo 101, no es preciso que después de la acción el menor continúe en la esfera de influencia del autor. Basta por ejemplo que el autor lleve al menor al aeropuerto y éste una vez allí sin el autor tome un avión a América (Hinterhofer). La sustracción debe alcanzar una medida temporal relevante (unos la fijan en al menos 24 horas, pero otros autores están en contra de una duración temporal mínima). Para poder hablar de sustracción es necesario un desplazamiento espacial, pero no es preciso un cambio de domicilio (OGH 58/29). No existe si el titular del derecho de educación ha confiado el niño al autor o si el propio niño se ha escapado de éste. Si los padres están de acuerdo con que el niño permanezca largo tiempo en casa de otro, no hay sustracción. Hay que hablar de ocultación si el menor ya ha sido sustraído y el autor realiza una *prolongación temporal o una intensificación de la inaccesibilidad*. Por ejemplo si el autor prolonga arbitrariamente la ausencia de un menor a él confiado. Pero quien sólo suministra a un menor «fugado» comida y alojamiento y así evita que acabe en la calle, no comete el delito. Pero si el suministro de alojamiento facilita claramente que el menor se mantenga oculto o refuerza claramente su decisión de mantenerse alejado del titular del derecho de educación, sí hay delito (OGH 52/25; va demasiado lejos OGH 58/29). Si el menor no está dispuesto a regresar con el titular del derecho de educación y el autor le deja vivir con él, se da objetivamente el tipo pero no se supera el riesgo permitido, pues de este modo se evita por ejemplo que el menor se vea compelido a vivir en la calle (Hinterhofer). Para que haya inducción es preciso despertar la correspondiente decisión en un menor que todavía no estaba dispuesto a ello. Se presta ayuda si se colabora en el sentido del parágrafo 12,3.

Tipo subjetivo. Junto a la realización dolosa de la acción el autor debe abarcar dolosamente que la víctima es menor de 16 años.

Exclusión del tipo según el parágrafo 195,5. El menor que no haya cumplido 16 años permanece impune si induce a otro al hecho.

Tipo cualificado del parágrafo 195,2. Si la víctima es menor de 14 años. Esto debe ser abarcado por el dolo.

Causa de inculpabilidad del parágrafo 195,4 (según Hinterhofer, pues para otros autores como Foregger, es una causa de exclusión de la pena y para otros una causa de justificación). El autor no es punible si tenía razones para suponer que sin su acción el bienestar físico o psíquico del menor habría estado seriamente en peligro y comunica el lugar de residencia del menor, sin demoras innecesarias, al titular del derecho de educación, al servicio de protección de menores o a la fuerza pública. Como toma cuenta de una presión motivacional subjetiva específica ha de considerarse causa de exclusión de la culpabilidad. Ejemplo: si uno recibe en su hogar a un menor fugado de su casa que explica que ha sido agredido sexualmente o maltratado físicamente. En este caso el autor tiene serios motivos que hablan a favor de una puesta en peligro del bienestar del menor. Si existen realmente es irrelevante, basta su percepción subjetiva suficientemente fundada. Introducida en diciembre 1996.

Concursos. Se discute el que existe con el secuestro de un menor del parágrafo 101. Una parte de la doctrina considera que hay concurso ideal porque en el parágrafo 101 no está incluida la *protección del derecho de educación* y por tanto se ven afectados bienes jurídicos diferentes. La opinión contraria se inclina por una aplicación preferente del parágrafo 101. Con el parágrafo 99 hay concurso ideal. Libertad personal, según la opinión mayoritaria, posee quien en el momento del hecho tiene capacidad de determinar su propia posición en el tiempo y el espacio. Estarían

excluidos los recién nacidos y los bebés antes de la edad de gatear. Se discute si se aplica a personas que en momento del hecho no pueden actualizar su capacidad de desplazamiento (personas dormidas, borrachas). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria también las excluyen. En la jurisprudencia y en la doctrina está en primer plano –de modo equivocado para Lewisch, Foregger y Bachner-Foregger para quienes lo importante es la gravedad y la seriedad de la privación de libertad– el elemento temporal. A menudo la medida mínima se establece en 10 minutos. Según otra interpretación, en casos de intensidad creciente de la privación de libertad deben establecerse menores exigencias temporales, de modo que el aplastamiento de la víctima durante dos minutos sería típica. Secuestro es llevar a una persona a otro lugar sin consentimiento jurídicamente relevante, si esta persona en el nuevo lugar está sometida al predominante influjo del autor. *En caso de custodia compartida el niño puede ser secuestrado por uno de los progenitores.*

Frustración de medidas educativas decretadas por la autoridad (parágrafo 196). Puede ser también cometido por titulares del derecho de educación. El círculo de víctimas es más amplio, pues se refiere a menores de edad (menores de 19 años: menores de 18 años desde la reforma en 2001 del parágrafo 74,3). Se requiere denuncia de la autoridad que tiene que decidir sobre la continuación de la medida educativa.

Tipo objetivo. Comete el delito quien: *a)* a un menor de edad, *b)* a una medida educativa decretada por la autoridad; *c)* sustrae; *d)* induce a sustraerse a tal medida; *e)* le proporciona ayuda a sustraerse a tal medida. Medidas educativas son las previstas en los parágrafos 27 y 28 JWG: cuidado y educación en un hogar, en una familia de acogida o en otra institución, y las disponibles al tribunal según el artículo 2 JGG. Las acciones corresponden a las del parágrafo 195. La sustracción presupone que la medida se frustre en su totalidad, los meros obstáculos no bastan (hay otras opiniones). Además debe ejecutarse con el menor un cambio de residencia. Ejemplo: los padres sacan a su hija de 15 años que por decreto de la autoridad estaba internada en un hogar, del mismo arbitrariamente. Los padres sacan a su hijo del colegio, que por decisión de un tribunal fue entregada a su abuela para cuidado y educación, y lo llevan al extranjero. No cometen el delito los padres que omiten informar a la autoridad de que su hijo ha huido del hogar y se encuentra de nuevo en casa; les falta la posición de garantes necesaria según el parágrafo 2, pues no están obligados a colaborar en la ejecución de una medida educativa decretada por la autoridad (hay otras opiniones).

Tipo subjetivo. Junto a la dolosa realización del hecho, el autor debe abarcar (al menos con dolo eventual) que se trata de un menor que está sometido a una medida educativa.

Según el parágrafo 196,3 es aplicable en el parágrafo 195,5.

Derecho civil austriaco: parágrafo 137 a ABGB (Código de derecho civil general): los terceros sólo pueden intervenir en los derechos paternos cuando les es permitido por los padres mismos, directamente por ministerio de la ley o por decreto de la autoridad.

Parágrafo 146 b: los padres o los titulares del derecho de educación determinan la residencia de los menores.

En 2001 fue rebajada la mayoría de edad a 18 años (21,2 ABGB).

La finalidad de la JWG (ley de protección de la juventud) de 1989 consiste en la protección de madres, niños y jóvenes. Importante institución de los estados federados es el servicio de menores, a los que han sido transferidas las tareas de un servicio de protección de menores. Éste tiene que preocuparse especialmente de medidas educativas (parágrafos 26 y ss.) si los padres u otros titulares del derecho de educación no están en situación de hacerlo. También se ocupa de las acogidas y adopciones.

La supresión del parágrafo 197 StGB permite llevar al niño a un lugar seguro (*Babynester*) y permite a las madres traer al niño al mundo anónimamente en un hospital (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha autorizado en 2003 la facilitación de los nacimientos anónimos), confiando a cada Estado la compatibilidad entre el derecho del niño a conocer su origen y el derecho de la madre y de los padres adoptivos a la intimidad.

En 1989 se estableció la total igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales; alimentos, cuidados y educación y el derecho a las relaciones personales están regulados en los mismos términos, siempre que la paternidad esté establecida. En caso de hijos no matrimoniales el ejercicio de la patria potestad está concedida sólo a la madre (parágrafo 166 ABGB). Los padres no casados, pero que viven juntos, pueden acordar la patria potestad común si no es perjudicial para el bienestar del menor. Este acuerdo requiere aprobación judicial (parágrafo 167 ABGB).

En 1989 se introdujo el concepto de *Obsorge*. Incluye cuidados, educación, administración del patrimonio y la representación legal. Los padres pueden ser privados en todo o en parte o el derecho puede ser transferido a los abuelos.

El parágrafo 146 a, introducido en 1989, prohíbe expresamente el uso diario de la violencia, el castigo corporal y el sufrimiento psíquico.

La confesión religiosa del niño es establecida por los padres de común acuerdo y desde los 10 años el niño ha de ser oído (parágrafo 154, 2 ABGB). Desde los 14 años el niño puede decidir libremente.

El progenitor al que no corresponde la patria potestad tiene, además del derecho de visitas, derechos de información y de declaración (parágrafo 178 ABGB).

Desde 2001 permanece en caso de separación el ejercicio de la patria potestad de ambos padres. Deben ponerse de acuerdo acerca de cuál de ellos se queda con la custodia (parágrafo 177 ABGB). Pero también pueden pactar que el ejercicio de la patria potestad corresponda sólo a uno de ellos. Si dentro de un plazo razonable no hay acuerdo o éste no corresponde con el interés del menor, el tribunal ha de decidir –tras intentar un acuerdo adecuado entre los padres– a cuál de ellos se le atribuye el ejercicio. Antes de 2001 se atribuía a la madre. Así, SZ 59/144 = JBl 1988, 238 = EvBl 1989/80: ha determinado que la atribución a un padre que quiere educar a sus hijos en una comunidad religiosa (Testigos de Jehová) a la que no pertenecen, y que se negaría a autorizar una transfusión de sangre que fuera necesaria, lesiona, si hay acuerdo de la otra parte, el interés de los menores.

Pflegeeltern (padres tutelares) (parágrafos 186 y 186 a ABGB), son personas que se ocupan en todo o en parte del cuidado y educación del menor, y cuya relación se acerca a la existente entre padres e hijos. Puede basarse en un contrato entre los titulares del derecho de educación y estas personas. Pero no es necesaria esta relación contractual. Basta una autorización del titular del derecho de educación con consentimiento de los que van a ser *Pflegeeltern*. También los padrastros, si cumplen las

condiciones, caen dentro del concepto. Son ayudantes de los titulares del derecho de educación y no limitan sus derechos. Su creación no precisa confirmación judicial. Para menores de 16 años se precisa la confirmación del servicio de protección de menores, pero su falta no hace el contrato inválido. Se discute si el contrato de niñera funda tal relación. Ha de negarse.

Tutela y curatela: tutela es el derecho de asistencia de menores de edad, si no existe ningún representante legal –padre, madre o abuelos– y no corresponde a ningún otro el derecho de representación legal limitada. Si no hay padres ni abuelos ni padres tutelares confiados con el deber de cuidado o no se les puede confiar y no estamos ante un caso del parágrafo 211 (cuidado del funcionario del servicio de protección de menores de niños expósitos), el tribunal debe confiarle el deber a una persona idónea, teniendo en cuenta el interés del menor. Si no se encuentran parientes, personas próximas al menor u otras personas adecuadas, corresponde al servicio de protección de menores. Por ministerio de la ley, recae en el servicio de protección de menores, para todo niño nacido en el país no representado por ningún padre y para niños expósitos.

La curatela se establece para asuntos concretos entre padres e hijos menores, o entre tutor y menor, y también para conflictos jurídicos entre menores sometidos a la misma tutela (parágrafo 272 ABGB).

También se establecen *Sachwalter* (curadores) para impedidos o no nacidos y para ausentes.

Art. 4 JWG (Jugendwohlfahrtsgesetz) el servicio de protección de menores le corresponde a los Länder. (Ley de 1-7-89).

La JGG (Jugendgerichtsgesetz) es de 20-10-88.

Jurisprudencia

OGH 13Os140/05w 15-2-06 (Oberstegerichtshof o Tribunal Supremo): parágrafo 195 y 206,1 (abuso sexual grave de menor de 14 años); el acusado Marco P, entre los días 10 a 16 de octubre de 2004, sustrajo en Hungría a la menor Jasmine D (nacida el 24-4-91) de su madre tutelar Marieta P, titular del derecho de educación, en tanto que la motivó a viajar con él en coche a Hungría (Szombathely) y Croacia, y permanecer allí varios días (donde tuvieron relaciones sexuales).

OGH 14Os180/98 11-1-99: parágrafo 195, coacción grave intentada 15, 105, 106,1 y asesinato 75 StGB (Código penal). Existen indicios de que Robert Norbert N, en prisión provisional, sustrajo de sus padres a Peter H, de 12 años, amenazó por escrito a Belinda H, madre de Peter, con que «si volvía a cometer el funesto error de avisar a todo G, a la policía y a los bomberos, podían ir preparando dos ataúdes» y convenció a Peter para que se matara, para lo que le dio un revólver cargado. Recurre la prisión provisional, por considerar que no existe asesinato. La prueba recogida permite afirmar con alto grado de probabilidad que Peter H, debido a la falta de madurez de su edad, no podía comprender el total alcance de su decisión y dirigir su conducta conforme a esta comprensión. La imputación de asesinato que fundamenta la medida es correcta y no se puede excluir el riesgo de fuga por la elevada pena del delito y la falta de vínculos con el país.

OGH 13Os103/98 11-11-98. Mag. Gerda D el 24-10-97, en Ebreichsdorf, bajo la influencia de un estado que le impedía la capacidad de imputación, que se basaba en una anomalía psíquica de grado elevado, sustrajo a Astrid D, nacida el 11-11-90, del poder de su padre Gerhard D, titular del derecho de educación, en tanto recogió a la niña de la escuela y la llevó a España. Detenida el 10-11-97 con orden internacional de detención.

Secuestro de menores: OGH 31-3-98, 4Ob88/98i; 3Ob165/99g; 1Ob51/02k; 1Ob220/02p; 2Ob80/03h; 8Ob121/03g; 3Ob89/05t. Artículos 1 y 16 del tratado sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Su finalidad es restablecer las relaciones de hecho originarias. La finalidad es evitar que en el país de acogida se funde para el menor una atribución de permanencia que facilite un cambio en la regulación del cuidado en el país de origen. Este fin no se puede alcanzar si el menor permanece mucho tiempo en el país de acogida y se integra socialmente. En este caso el país de origen ya no es competente internacionalmente, sino que la competencia se transfiere al país de acogida.

100s 42/87 OGH SSt 58/29 5-5-87: también con una ausencia que dura varios días de la vivienda paterna, sin abandono de la localidad de residencia, se puede interrumpir de forma decisiva el contacto protegido por el tipo penal entre el titular del derecho de cuidado y el menor. Para la realización de la última conducta tipificada hace falta una conducta fundada en el propio impulso del menor. Toda ayuda causal eficaz cumple el tipo.

120s 94/92 OGH 22-10-92. La relación de protección presupuesta termina sólo cuando el menor se ha despegado totalmente del titular del derecho de educación.

100s 187/80 OGH SSt 52/25 5-5-81. El reforzamiento de la decisión del menor es típica. Salvo que en el momento de la acción la relación de protección haya en realidad terminado ya de hecho.

90s 7/80 OGH SSt 51/11, 25-3-80. Cada uno de los titulares del derecho está legitimado por sí solo para poner la denuncia.

130s 157/77 OGH SSt 49/6, 23-1-78. *Sujeto activo del delito sólo puede ser quien no tiene ningún derecho de educación de ningún tipo sobre el menor.*

1Ob509/76; 11Os88/77; 12Os149/78; 12Os40/79, 29-1-76. No hay sustracción si el titular del derecho de educación es informado del lugar en que se encuentra el niño y está en situación de trabar contacto con él.

130s 141/75 SSt 46/82 19-12-75. Es indiferente que haya habido consentimiento del menor.

BIBLIOGRAFIA. FOREGGER, Egmont; BACHNER-FOREGGER, Helene (2002) *Strafgesetzbuch*. Manz Verlag. FOREGGER, Egmont; SERINI, Eugen (1984) *Strafgesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkomentar*. Manz Verlag. Wien. HINTERHOFER, Hubert (2002) *Strafrecht. Besonderer Teil II*. WUV Universitätverlag. LEWISCH, Peter (1999) *Strafrecht. Besonderer Teil I*. WUV Universitätverlag. RITTLER, Theodor (1933) *Das österreichische Strafgesetz, samt Novellen un Nebengesetze nach dem Stande vom November 1933*. Steyermühl Verlag. www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch (página web de la Universidad de Innsbruck donde se puede encontrar una introducción al derecho civil austriaco. <http://www.ris.bka.gv.at/jus/> A través de esta página se accede a la legislación y a las sentencias del Tribunal Supremo (Oberste Gerichtshof). Se pueden encontrar todas las sentencias penales desde 1980. Partnerschaft. Ehe. Trennung.

Scheidung. Rechts ABC. Bundesministerium für Gesundheit und Frauen. <http://www.bmgf.gv.at/cms/site/attachments/7/0/5/CH0101/CMS1158572424630/kern-neu2.pdf>. (guía jurídica para mujeres editada por el Ministerio Federal para la Salud y las Mujeres).

C) SUIZA

El Código penal, de 21-12-37 ha experimentado una importante reforma que ha entrado en vigor el 1-1-07, pero que no ha afectado a estos delitos, salvo en lo atinente a la determinación de las penas.

Dentro del título VI del libro segundo, titulado crímenes y delitos contra la familia, junto con el incesto, la poligamia, desatención de los deberes de mantenimiento, lesión de los deberes de educación y cuidado, el Código castiga en el parágrafo 220 la sustracción de menores.

Parágrafo 220: *el que sustraiga a una persona menor de edad (18 años) del titular de la patria potestad o de la tutela o se niegue a devolverlo, será castigado, previa denuncia, con prisión de hasta tres años, o multa (de hasta 360 días con cuota diaria máxima de 3.000 francos suizos, parágrafo 34). Reformado el 1.1.90.*

Parágrafo 183: privación de libertad y secuestro. (1) El que detiene antijurídicamente a otro, o lo retiene, o priva a otro de su libertad de forma antijurídica, o quien secuestra a otro mediante violencia, amenaza o ardid, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. (2) Del mismo modo será penado quien secuestre a otro incapaz de juicio o de resistencia o que todavía no haya cumplido 16 años.

Entró en vigor el 1-10-82; las penas han sido reformadas el 1-1-07.

Detener puede tener lugar por cualquier medio que lesione la libertad de la voluntad (encadenar, amenazar con un cuchillo). *Retener* es la continuación de la detención. En todos los casos ha de ser antijurídica y presupone una víctima capaz de determinar su lugar de residencia. Como delito continuado, la privación de libertad continúa hasta que la víctima recobra la libertad. El *secuestro* presupone llevar a la víctima a un lugar en el que va a permanecer cierto tiempo y en cuya libertad va a ser de hecho limitado por el autor, de manera que no tenga posibilidad de regresar a su lugar de residencia habitual de forma independiente del autor (BGE 83 IV 154 en referencia al antiguo 185 StGB). Según 118 IV 63 el autor debe tener cierta posición de poder sobre la víctima. El secuestro de un menor puede estar en concurso ideal con el 220 (BGE 118 IV 65).

En la reforma del Código civil de 26-6-98 se sustituyó el concepto de patria potestad o poder paterno por el de cuidado paterno. Una correspondiente adecuación terminológica del Código penal no ha tenido lugar. El precepto penal protege sólo el derecho del titular de tal poder, que ejerce la protección sobre el menor, de determinar su lugar de residencia (va más allá BGE 118 IV 63). Basta que ejerza tal poder sobre el menor parcialmente para ser protegido. De modo indirecto se protege también la paz de la familia y el bienestar del menor (BGE 128 IV 159).

Un cuidado paterno a proteger puede existir en el marco de una paternidad fáctica, como en el caso de los padres tutelares, de los padrastros o cuidadores, a los que no les une ninguna relación legal con el menor (en el caso BGE 128 IV 161 y 162, que veremos en la sección de jurisprudencia, se protege a un padre meramente registral).

Además de por extraños, según la jurisprudencia *el delito puede ser cometido en ciertos casos por uno de los progenitores*, (BGE 126 IV 224) *así cuando se imposibilita de hecho al otro la cooperación en el ejercicio de la patria potestad* (BGE 95 IV 68: traslado del menor al extranjero), *si después de la finalización de la vida en común o existiendo medidas de cuidado durante la tramitación del proceso de separación o divorcio se sustrae el menor al progenitor que tiene establecida la custodia* (BGE 91 IV 137, 229, 110 IV 37), *o después de la separación hace lo mismo con un hijo no adjudicado* (BGE 91 IV 137, 229, 104 IV 90). *El titular de la custodia también podría realizar el tipo si frustra el régimen de visitas otorgado al otro* (BGE 98 IV 38). Este sin embargo no puede compensar arbitrariamente el tiempo recortado (BGE 104 IV 92, sin que sea posible apelar a la autotutela).

Secuestro significa la separación espacial del menor respecto del titular de la patria potestad o tutela, independientemente del consentimiento del primero (BGE 99 IV 270, 101 IV 303). Se equipara el alejamiento respecto de un lugar de estancia separado del titular del derecho pero determinado por él.

La negativa a devolver al menor sólo es punible si el autor está obligado a la restitución (BGE 92 IV 231, 92 IV 159, y 104 IV 92, 110 IV 37, 128 IV 163, referentes a excesos en el régimen de visitas). La conducta punible presupone que al obligado se le oponga un requerimiento de forma expresa o concluyente. En la ley no están abarcados los casos de un menor escapado que es meramente alojado y el caso en que la devolución de un menor de cierta edad fracasa a causa de su propia resistencia no vencible con una razonable presión (RS 2000, 793). Esta variante se consume en el lugar donde el deber de devolver al menor debe cumplirse (BGE 125 IV 14, caso en el que el autor, tras un viaje de vacaciones con los niños por Egipto, se niega a devolver a los niños a la madre en Zurich).

Denuncia. Sólo puede presentarla el titular de la patria potestad o el tutor (también por cada uno de ellos por sí solo), así BGE 98 IV 2, salvo en caso de fracaso del derecho de visitas (denuncia del titular del mismo). Las autoridades administrativas no tienen legitimación si existe cuidado paterno (BGE 108 IV 25). La denuncia de quien ha dado motivo a la sustracción por su actuación injusta aparece como abuso de derecho e ineficaz (BGE 104 IV 95). Es un delito permanente, por lo que el plazo para la denuncia empieza con la devolución del menor (BGE 91 IV 231). Puede haber concurso ideal con los delitos contra la libertad (parágrafos 183 y 185) (BGE 94 IV 2), pero hay que tener en cuenta que el traslado del menor por un progenitor que tiene parte en la patria potestad a otro lugar de residencia según la nueva jurisprudencia federal no cae bajo el parágrafo 183 (detención ilegal) aunque el traslado no sirva al bienestar del niño (BGE 126 IV 223).

Derecho civil suizo. 137 ZGB (Código civil): El Tribunal, durante el proceso de separación o divorcio, adoptará las medidas provisionales necesarias, en especial sobre atribución de la vivienda, alimentos de la familia, relaciones patrimoniales, y cuidado de los niños.

163 a 165 ZGB: Los miembros del matrimonio se ocupan en común del cuidado de los hijos.

Protección de los niños menores. 307 a 317 ZGB. Si el bienestar de los niños está en peligro y los padres no se preocupan por remediarlo, o no están en condiciones de hacerlo, los servicios de tutela tomarán las medidas apropiadas para la protección de los menores. También están obligados frente a niños entregados a padres tutelares o que viven fuera del domicilio paterno.

133: En caso de divorcio, el tribunal atribuye el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, y regula las relaciones personales con el otro y su contribución a los alimentos. Los padres pueden convenir sobre su contribución al cuidado de los hijos.

273: Los progenitores que no ostentan la patria potestad ni el cuidado y el menor de edad tienen recíproco derecho a unas relaciones personales adecuadas.

274: El padre y la madre han de omitir todo lo que perjudique la relación del niño con el otro progenitor o dificulte la tarea de la persona educadora.

275 a: Los progenitores sin la patria potestad deben ser informados sobre especiales sucesos en la vida del menor y oídos antes de tomar decisiones importantes para el desarrollo del niño. Pueden recibir de terceras personas que participan en el cuidado de los niños (médicos, profesores) información sobre el estado y desarrollo del menor en la misma medida que el titular de la patria potestad.

296: Los niños, mientras son menores de edad, están sometidos a la patria potestad.

297: Durante el matrimonio la ejercen los padres en común. Cuando abandonan la vida en común o se separan, el tribunal puede otorgarla a uno solo de los progenitores.

298: Si los padres no están casados, le corresponde a la madre. Si la madre es menor de edad, está incapacitada o ha fallecido, o se le ha privado de la patria potestad, los servicios de protección otorgan la patria potestad al padre o someten al niño a la tutela, según exija el interés del menor.

298 a: Si los padres se han puesto de acuerdo sobre su participación en el cuidado del niño y en los gastos alimentarios, los servicios de protección les atribuyen por petición común la patria potestad, en cuanto se pueda compatibilizar con el bienestar de los menores.

299 (padrastrós): Cada miembro del matrimonio tiene que ayudar al otro en el ejercicio de la patria potestad en relación con sus hijos de manera adecuada, y representarlo si las circunstancias lo exigen.

300 (padres tutelares): Si es confiado un niño a un tercero para su cuidado, éstos representan, salvo norma en contrario, a los padres en el ejercicio de la patria potestad, en cuanto sea indicado para el cumplimiento de sus tareas. Antes de tomar decisiones importantes deben ser oídos.

301: Los niños deben a los padres obediencia. Los padres deben garantizarle la libertad de configuración de su vida adecuada a su madurez, y en los asuntos importantes deben respetar su opinión, en cuanto sea posible. El niño no puede abandonar sin consentimiento de los padres el hogar.

303: Sobre la educación religiosa deciden los padres. Un contrato que la limite es nulo. A partir de los 16 años el niño decide su confesión religiosa.

360: Tutela. Autoridades tutelares son los servicios de tutela, el tutor y el defensor.

362: Se puede establecer un consejo de familia cuando lo justifique el ejercicio de una industria o sociedad.

367: El tutor tiene que velar por la totalidad de los intereses personales y patrimoniales del menor, del incapacitado sometido a tutela, y es su representante. El defensor es nombrado para asuntos concretos o encargado de la administración del patrimonio.

371: Está sometido a tutela toda persona condenada a pena privativa de libertad igual o superior a un año.

379: En circunstancias especiales pueden ser nombrados tutores varias personas.

380: Sin no hay razones importantes en contra, ha de ser nombrado tutor un pariente próximo adecuado, o el cónyuge de la persona incapacitada.

381: Si lo ha designado la persona a someter a tutela, o el padre o la madre, debe respetarse si no hay razones importantes en contra.

Jurisprudencia suiza

92 IV 1 (11-2-66) Cada uno de los esposos ejercita el derecho de denuncia, sin que necesite la aprobación del otro. X está casado y ha sido condenado varias veces antes por delitos de abusos deshonestos a menores. En 1964 mantuvo una relación con Beatrice R nacida el 4-1-1948. Como el 2 de noviembre hubo una violenta discusión por este motivo entre madre e hija, X convenció a Beatrice R para que viajara con él al extranjero. Fueron a Francia pasando por Alemania. Allí permanecieron ocultos hasta finales de 1964. Por denuncia de la madre de Beatrice fue condenado a 3 meses de prisión. En el recurso alegaba que hacía falta la denuncia de los dos padres. Al menos la aprobación del otro, dato que no constaba.

91 IV 136 (6-5-65). *Autor puede ser también el progenitor a quien tras el cese de la vida en común, judicialmente decretado, no se le otorga la custodia de los menores.* El 9-11-64, el Tribunal de Arlesheim concedió la suspensión de la vida en común del matrimonio Porta-Mahnig y atribuyó el cuidado y educación de los menores Manuela, nacida en 1961, y Giovanni, nacido en 1964, durante la separación a la madre, y reguló la pensión a satisfacer por el padre y el derecho de visitas. El 18-12-64 se presentó el padre en el domicilio de la madre en Allschwil con el pretexto de ejercer su derecho de visitas, y se llevó a los dos niños con él. En lugar de devolverlos a la madre los llevó en coche a Gurro (Italia) donde se los entregó a sus padres, para que fueran criados por ellos. Porta se niega a devolvérselos a la madre. El Tribunal afirma que se impide a la madre disponer sobre el lugar de residencia, educación y configuración de la vida de los menores, poderes que la decisión judicial sólo le otorga a ella. Es protegida en este aspecto frente al otro padre como frente a un tercero. El hecho de que el padre sea cotitular de la patria potestad no cambia nada. Cuáles hayan sido los motivos del padre es indiferente. Si considera que la madre no los cuidará bien, debe acudir al tribunal.

128 IV 154 (2-7-2002). La recurrente se crió en el norte de Chipre. De joven se trasladó a Londres, donde en 1980 conoció al que sería su marido y se casaron el 1-9-81. Finalmente establecieron su residencia en Suiza. Como no tenían hijos, decidieron adoptar un recién nacido del hermano y la cuñada de ella. Cuando la cuñada, residente en la república turca de Chipre se quedó embarazada, fingió la recurrente en Suiza un embarazo poniéndose un almohadón en el vientre, y manifestó que viajaría a Chipre a dar a luz. La cuñada tuvo allí a su hijo el 2-3-88. El 9-3-88 firmaron la recurrente y su esposo un documento de adopción en un tribunal chipriota. Los padres biológicos afirmaron estar de acuerdo con la adopción. Una vez en Suiza lo registraron como hijo suyo con documentos falsos. El niño se crió y fue escolarizado en Suiza. Cuando empezaron en la pareja los problemas de convivencia ella residió desde 1994 preferentemente en Ankara y en Chipre, mientras el marido vivió en Niederglatt con el niño. El 5-1-98 el marido pidió el divorcio. En Pascua de 1998 la recurrente viajó con el niño a Chipre. El 4-6-98 el juez de familia de Girne (Chipre) prohibió que la recurrente y su marido abandonaran Chipre y decretó la devolución del niño a sus padres biológicos. De forma secreta pasaron al lado griego de la isla y volvieron a Suiza. El 3-9-98, en el proceso suizo se dictaron medidas provisionales que otorgaban la custodia al marido y concediendo un derecho de visitas a la madre. El 4 de julio de 1999 la recurrente viaja de nuevo con el niño a Chipre, donde vive desde entonces. El 20-10-99 se dicta sentencia de divorcio, no firme, en la que se atribuye la custodia del niño al marido, donde se afirma además que no se puede excluir que el niño no sea hijo biológico de las partes procesales, pero que, por el interés del menor, no procede una rectificación registral de oficio, dejando abierto el proceso de impugnación a los interesados. Bien jurídico protegido del parágrafo 220 es, en primer lugar, el ejercicio de los derechos y deberes del titular de la patria potestad. *Autor puede ser el que priva del menor al otro progenitor. También en el caso de medidas cautelares en un proceso de divorcio en el que se concede un derecho de visitas que es superado por el beneficiario que se niega a devolver al niño. Ya que ambos padres tienen derecho a colaborar en la educación y cuidado, ninguno de ellos puede exigir para sí solo la patria potestad.* La recurrente alega que no pudo cometer el delito pues en realidad no son padres biológicos ni adoptivos. Pero el tribunal replica que el derecho civil conoce, en ciertos casos, la patria potestad de hecho (299 ZGB), que traen consigo ciertas potestades y deberes. De todos modos en este caso son decisivas las medidas provisionales adoptadas por el juez civil el 3-9-98. Para decidir si estas relaciones fácticas merecen protección penal es importante: constan en el registro desde hace 14 años; el asiento hasta ahora no ha sido impugnado; durante aproximadamente 6 años han vivido los tres como una familia; desde un punto de vista fáctico y social aparecían como los padres del niño; el marido ha cuidado del niño durante más 11 años; durante 5 ha estado confiado sólo a él, desde que la recurrente abandonó la casa. Incluso si la demanda de los padres biológicos se basara en la falsedad del asiento registral, el bien jurídico está bajo la protección del parágrafo 220 StGB. Padres meramente registrales, que no son en realidad padres adoptivos ni biológicos del niño, pero que han vivido con él durante largo tiempo como una familia, pueden alegar un interés merecedor de protección.

125 IV 14 (27-11-98). *Quien después de un viaje al extranjero se niega a entregar a los niños a la madre, realiza el tipo penal.* M.S. Llegó a un acuerdo con su mujer R.S. en julio de 1995 para llevar a los dos hijos comunes (nacidos en 1983 y 1988) a Egipto de vacaciones. Después de un viaje de una o dos semanas los devolvería en Suiza a la madre, titular de la custodia. El 22-8-95 regresó a Zurich sin los niños, diciendo a

la madre que desde ahora vivirían en el Cairo y que irían al colegio allí. El 6-9-95 la madre puso una denuncia.

118 IV 61 (16-1-92). A la vista de los diferentes bienes jurídicos protegidos en los parágrafos 220 y 183,3 StGB, para la apreciación del concurso de delitos es decisivo determinar *si la conducta se dirige contra la libertad de los menores o contra la patria potestad del cotitular de la misma*. El matrimonio L y D. W. tenían dos hijos, nacidos en 1984 y 1987. En enero de 1988 la madre abandonó la vivienda con los dos hijos. Poco después puso demanda de divorcio y logró en las medidas cautelares la custodia. El 15 de abril de 1989, durante el curso de una visita de fin de semana, recogió a los hijos y durante 6 semanas viajó con ellos por Yugoslavia, Italia, Turquía y Grecia. Luego los devolvió a la madre. El secuestro implica que la víctima es llevada a un lugar en el que se encuentra bajo el poder del autor. Tiene dos elementos, a saber, el traslado de la víctima a otro lugar y como consecuencia de ello una cierta posición de poder del autor. La pregunta del principio debe ser contestada teniendo en cuenta todas las circunstancias, y las finalidades y propósitos del autor. *Si el autor tiene su posición de poder ya por otras circunstancias, o si la posición previa de poder no se ve sustancialmente reforzada, no puede haber secuestro*. Según el parágrafo 297,1 ZGB, ambos padres ejercen en común la patria potestad. Esto rige hasta que uno muere o el juez otorga a uno de ellos el ejercicio en exclusiva. El matrimonio tenía un contrato privado por el que se atribuía a la madre la custodia, con un régimen de visitas para el padre. Pero esto deja inafectada la patria potestad de cada uno de ellos. De modo que los niños deben obedecer a cada uno de los padres, lo que hace que la libertad de los menores no esté esencialmente limitada. Siempre que sea compatible con el interés y el bienestar de los menores. El padre trató bien a los niños; a la vuelta estaban bien de salud, y no les faltó de nada. Hay que partir de que el acusado pretendió imposibilitar a la madre el co-ejercicio de la patria potestad y no privar a los hijos de su libertad en su perjuicio.

101 IV 303 (20-11-75). El deseo o voluntad de los menores no es decisivo. En 1974 se concedió a la esposa la guarda de los 4 hijos, entre ellos de X, nacido el 17-2-61. El 15 de agosto de 1974, la menor abandonó el domicilio materno y se fue sola a casa de su abuela paterna en Francia. La niña dejó una carta a su madre explicándole que no quería vivir con ella. En la instrucción declaró querer vivir con su abuela. Esta declaró que no se opondría si la niña quisiera vivir con la madre, pero rechaza devolverla a la madre siguiendo las órdenes del juzgado. El padre murió el 14-3-75 y el proceso se dirige contra la abuela. *Por sustracción hay que entender que el menor haya sido o se mantenga alejado del detentador de la patria potestad o que éste no tenga libre acceso al menor y no pueda comunicarse libremente con él. Basta con que se ponga trabas al ejercicio de la patria potestad, por un obstáculo que no permita el acceso al menor*. Con esta definición el tribunal concluye que ha habido sustracción.

104 IV 90 (8-6-78). El progenitor al que se le ha acortado el derecho de visitas, no está legitimado para compensar arbitrariamente la pérdida. El matrimonio celebrado en 1965 por François X y Gisèle Y fue disuelto judicialmente en 1971. Los hijos Didier (1965), Sandra (1967) y Patricia (1968) fueron atribuidos a la madre. En 1975 se atribuyó la custodia al padre, con un régimen de visitas a favor de la madre. El ejercicio del derecho de visitas fue problemático. En la segunda mitad de 1975 no puede ser ejercitado como era debido, por la oposición del padre, en la que colaboraron diversas autoridades. La mañana del 19-12-75 Gisela fue con su novio en el coche de éste a Rizenbach, donde disfrazada esperó el paso de sus hijos hacia la es-

cuela. Cuando éstos la reconocieron, se montaron voluntariamente en el coche Sandra y Patricia, mientras que Didier se negó a seguir a sus hermanas. La madre pasó con sus hijas las vacaciones en Wallis hasta el 23 de diciembre. La madre las tuvo consigo hasta el 29 de diciembre. La arbitraria recuperación del tiempo perdido es típica.

83 IV 152 (20-9-57). ¿Cuándo se puede hablar de secuestro de un niño? El 13 de enero de 1957 Vogel se encontró entre las 15 y 16 horas con varios menores que jugaban con un trineo en Grenchen. Mientras una niña de 13 años rechazó acompañarlo al alejado restaurante Kappeli, la menor de 8 años Elisabeth Emch se mostró dispuesta a ello. Vogel la cogió de la mano y la llevó en dirección norte hacia el nevado Bergwald. Se hizo pasar por médico, le prometió a la niña una taza de té, y luego un pony. Después de unos 700 metros se colocó al borde de un sendero lateral, puso a la niña en sus rodillas y le dio un beso con excitación sexual. Poco después apareció el padre de la niña, que había tenido conocimiento de los hechos. El secuestro consiste en llevar al menor a un lugar en el que se encuentre bajo el poder del autor. No es preciso que el nuevo lugar esté alejado del antiguo. Pero es preciso que se prevea cierta duración en el cambio de lugar y que el menor tenga limitada de hecho su libertad personal, especialmente que no tenga la posibilidad de regresar a su habitual lugar de residencia sin la voluntad del autor. No se puede establecer si iba a continuar el paseo o iba a dejar libre a la niña. Hay tentativa de secuestro.

99 IV 266 (21-12-73). Mientras los pupilos se encontraban en el centro en virtud del parágrafo 91, 1 StGB, los órganos del establecimiento derivaban su poder de la justicia penal, no de la patria potestad o de la tutela. Durante la ejecución en el establecimiento de la medida penal juvenil, la patria potestad o la tutela en gran parte están en suspenso. Esto es esencialmente válido también cuando el pupilo se ha fugado del centro temporalmente. En tanto los órganos del establecimiento y de ejecución hacen valer su poder y, por ejemplo, intentan volver a internar al pupilo en el centro, sólo ellos están legitimados para decidir la residencia del menor. Los padres y tutores sólo pueden intervenir apoyando, según indicación de las autoridades de ejecución. Pero esto no es patria potestad o tutela, como presupone el parágrafo 220 del Código penal. Sólo si el poder de las autoridades de ejecución, jurídica o fácticamente, está tan debilitado que ya no quieren o no pueden disponer del menor, renace completamente la patria potestad o la tutela. Pero no pueden disponer por sí solos los padres o tutores del lugar de residencia del menor, porque no se pueden excluir decisiones de la administración que se opongan. En su caso, penado por el parágrafo 305 (encubrimiento).

Sentencia del Tribunal Supremo de 20-4-07: el acusado se negó entre el 16-4-02 y el 27-3-03 a devolver a la madre al hijo común. En el verano de 2001 la familia viajó de vacaciones a Macedonia y allí se produjo la separación de los padres. Desde entonces el menor vive con el padre o sus familiares. El 17-9-01 el padre presentó la demanda de separación ante el tribunal de Kumanovo en Macedonia, y el tribunal ordenó al «centro para las oportunidades sociales» la iniciación de un procedimiento de reconciliación o en caso de fracaso, un informe sobre el ejercicio de la patria potestad. El 20 de septiembre confirma el centro la vida separada de los esposos y que el hijo está bajo el cuidado paterno, quien se ocupa del menor. En el informe, elaborado en octubre, sólo se traba contacto con el padre, y se decide por el grupo de expertos atribuirle la patria potestad. El 23 de octubre de 2001 inicia en Suiza la esposa un procedimiento matrimonial en el que pide la patria potestad y la entrega del hijo. A la petición se accedió el 24-10-01. Y el 15-3-02 puso una denuncia por

sustracción de menores. Cuando se supo que el marido había instado otro procedimiento matrimonial en Macedonia, fue revocada la decisión de 24 de octubre. El 16 de abril de 2002 en el curso de una medida cautelar durante el procedimiento de separación, se conminó al padre a entregar inmediatamente el hijo a la madre. El 3 de junio de 2002 se interpuso otra denuncia penal. El 12-9-02 se decidió sobre la patria potestad y el 16 de diciembre se rechazó el recurso del padre con el argumento de que la atribución del hijo al padre en el informe de 5 de octubre de 2001 se trató sólo de una recomendación. Entre tanto el tribunal macedonio decretó la separación el 9 de mayo de 2002 y atribuyó al padre la patria potestad. La madre apeló sin éxito, siendo rechazado el 27-3-03.

El tribunal del cantón de Solothurn condenó al marido a 9 meses de prisión por sustracción de menor.

El tribunal de instancia considera que el tribunal macedonio no adoptó ninguna medida cautelar con vigencia durante todo el proceso y que el centro de oportunidades sociales sólo realizó propuestas sobre las consecuencias del divorcio. Un estudio del derecho macedonio confirma esta interpretación. El tribunal de instancia parte de que durante la estancia de la familia en Macedonia el acusado aprovechó la ocasión para separar al niño de su madre. En consecuencia presentó allí el proceso de separación. Era consistente de que el tribunal macedonio no tomó ninguna medida duradera y de que las recomendaciones del centro no tenían carácter vinculante. Por ello al no cumplir las exigencias del tribunal suizo cometió el delito del artículo 220 CP (sustracción de menores), desde el 16-4-02 (fecha del primer requerimiento del presidente del tribunal suizo) hasta la atribución de la patria potestad al acusado por el tribunal de apelación macedonio el 27-3-03. Durante este periodo la madre no vio al niño ni una sola vez a pesar de todos los esfuerzos y ni siquiera supo su lugar de residencia.

Tras estos antecedentes considera el Tribunal que el bien jurídico protegido es en primer lugar el ejercicio de los derechos y deberes por parte del titular de la patria potestad. De modo mediato se protege la paz en la familia y el bienestar del niño. El tipo protege al cotitular de la patria potestad en su facultad de decidir el lugar de estancia del menor, y autor puede ser quien no ejerce la patria potestad en solitario y de forma ilimitada. El alcance de la patria potestad se determina por el derecho civil. Durante la vigencia del matrimonio ejercen la patria potestad ambos progenitores en común. Por ello no puede uno de ellos disponer arbitrariamente sobre el menor. Cuando dejan de vivir juntos o existe separación, el tribunal puede atribuir la patria potestad sólo a uno de ellos. Pero los padres permanecen, hasta la sentencia firme de separación, titulares en común de la patria potestad. Si esto también es así en el derecho macedonio, queda abierto. Pero un vistazo a su derecho de familia muestra que allí como caso normal rige también la patria potestad común. Ha quedado claro que los tribunales macedonios no adoptaron medidas cautelares durante el procedimiento de divorcio, especialmente en lo referente a la atribución de la patria potestad, y que los informes del centro no eran vinculantes. Según los inatacables hechos de la instancia, el 9-5-2002 el tribunal de instancia macedonio otorgó la patria potestad al acusado, y también en el nuevo enjuiciamiento de 23-1-03 y el tribunal de apelación de Skopje lo confirmó el 27-3-03. A falta de medidas cautelares la madre era cotitular de la patria potestad hasta la firmeza de la sentencia de divorcio. Además durante ese periodo no pudo ver a su hijo ni conoció su paradero. El acusado adoptó todas las medidas para impedir el contacto entre madre e hijo, impidiendo a aquélla el ejercicio

de hecho de sus derechos. Con esta conducta cumplió el tipo objetivo del párrafo 220 CP.

El acusado alega error de tipo, y el tribunal considera que en su caso sería error de prohibición, pero lo rechaza diciendo que en ningún caso se podría haber creído legitimado a ocultar sistemáticamente el niño a la madre, pues el derecho macedonio tampoco le da autorización para hacerlo.

Es curioso ver cómo el tribunal de instancia parece insistir en que hasta la resolución de la apelación en Macedonia no existía atribución de la patria potestad para imputar el delito, y cómo el tribunal supremo insiste más en ocultar al niño e impedir todo contacto a la madre hasta la firmeza del divorcio –momento hasta el que ostentaba, según el derecho suizo, la patria potestad compartida–, obviando el espinoso tema de derecho internacional privado que se plantea (pero teniendo en cuenta que la madre no fue oída por el centro que hizo la propuesta, que el acusado no parece haber obrado de buena fe, y que, aunque tuviera la guarda, no estaba legitimado para ocultar sistemáticamente al niño ni por el derecho suizo ni por el macedonio).

BIBLIOGRAFÍA. REHBERG, Jörg (1999) *Schweizerisches Strafgesetzbuch mit weiteren einschlägigen Erlassen*. Orell Füssli Verlag; DONATSCH, Andreas; FLACHSMANN, Stefan; HUG, Markus; WEDER, Ulrich (2006) *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kommentar*. Orell Füssli Verlag. Se pueden encontrar todas las sentencias del Bundesgericht suizo desde 1954 en la página <http://www.bger.ch/>.

Como conclusión del estudio de este grupo de países, se puede señalar, en primer lugar, 1) El alto nivel dogmático tanto de los estudios doctrinales como de las resoluciones judiciales. También hay que destacar la precocidad de la jurisprudencia alemana, que ya en 1886 estableció que un progenitor podía sustraer los menores al otro. 2) En Alemania el delito puede darse incluso en casos de patria potestad compartida, siempre que a cada uno de ellos le corresponda al menos en parte el derecho de cuidado personal, aunque parece que, en la práctica, no se admiten denuncias por sustracción de menores ni en casos de patria potestad compartida ni en casos de frustración del derecho a relacionarse del otro progenitor (al menos hasta las últimas sentencias del BGH, en las que se expresa la importante idea de que *hay que prevenir un distanciamiento entre el hijo y el progenitor no titular del derecho de cuidado, y garantizar la continuidad de su relación, porque es un «padre de reserva» que en cualquier momento puede ser incorporado de nuevo al derecho de cuidado*). En Austria sólo puede ser autor quien carece en absoluto de la titularidad del derecho de educación general frente al menor. En caso de cuidado común por los padres no se comete el delito salvo que se violen decisiones judiciales. Pero en caso de custodia compartida puede haber secuestro. En Suiza, puede ser cometido por un progenitor, incluso cotitular de la patria potestad, cuando imposibilita de hecho al otro la cooperación en el ejercicio de la patria potestad (llevando al niño al extranjero) o si se sustrae al menor por el progenitor que no tiene la patria potestad y también se puede cometer por el titular de la custodia que frustra el régimen de visitas otorgado al otro. 3) Me parece importante la idea de que la sustracción no ha de medirse en unidades de tiempo, sino determinando si, con una valoración de todas las circunstancias del caso concreto, el niño fue expuesto a un peligro al no poder ejercer los legitimados el derecho a educarlo y protegerlo, en lo que va a influir ante todo la edad del menor. Y que la ocultación o retención requiere una prolongación temporal o una intensificación de la inaccesibilidad del menor. 4) No se protege la libertad del menor, sino la ejercitabilidad (aunque no se hayan ejercido aún de hecho) de los poderes de los ti-

tulares de la patria potestad o tutela, es decir, el derecho de educación –por lo que puede haber concurso con los delitos contra la libertad-. A este respecto es interesante la concepción de la jurisprudencia suiza de que si la posición previa de poder del padre no se ve sustancialmente reforzada, no va a haber secuestro, siempre que sea compatible con el interés y el bienestar de los menores.

6. OTROS PAÍSES

A) PORTUGAL

En el Libro II, título IV (crímenes contra la vida en sociedad); capítulo I (crímenes contra la familia, los sentimientos religiosos y el respeto debido a los muertos); sección I: delitos contra la familia, se encuentra el artículo 249: sustracción de menor: 1) *Quien: a) sustraiga un menor; b) por medio de violencia o de amenaza con un mal importante determine a un menor a huir; o c) se niegue a entregar a un menor a la persona que sobre él ejerza el poder parental o la tutela, o a quien esté legítimamente confiado, será castigado con pena de hasta 2 años de prisión o con pena de multa de hasta 240 días.* 2) *El proceso penal depende de denuncia.* El Código penal vigente de 1982 fue modificado profundamente por Decreto-ley 48/95 de 15 de marzo. El artículo 249 introducido por ley 48/95 de 15 de marzo. Corresponde al anterior artículo 196. A su vez correspondía con el artículo 238 del proyecto de parte especial del Código penal de 1966. El artículo 342 CP 1886 sólo se refería a menores de 7 años. Tanto el Código como la doctrina portuguesa tienen una fuerte influencia alemana, como se verá en la siguiente exposición.

Para Damiao da Cunha, participante en el Comentario Conimbricense, se puede discutir la justificación de mantener el presente tipo legal –en la Comisión Revisora (Actas 1993 291) hubo consenso en mantenerlo– ya que estas conductas estarían ya suficientemente recogidas en otros tipos del código. Pero, como él mismo dice, debe notarse que las conductas aquí descritas no se sobreponen necesariamente a las de otros tipos legales (en especial con el rapto), en cuanto que puede ser realizado con el consentimiento del menor. Además es notorio que hay áreas en las que el tipo gana autonomía, como son los casos de la *sustracción con fines de adopción* (ilegítima, el llamado «legal kidnapping») o los casos más frecuentes de *sustracción asociada a conflictos familiares*. Si éste es el espacio en el que con más frecuencia se verifica su posible aplicación (situaciones de lucha de ambos progenitores por el hijo común en caso de ruptura de la vida familiar) también es el que más problemas causa, pues es muy dudoso que el derecho penal pueda, o incluso deba, intervenir con eficacia en el ámbito de los conflictos familiares.

Bien jurídico. Protección de los poderes que corresponden a quien está encargado del menor. La razón de esta protección está en el bienestar del menor (que es la justificación de ese poder-deber) y no en la protección en sí de los titulares de esos poderes. Las conductas tienen que consistir en una ofensa o en un peligro de ofensa de esos poderes. Se trata de agresiones a la patria potestad o a la tutela.

Tipo objetivo. El objeto de la acción es un menor (quien no ha cumplido 18 años ni se ha emancipado por matrimonio). Cuando no hay realmente una relación

de poder frente al menor (menor que vive fuera del hogar familiar y que disfruta de autonomía económica) no habrá delito. Tres tipos de acción: la sustracción consiste en apartar a un menor del dominio de quien legítimamente lo tenga a su cargo. Debe ser eliminado o gravemente afectado el ejercicio de la relación de poder entre el titular de la misma y el menor. Es precisa una *separación espacial* que dure un *cierto tiempo*. No es precisa la creación de un nuevo poder fáctico con una nueva relación de dependencia. Se puede realizar tanto por acción como por omisión (negativa a dar información sobre el paradero del menor, cuando a la vista de las circunstancias, exista deber de esclarecimiento). Sustraer supone apartar del control de otro. Subyaciendo una idea de apropiación, sustraer significa apropiarse, de forma que la consumación presupone que el menor quede sometido o a disposición de la persona que se lo llevó o retuvo o que permanezca fuera del control de la persona bajo cuya guarda se encontraba legítimamente. En la sustracción el menor es sacado del poder del que lo tiene bajo su guarda en virtud de la ley o de decisión judicial. El consentimiento del menor o el hecho de que la iniciativa haya partido de él no afectan, en principio, a la responsabilidad criminal. La determinación por medio de violencia o de amenaza con mal importante en el fondo corresponde con una forma de inducción. Es preciso que se cree en el menor la resolución de huir, no siendo suficiente la actividad de auxilio a una fuga por resolución del propio menor. Se determina a un menor a huir, cuando se logra inducirlo a escaparse del verdadero responsable de su guarda, es decir, del lugar en que se encuentra o fue puesto. Existe violencia siempre que se utiliza la fuerza para alcanzar el fin deseado, comprendiéndose no sólo la física sino también la moral. La amenaza existe cuando para obtener lo que se desea se convence al amenazado de que, si no realiza el designio del amenazador, sufrirá un mal importante que recaerá sobre sí o sobre alguien o algo a quienes se encuentra íntimamente ligado. La negativa a entregar al menor presupone una situación de privación fáctica del ejercicio de la patria potestad. Para que tenga significado autónomo no puede ser consecuencia de la práctica de las modalidades anteriores. Podrá derivarse de un proceso judicial que regule el ejercicio de la patria potestad y que implique la transferencia de ese poder o de que alguien que no contribuyó a la separación incurra en la obligación de entregar (porque recogió al menor). En estos casos el menor no regresa al poder de dirección o guarda por acción del agente bajo cuyo poder se encuentra. Es una retención sin justa causa. El legislador, al hablar de negativa a entregar «a quien esté legítimamente confiado» parece haber pretendido incluir a terceros no titulares del ejercicio de la patria potestad a quienes el menor fue confiado en el ámbito de la jurisdicción de menores» (M.P. Evora).

Los conceptos de patria potestad y tutela. Sólo es punible la conducta frente a personas que *formalmente* (y por tanto legítimamente) sean titulares de esos poderes. Esto significa que *cualquier conducta entre los padres, en una situación de desavenencia familiar, en la que todavía no haya decisión sobre la patria potestad (o tutela) no conlleva en principio responsabilidad por esta modalidad de conducta (la del apartado c) pues la patria potestad recae sobre ambos. Las situaciones comprendidas en el artículo suceden con más frecuencia cuando la patria potestad no recae en ambos padres (casos de separación o divorcio)*. Es precisa además la afectación de la patria potestad o de la tutela en su totalidad o en aspectos esenciales. *Así parece que no constituye sustracción de menores la negativa a preservar el derecho de visitas del otro progenitor* (con el anterior artículo 196 el tema era distinto pues se refería a la negativa frente a quien legítimamente reclamase al menor, por lo que la

conducta era típica), actualmente la conducta parece atípica, ya que presupone que la persona reclamante ejercite la patria potestad o tutela o tenga el menor a su cargo. La concreta verificación del tipo puede ser discutible en algunos casos. El aspecto decisivo de la regulación es quién tenga la patria potestad sobre el menor. El problema es saber cuál de ellos tiene la guarda del niño (el CC permite la opción por el ejercicio común de la patria potestad, artículo 1906 CC). Si el menor está confiado a un tercero o a un establecimiento de educación o asistencia, la guarda compete a esa persona o establecimiento. Aunque los padres mantengan ciertos poderes (artículos 1907-2 y 1919 CC) no pueden ser considerados legitimados para el ejercicio de la patria potestad. Es un delito común y autor puede ser cualquiera. *También un progenitor frente a otro, si el autor sólo tiene el derecho de visitas y el otro la plenitud del poder parental (sin embargo, si hay patria potestad conjunta, como es la regla general, no parece que haya delito)*. Si el menor está confiado a un tercero o a un establecimiento los padres pueden ser autores del delito. También lo pueden cometer funcionarios del establecimiento de asistencia.

El tipo requiere dolo. Puede haber error excluyente del dolo si se supone erróneamente la existencia de consentimiento de uno de los padres o cuando el autor cree que el que lo reclama no es titular de la patria potestad o cree que el menor vive independiente. Puede haber causas de exclusión de la culpabilidad basadas en el interés del menor. No está prevista la tentativa. Puede haber concurso con delitos contra la libertad. La denuncia debe presentarla la persona que tiene la patria potestad (o poder análogo).

Breves indicaciones de derecho civil. La patria potestad está informada por el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges. Durante el matrimonio, corresponde el ejercicio a ambos. A falta de acuerdo pueden acudir a los tribunales en cuestiones de particular importancia (art. 1901 CC). Salvo cuando la ley exija explícitamente el consentimiento de ambos o se trate de actos de particular importancia, el acto que integra la patria potestad practicado por uno sólo de los cónyuges, se presume celebrado de acuerdo con el otro cónyuge, y la falta de acuerdo no es oponible frente al tercero de buena fe (art 1902 CC). En caso de separación, divorcio, nulidad o anulación del matrimonio, los cónyuges decidirán de mutuo acuerdo el destino de los niños y de los alimentos a éstos debidos. El acuerdo está sometido a la aprobación del tribunal, que deberá rechazarla si así lo exige el interés del menor. A falta de acuerdo decide el tribunal teniendo en cuenta este interés. La orientación fundamental en esta materia es que la patria potestad sea ejercida por el progenitor al que le fue confiado el menor (art 1906-1 CC). En casos especiales, el tribunal podrá entregar la guarda del menor a un tercero o a un establecimiento de educación o asistencia (art 1905-2). El ejercicio de la patria potestad en estas hipótesis es objeto de disciplina especial (art 1907). En cuanto al menor nacido fuera del matrimonio, si la filiación se encuentra establecida sólo con respecto a un progenitor, a éste corresponde la patria potestad (art 1910). Si está establecida en cuanto a ambos, el ejercicio de la patria potestad corresponde a aquel de los progenitores que tuviere la guarda del hijo, pero se presume que es la madre la que tiene al guarda (art 1911, 1 y 2). Si los progenitores convivieran maritalmente, les será aplicado el régimen de ejercicio de la patria potestad que rige en caso de matrimonio, si declararan ser esa su voluntad (art 1911-3).

Jurisprudencia

Proceso 3735/2006-5 de 27-6-2006. 5ª Sección criminal del Tribunal de Relación de Lisboa. Sustracción de menores. El artículo 249, 1º se propone la protección de los poderes que corresponden al que esté encargado de un menor y la conducta, para ser punible, tiene que consistir en una ofensa a esos poderes. El objeto de la acción es siempre un menor, y consiste en apartarlo del dominio de quien legítimamente lo tenga a cargo. El acusado, el 20-11-2001, se llevó a la hija común a Francia, sin autorización judicial, substrayendo a la hija de la guarda de la madre, que le fue conferida por decisión judicial. Por convenio entre los padres judicialmente aprobado a partir de 3-7-01 la patria potestad se le atribuye a la madre. Pero el 5-7-01 el Tribunal de menores de Pau atribuye al padre la guarda provisional de la menor, de la que tuvo conocimiento la madre, que intervino en el proceso. El 15-11-01 el Tribunal de Grande Instancia de Toulouse estableció que los padres ejercerán en común la patria potestad, teniendo la niña su domicilio en casa del padre. En este proceso la madre tuvo intervención e incluso convino con el acusado quedarse con la hija entre el 27-10-01 y el 4-11-01, lo que no respetó, no entregando a la menor en la fecha acordada ni entablando modificación de medidas. El padre tenía dos sentencias a su favor después de la portuguesa dictadas por Francia, país competente por ser el lugar de residencia de la niña, por cambio de las circunstancias. Pero la madre entendía que de acuerdo con la legislación aplicable en materia de protección de menores, en concreto el convenio de protección de menores entre Francia y Portugal, el acusado estaba obligado a someter aquellas decisiones judiciales a la verificación de sus condiciones de exigibilidad por el Tribunal portugués competente, que era el Tribunal de familia y menores de Lisboa. Esta falta de reconocimiento implica la ineficacia interna de las referidas resoluciones y la ilegalidad de la conducta traducida en la sustracción del menor. Pero el tribunal entiende que la sentencia extranjera tiene ciertos efectos colaterales, entre ellos el efecto probatorio, de manera que puede ser invocada como simple medio de prueba. De donde concluye que no hubo dolo, pues había un acuerdo de la recurrente madre acerca de que la niña regresaría a Francia el 4-11-01.

Proceso D256163 9-5-90. Tribunal de Relación de Lisboa. Comete el delito del artículo 196 (Código anterior) la madre que, notificada personalmente para entregar al niño al padre, conforme fuera decidido en el proceso regulador de la patria potestad, rehúsa dar cumplimiento a pesar de las repetidas reclamaciones. Es adecuada la pena de 6 meses de prisión, sustituida por multa.

Supremo Tribunal de Justiça 05P3127 de 2 de enero de 2006. El mal importante objeto de amenaza en el crimen de coacciones (art. 150 CP), no tiene que constituir un ilícito, ni siquiera ser un mal ilegítimo. La amenaza de infligir a la ofendida un sufrimiento por la privación de volver a ver a su hija, una niña de 2 años de edad, tiene entidad bastante para cumplir el tipo. El que el objeto del secuestro sea un menor no obsta al delito, por razones de protección de su dignidad humana, que no puede ser instrumentalizada y tratada como una cosa. Tratándose de progenitores no casados y que no viven maritalmente, se verifica la presunción legal de que la madre tiene la patria potestad (art 1911, 2 CC). En el concurso prevalece una de las normas desplazando a las otras por los principios de especialidad y consunción. El secuestro consume al delito de sustracción de menor en la medida en que la privación de libertad abarca la lesión del interés del menor a no ser alejado de la persona de él encargada. La menor nació el 8-2-2002. Los padres no estaban casados ni convivían maritalmente.

El 22 de febrero de 2004 el acusado fue a ver a la madre y a la niña a Madeira, donde vivían en casa de la abuela, y pidió a la madre que le dejara abrazar a la niña. Poco después echó a correr con la niña en brazos desapareciendo hasta hoy. Le ha dicho a la madre que nunca más la va a volver a ver. Ha privado a la niña del cariño materno y de la leche materna que aún bebía y la ha utilizado como instrumento de venganza, de dolor. Durante más de un año no ha manifestado dónde se encuentra, si está viva o muerta, ni en qué condiciones físicas y psíquicas se halla. Le ha dicho varias veces a la madre, que si no vuelve con él no va a volver a ver a la niña. El acusado nunca frecuentó la escuela y no sabe leer ni escribir.

En el caso Esmeralda, llegó un recurso de *habeas corpus* al Tribunal Supremo firmado por 10.000 ciudadanos. La historia del caso es la siguiente. Sentencia de instancia: círculo judicial de Tomar, tribunal judicial de Torres Novas. 16-1-07: Esmeralda Porto nació el 12-2-02, registrada como hija de Ardidá Porto. El 28 de mayo la madre entregó la niña al matrimonio formado por Luis Gomes, sargento del ejército y Adelina Cantador Lagarto. El 13 de julio de 2004 el padre biológico, Baltasar Nunes consiguió la atribución judicial de la patria potestad. Los padres de acogida no entregan a la niña, que está en paradero desconocido con Adelina. El acusado también conoce el lugar en que la menor se encuentra. Los padres de acogida de hecho la llaman Ana Filipa. Se señaló el 10 de febrero de 2005 para que entregaran a la niña en el tribunal de Torres Novas. No comparecieron, ni el día 25 de febrero, ni el 9 de marzo, fecha en que compareció solo Luis Gomes.

La niña nació de una relación esporádica entre el padre y la madre, brasileña. Esto llevó al padre a sospechar que no era padre de la niña. Cuando conoció las pruebas hematológicas en febrero de 2003, deseó regular el ejercicio del poder parental. El pensaba que la niña continuaba con la madre, quien le ocultó la situación real. Contactó con los padres de acogida, quienes no le dejaron ver a la niña en ningún momento, negándose incluso a darle una fotografía de la niña. Los padres de acogida impiden que la niña tenga trato con otros niños, aprenda las reglas de convivencia social, vaya a la escuela, adquiera conocimientos, para evitar que se la quiten.

La niña fue registrada de padre desconocido y la madre la entregó con una declaración: «la entrego al señor Luis Gomes y la María Adelina, casados, para que sea adoptada plenamente por ellos, se integre en su familia y se extingan las relaciones entre la niña y Ardidá Porto. Desde este momento autorizo a los citados para que inicien el proceso de adopción», Al poco inician el proceso de adopción. La niña va al pediatra y tiene un desarrollo normal. Informes indican que retirar a la niña de los padres de acogida podría ser perjudicial para su salud.

Se rechaza por el tribunal de instancia el argumento del interés de la menor, pues en las citas para la entrega estaban convocados asistentes sociales y un psiquiatra infantil y quedó salvaguardada la no entrega inmediata. Los padres de acogida en octubre de 2002 (5 meses después de tener a la niña) sabían que el padre, si los análisis eran positivos, iba a solicitar la patria potestad. El tribunal les reprocha haber impedido todo contacto con la madre y con el padre biológico alegando un interés de la menor. Y que cuando ya saben que las pruebas son positivas, que el padre va a pedir la patria potestad (y que la madre biológica también está interesada en tener contacto con la menor), sólo en septiembre de 2003 se ofrecen como padres adoptivos. Y han aprovechado que el tiempo juega a su favor y que la adaptación al padre será cada vez más difícil. ¿En interés de la niña o por el deseo de tenerla para sí?

Condenado por secuestro agravado 158 1º y 2º Cp y sustracción de menores 249, 1.º c), a 6 años de prisión.

El 1-2-07 el Supremo Tribunal de Justiça rechaza el habeas corpus formulado por un grupo de ciudadanos (recurso 353/07-5 (Hc)). Hay un voto particular que considera que en el caso concreto existe una grosera ilegalidad en la calificación de los hechos, por tener encuadramiento inequívoco en la sustracción de menores y no en el secuestro agravado, y aquel tipo no permite la prisión provisional. El crimen de secuestro sólo puede ser cometido por omisión si el autor mantiene presa o detenida a otra persona, pues en los demás casos configurados el autor ha de practicar una acción. Y la menor, antes de la omisión (desobediencia) no estaba detenida ni presa. La negativa a entregar la menor al padre biológico no equivale a un acto de detención o privación de libertad. Esto sólo podría ocurrir cuando la sentencia que otorga al padre biológico la guarda en exclusiva, sea firme, lo que no ha sucedido aún. En los casos anteriores ante el tribunal se trató de una acción del autor que consistió en retirar al menor de la situación estabilizada en que se encontraba, lo que no sucedió en el presente. La admisión del recurso no impediría una discusión más profunda en el proceso principal pues su efecto se limitaría a la cosa juzgada de la prisión provisional con los elementos de facto hasta ahora recogidos (magistrado Santos Carvalho).

Tribunal constitucional, sentencia 52/2007, de 30-1-2007: el 13-7-2004, el tribunal judicial de comarca de Torres Novas reguló el ejercicio de la patria potestad de la niña Esmeralda, atribuyéndole la custodia al padre biológico y un derecho de visitas a la madre biológica. Los padres de acogida pretendieron recurrir la resolución ante el tribunal de relación de Coimbra, pero el tribunal comarcal no dio trámite al recurso, por considerar que carecían de legitimación. Pero el artículo 147-A de la ley de organización tutelar de menores atribuye un derecho de participación a quien tuviera la guarda de hecho del menor, que incluye el derecho al recurso, y que es ley especial frente a lo establecido en el código procesal civil. La no admisión del recurso es una interpretación que implica la inconstitucionalidad de los artículos 680 y 687,3 de este cuerpo legal, por incompatibles con el derecho de acceso a los tribunales y los principios de igualdad y protección de los menores. Incluso el artículo 680 prevé que puedan recurrir terceros directa y efectivamente afectados por la resolución. Pero el tribunal interpretó que tratándose del interés de la menor, no pueden considerarse directa y efectivamente perjudicados. El Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma del artículo 680 del Código procesal civil.

Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 10-1-08 (07P3227), por unanimidad. La sustracción de menores consiste en la agresión a los poderes legalmente definidos para suplir la incapacidad de los menores, estableciéndose una doble protección: por un lado, en beneficio del menor, para que permanezca dentro de su familia, y por otro, a favor de ésta, en vista a conservarlo en su seno. En este caso la conducta consiste en la retención de la menor sin justa causa: al acusado se le notificó la resolución judicial que regulaba el ejercicio de la patria potestad, y aunque interpuso recurso todavía no admitido, aunque sólo con efecto devolutivo (por lo que la resolución era obligatoria), se negó a entregar a la menor aun sabiendo que estaba obligado. Pero esto está alejado del dolo de secuestro. Hay un intensísimo dolo de sustracción de menor, pero no un dolo genérico, autónomo y propio de dolo de secuestro. Se le absuelve de secuestro agravado y se le condena sólo por sustracción de menores. Se le impone la pena de dos años de prisión, con suspensión condicionada a que presente a la menor y cumpla las decisiones que sobre ella se tomen.

En este caso también se ve cómo los tribunales muestran escasa tolerancia a la desobediencia de sus resoluciones, en este caso forzando la condena por el delito de secuestro.

Por otra parte, la Ley 59/07 de 4 de septiembre, ha modificado, entre otros, el artículo 249 CP sobre sustracción de menores. Se establece la pena de prisión de 1 a 5 años. Se añade un párrafo 2: pena de prisión de hasta dos años o multa de hasta 240 días si el autor es ascendente, adoptante, o hubiera ejercido la tutela sobre el menor. El párrafo 3 desaparece.

BIBLIOGRAFÍA. Legislação penal (4ª edição) Porto editora; *Comentário Conimbricense do Código penal. Parte especial. Tomo II* (1999) Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora. Comentario al artículo 249. J.M. Damiao da Cunha; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS SANTOS, Manuel (2000) *Código penal anotado. 2º volume. Parte especial.* Editora Rei dos Livros. MAIA GONÇALES, M. (1999) *Código penal português.* Almedina. Coimbra. La jurisprudencia se puede consultar en www.dgsi.pt.

B) HOLANDA

El Código penal vigente es de fecha 3-3-1881 y entró en vigor en 1886. Título XVIII: Delitos contra la libertad: artículo 279 (1) *El que dolosamente sustraiga a un menor de edad de la autoridad legalmente establecida sobre él, o de la vigilancia de quien ejerza esta competencia sobre él, será castigado con prisión de hasta 6 años o multa de la cuarta categoría.* (2) *Prisión de hasta 9 años o multa de la quinta categoría se impondrá si se emplea astucia, violencia o amenaza o si el perjudicado es menor de 12 años.*

Artículo 280 (1) *El que dolosamente oculte o sustraiga de las investigaciones de los funcionarios de justicia o de la policía a un menor que haya sido sustraído o que se haya sustraído de la autoridad legalmente establecida sobre él o con respecto de quien ejerza esta competencia sobre él, será castigado con pena de prisión de hasta 3 años o multa de la cuarta categoría o, si el perjudicado es menor de 12 años, con prisión de hasta 6 años o multa de la cuarta categoría.* (2) *Lo anterior no es aplicable a) al que comunique inmediatamente al tribunal tutelar de menores el paradero del menor o b) al protector, mencionado en el artículo 1 g) de la ley de protección de la juventud, que en virtud del artículo 41 de esa ley reciba subvención de la provincia y actúe de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 3 apartado 5; c) al que actúe en el marco de la prestación de ayuda social diligente al menor.* (3) *Forman parte de una prestación de ayuda social diligente el inmediato aviso de que se concede la ayuda, así como el inmediato aviso de la identidad del que presta la ayuda y su lugar de residencia o domicilio al que ejerce la autoridad sobre el menor.*

El artículo 281 regula el rapto de una menor con fines de matrimonio.

Artículo 1 g) Ley de protección de la juventud (2004) define al *zorgaanbieder* (protector) como la persona natural o jurídica que presta asistencia social a los jóvenes, teniendo derecho a ello conforme a esta ley.

Artículo 3,5: En el supuesto de decretos legislativos generales se imponen reglas para casos en los que no se puede esperar a la decisión, mencionada en el apartado tercero. Apartado tercero: una persona sólo tiene derecho a la protección de la ju-

ventud conforme a esta ley, si la fundación que actúa en la provincia donde el joven vive de forma estable, ha recibido una decisión por la que se le nombra para ese cuidado. Se equipara la decisión de un juez.

El tipo del artículo 279 no ha sido modificado desde la entrada en vigor de la ley. Sólo se ha añadido la pena de multa en el primer párrafo, en 1984. El primer párrafo del artículo 280 mantiene la redacción originaria del Código. El párrafo segundo fue añadido en 1995.

En caso de divorcio, hasta 1998 la regla principal era que sólo uno de los padres ejerciera la autoridad sobre los hijos. El padre no ejerciente que sin consentimiento del custodio se llevaba al niño o no lo devolvía después del fin de semana de visitas cometía el delito del artículo 279 CP. Desde 1998 la regla general es que ambos padres tengan en común la patria potestad. También los padres no casados pueden, desde 1995, obtener en el registro la patria potestad común.

Artículo 279. Será aplicable sobre todo cuando, *después de una separación matrimonial, el niño es sustraído por el progenitor al que no le es adjudicado (en la jurisprudencia, por lo menos, desde 1934)*. Esto fue ya defendido por Noyon, principal comentarista del Código: Aquel de los progenitores que no ejerce la patria potestad y al que no se le ha adjudicado el niño pertenece al grupo de personas que pueden cometer el delito (como en el texto *Rechtbank 's-Gravenhage 19-3-34 NJ 1934, 1017*: en una separación de mesa y cama, según la cual el niño debe residir con la madre). El texto ha sido modificado por ley 10-3-84, que entró en vigor el 1-5-84, para añadir la pena de multa.

El bien jurídico protege a quienes tengan la autoridad sobre el menor, para que puedan cumplirla. De esta manera también se protege al menor. El plazo para la prescripción se inicia desde la liberación o la muerte de la persona contra la que inmediatamente se comete el delito (art. 71,1 CP).

El dolo debe abarcar que se trata de un menor de edad, y la legalidad de la autoridad o del estar encargado de la vigilancia.

Sustracción. Por sustracción hay que entender toda acción que rompe el poder de hecho hasta entonces ejercido sobre el menor, incluida la negativa a la entrega del menor. Según el HR (Hoge Raad, Tribunal Supremo) en principio todo hacer salir al menor de la autoridad legal o vigilancia puede designarse como «sustracción» en el sentido del 279 (HR 22-12-53 NJ 1954, 478). Puede consistir tanto en llevarse al menor como en mantenerlo alejado del titular del derecho (HR 19-6-56 NJ 1956, 515). No es preciso que el menor sea sustraído de forma duradera (HR 13-12-66 NJ 1967, 167). Tampoco es preciso que el autor haya tomado él mismo la iniciativa. Aunque la tome el menor se da el tipo, pero es preciso que el autor haya tenido una influencia decisiva en la ruptura entre el menor y el titular del derecho. El caso del que recibe al menor en su casa de visita y le da alojamiento durante algunos días, no es suficiente para cometer el delito (HR 22-4-58 NJ 1959, 17).

Menor de edad. Lo es el menor de 18 años no casado e inscrito (art. 1233 CC). Es posible además que una madre menor de edad sea declarada mayor de edad por el juez de menores a petición de ella (art. 1253ha CC) si tiene 16 años.

Autoridad legal. La tienen los padres (por cuanto tienen la patria potestad), el tutor u otros por autoridad de la ley o decisión judicial.

Vigilancia. Aquel al que se le ha confiado el menor para su cuidado o educación por quien tiene la autoridad legal sobre el menor. El HR parece aceptar que, si durante un proceso de separación se confía el menor a uno de los padres, éste progenitor ejerce tanto la autoridad legal sobre el menor como la vigilancia sobre el mismo (HR 18-6-91 NJ 1991, 824; 1-5-90, NJ 1991, 9).

Violencia, astucia, amenaza. El HR parece partir de que no sólo con respecto al menor, sino también con respecto a otras personas (HR 1-5-90, NJ 1991, 9). Esta tesis ya fue defendida por Simons, quien además afirmó que para los conceptos de «astucia y violencia» son importantes las expresiones «*fraude ou violence*» del artículo 354 CP francés de 1810. Hay que tener en cuenta que, con la invasión napoleónica, se aplicó en los Países Bajos la legislación francesa, pero que, tras la recuperación de la independencia, el Código francés siguió vigente hasta que se entró en vigor en 1886 el actual Código penal.

Artículo. 280. Modificado por Ley 6-12-95, que entró en vigor el 1-2-96. El trasfondo del cambio legislativo fue que los padres de menores de edad experimentaban que eran informados de modo insuficiente cuando a los hijos se les suministraba ayuda. El objeto del precepto es la devolución del niño sustraído y hacer posible a los encargados de la protección de menores cumplir su misión.

Dolo. Tiene que ir dirigido a la ocultación, presupone conocer que se trata de un menor, y que ha sido sustraído o se ha sustraído al titular del derecho. Y la legalidad de la autoridad o del estar encargado de la vigilancia.

Ocultar. Requiere cierto secreto. El mero alojar a un menor en una casa no es todavía ocultación en el sentido del tipo.

Sustraer. También cuando el autor, en contradicción con la verdad, afirma que no sabe dónde está el menor (HR 23-2-25 NJ 1925, 609). No se puede hablar sin embargo de sustracción a la investigación cuando alguien, interrogado al respecto, comunica a la policía conocer el paradero del menor, pero no quiere revelarlo inmediatamente (HR 6-4-65 NJ 1966, 47). En HR 11-5-76 NJ 1976, 538 se decidió que no había sustracción en el asistente social que presta ayuda a una joven que ha huido de casa. Hoy es posible que se afirmara la existencia de la tipicidad, pero que, en virtud del párrafo 2, se declarara la renuncia a la persecución penal.

Investigación de funcionarios de justicia o policía. No es preciso que la investigación policial haya empezado efectivamente (HR 19-6-56 NJ 1956, 516). Basta con que sea de esperar.

Exclusión de la penalidad. Párrafo 2. *Por la ley de protección de la juventud.* Cuando el asistente social actúa en una institución subvencionada por esta ley y cumple los preceptos de esa ley. *Ayuda social diligente.* Es preciso que se comunique al que ejerce la autoridad sobre el menor, que a éste se le presta ayuda. Y comunicarle inmediatamente la identidad y residencia del que presta la ayuda. En HR 20-10-92 (DD 93.107) en relación con un asistente social, actuante en la Fundación J., que fue acusado de este delito. Había enviado a un menor sometido a vigilancia que buscaba ayuda en la Fundación a una dirección oculta, para que tuviera un «tiempo muerto». El HR rechazó el recurso del asistente porque: a) antes de que fuera enviado el menor a la dirección oculta se consultó al juez de menores, que en resolución motivada manifestó que el vivir en una habitación acompañado, como propuso la Fundación, no era una asistencia suficiente; b) el acusado no comunicó a la policía que el menor

fue trasladado de la Fundación a un lugar desconocido; c) en el periodo de cinco días ni el acusado ni la Fundación se habían ocupado del menor.

Jurisprudencia

HR 8-2-2005; 01078/04, AR8024. Quien ejerce la autoridad legal sobre un menor, puede además ejercer también la vigilancia sobre el mismo, en el sentido del 279 Sr. *La exesposa del acusado ejercía la vigilancia sobre los menores, y el acusado, al no respetar el derecho de visitas y no devolver los niños a la madre en el día indicado, los ha sustraído a quien ejerce la vigilancia sobre ellos.* Del 28 a 29 de julio de 2002 en Utrecht sustrajo a los dos niños, nacidos en 1993 y 1995 (7 y 8 años). La madre tenía que entregar a los niños un domingo cada 14 días de 10,00 a 19,00. El padre alegó que tenía recurrida la sentencia sobre el derecho de visitas y que ese día los niños querían quedarse más tiempo con él. Fue condenado a dos meses de prisión, suspendida por 2 años.

Tribunal de Dordrecht 7-4-05, 11/005688-04; AT3382. Un padre se lleva a su hijo a Túnez, sin el consentimiento ni el conocimiento de la madre que ejerce la autoridad legal, y se establecen allí. Se le condena a 3 años de prisión. Los hechos se extienden desde el 23-10-04 a 20-12-04, y el niño nació en 1997. Ambos padres ejercían la patria potestad. Según el régimen de visitas el niño debía estar con el padre desde el 21 hasta el 25 de octubre de 2004. *Aunque el padre compartía la patria potestad con la madre, lo llevó fuera de la influencia fáctica de la madre, de modo que hizo imposible el ejercicio de la autoridad por ésta.*

HR 15-2-2005; 01198/04; AR8250. *El que tiene la autoridad legal compartida sobre un menor puede sustraerlo de la autoridad del otro, por ejemplo no cumpliendo el régimen de visitas judicialmente establecido (aunque sea provisional).* Del 17 de mayo al 8 de junio de 2001 el padre sustrajo a la niña, nacida en 1999. Desde el 25-11-00 el padre tenía derecho cada 14 días a tener a la niña desde el sábado a las 11,00 hasta el domingo a las 17,00 horas.

Tribunal de Alkmaar 24-1-2007; 14.732034-06. El acusado estaba acusado de sustraer del 28 de julio al 11 de septiembre de 2005 a un niño nacido en 2003. Ambos permanecieron en la vivienda familiar. El Tribunal absuelve al acusado que tenía en común la patria potestad con la madre. Desde el 25 de junio de 2005 el niño residió de hecho con la madre, fecha en que abandonó la vivienda común, llevándose arbitrariamente al niño. No hubo luego ninguna resolución judicial sobre régimen de visitas ni ningún acuerdo de sus representantes legales sobre la residencia del menor. La finalidad del padre era cuidarlo en la vivienda familiar. El acusado le participó por carta a la madre que ambos estaban en la vivienda. Y también se lo dijo a la policía (no hay delito de ocultación del menor). Además en la carta decía que quería restablecer la comunicación entre madre e hijo y que estaba abierto a contactos con la madre. Tribunal de Groningen 17-1-06; 18/630184-05; AU9719. Hombre de 29 años que refugia a su novia de 14 y que ha huido de la casa de acogida. Condenado por sustracción de menor a la investigación de la autoridad y de la policía. Además el hombre amenazó a la familia de la menor.

Tribunal de Breda de 6-6-07, 02/801481-06. El acusado, nacido en las Antillas Holandesas en 1969, lo estaba de haber sustraído en Tilburg el 16 de diciembre de 2006 a su hijo nacido en 2005, sin el consentimiento de la madre. El acusado entró

en la casa en las horas nocturnas rompiendo un cristal de la puerta trasera y se dirigió a la habitación en que dormía el niño. Por el ruido producido se levantaron el abuelo y la abuela, que fue atacada por el acusado, y la madre del niño vino en su ayuda, después de lo cual, el acusado intentó al menos dos veces clavar al abuelo el cuchillo que llevaba consigo, en la cabeza y en el cuerpo, y poco después logró herirle en la cabeza y en el pecho. Cayó al suelo y el acusado huyó llevándose al niño, sobre el que no tenía patria potestad. En ningún momento se preocupó de las heridas que había causado a la víctima. La herida en la cabeza fue mortal. Comportándose de forma tan brutal hizo patente que no pensaba atenerse a las reglas legales ni a los acuerdos personales que regían sobre las visitas al menor, lo que hace probable que la madre del niño viva durante mucho tiempo bajo el temor de que la conducta del acusado se vuelva a repetir. Para medir la pena se tienen en cuenta los hechos y el impacto que han tenido en las víctimas. Tenía la imputabilidad disminuida por un trastorno de la personalidad. Se le condena a 6 años de prisión e internamiento.

BIBLIOGRAFÍA. *Wettenbundel strafrecht/strafvordering* (2003) koninklijke vermande; CLEIREN, C.P.M; NIJBOER, J.F. (2000) *Strafrecht. Tekst & Commentaar*. Kluwer; SIMONS, D. (1923) *Leerboek van de Nederlandsche Strafrecht. Bijzondere strafbare feiten*. P. Noordhoff. Groningen; NOYON, T.J; LANGEMEIJER, G.E. (1954) *Het Wetboek van Strafrecht*. S. Gouda Quint-D. Brouwer en zoon. Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Hoge Raad) y otros tribunales en www.rechtspraak.nl tiene una lista de conceptos jurídicos; Textos legislativos en www.wetboek-online.nl o www.recht4all.nl o www.wetten.overheid.nl.

C) ITALIA

La materia está regulada dentro de los delitos contra la asistencia familiar, en el capítulo IV titulado delitos contra la familia. Artículo 573: *Sustracción consensual de un menor. El que sustraiga a un menor, que haya cumplido 14 años, con su consentimiento, al progenitor que ejerza la patria potestad, o al tutor, o lo retenga contra la voluntad del mismo progenitor o tutor, será castigado, con querrela de éstos, con prisión de hasta 2 años. La pena se atenúa (art. 65) si se realiza con la finalidad de matrimonio, y se agrava (art. 64) si es con fines libidinosos. Se aplican las disposiciones del artículo 525 (art. 544).*

Artículo 574: *sustracción de persona incapaz. El que sustraiga a un menor de 14 años o a un enfermo mental, al progenitor que ejerza la patria potestad, al tutor o al curador, o a quien tenga su vigilancia o custodia, o lo retenga contra la voluntad de los mismos, será castigado, con querrela del progenitor, del tutor o del curador con prisión de 1 a 3 años. A la misma pena será castigado, con querrela de las mismas personas, quien sustraiga o retenga a un menor que haya cumplido 14 años, sin su consentimiento, para fines diversos del matrimonio o los fines libidinosos. Se aplican las disposiciones del artículo 525 (art. 544) (delitos contra la asistencia familiar). El artículo 544 fue derogado en 1981.*

En los artículos 573 y 574 italiano se modificó «de los padres» (*dei genitori*) por ley 24-11-81 por la sentencia de la Corte Constitucional de 22-2-64. El texto originario hablaba de «patria potestad».

El Ministerio de Justicia está trabajando en un nuevo tipo delictivo de sustracción y retención de un menor en el extranjero, aprobado por el Consejo de Ministros de 22-12-06. Consistirá en la introducción del artículo 574 bis: el que sustraiga un menor al progenitor que ejerza la patria potestad o al tutor, llevándolo al extranjero u omitiendo devolverlo a Italia, contra la voluntad del mismo progenitor o tutor, será castigado, con querrela de aquél, con prisión de 1 a 6 años. Si el delito se comete en relación a un menor que haya cumplido 14 años y con su consentimiento, la pena de prisión será de 6 meses a 4 años. Si el hecho es cometido por uno de los progenitores, la condena o la aplicación de la pena a petición de parte en el sentido del artículo 444 del Código procesal penal por alguno de los delitos previstos en el presente artículo comporta la suspensión del ejercicio de la patria potestad para el progenitor (ley de sensibilización, prevención y represión de la violencia contra las personas, en la familia, de género y por razones discriminatorias).

Antecedentes

Código Zanardelli de 30-6-1889 (primer Código penal de la Italia unificada, anterior al vigente Código Rocco de 19-10-30 que entró en vigor el 1-7-31). En el título VII de la parte especial, delitos contra la moral, capítulo XI, sustracción de menores. En los artículos 148 y 341 contemplaba dos delitos que se diferenciaban por la intención del que los cometía, y por la edad de la persona ofendida, pero que tenían en común la sustracción o retención de una persona en un lugar desconocido para el que ejercía autoridad sobre esa persona. Cuando se pudiera excluir que la finalidad era el matrimonio, el ánimo libidinoso o el lucro, para que se cometiera el delito del 148 bastaba que la sustracción o retención se hubiera realizado sobre una persona de edad superior a 12 y menor de 15 años con su consentimiento y en contra de la voluntad de su progenitor o del tutor o de quien tuviera el cuidado o la custodia, incluso temporal. La pena era de hasta un año de prisión. El primer párrafo del artículo 341 castigaba con prisión de 6 meses a 3 años a quien cometía el hecho del artículo 48 con fines libidinosos o de matrimonio, siempre que fuera de edad superior a 15 años la persona sustraída o retenida. La reclusión se podía sustituir por detención. Era precisa querrela del titular de los derechos, dentro del año de la sustracción o de que tuvo noticia de la misma. El artículo 341 consideraba violenta la sustracción de un menor de 12 años.

Artículo 573. (Sustracción consensual de un menor). La corte constitucional en la sentencia 26-9-88 ha dicho que la norma del 573 no podría ser derogada sin dejar impunes hechos gravísimos. Se trata de una lesión a la patria potestad. La norma contempla la autoridad parental, es decir, el interés de los padres en mantener el control de los hijos también en sentido físico-espacial. El bien jurídico se refiere a la potestad de los padres hasta que el menor cumpla 18 años, y tiene el sentido de someter la decisión del menor a la criba de los padres, para evitar que una falta de madurez unida a la edad pueda llevarlo a adoptar decisiones que perjudiquen su vida futura (Cass 27-11-85). La última jurisprudencia privilegia la tutela de los intereses del menor. El juez deberá sopesar dos exigencias opuestas, la expresión del consentimiento del menor, con todos los factores unidos a su maduración, y la falta de consentimiento del titular de la patria potestad, justificable sólo en función del objetivo interés del menor. El menor debe estar *in primis* bajo la tutela de los padres y sólo *in secundis* bajo la tutela

de terceros. El bien jurídico podría tener un contenido variable, dependiendo del ambiente y de la edad.

El delito presupone el consentimiento del menor y el disentimiento de los padres o tutor. Debe ser explícito y concreto y referido a los elementos objetivos. El consentimiento no se presume. Cuando el padre podía y debía impedir el hecho con su vigilancia y no lo hizo, *imputet sibi*. Para Carrara, tendría aplicación la regla dada por Sabino (ley 28, tit. *Communi dividundo*, del Digesto) según la cual en las cosas comunes la voluntad del que se opone prevalece sobre la del que consiente (*in re enim pari potiolem causam esse prohibentis constat*); de donde se sigue que el disentimiento de uno de los padres haría ineficaz el consentimiento del otro. El haber concedido al menor un amplio margen de libertad por razones de trabajo, de estudio o de diversión no excluye el delito, debiendo entenderse que tal libertad está limitada a los fines para los que ha sido concedida y no se extiende a actividades no consentidas respecto de las que no pueda presumirse un consentimiento tácito (Cass. Civ. 27-11-86, n.º 6994).

El dolo consiste en la conciencia y voluntad de sustraer al menor o de mantenerlo fuera de la esfera de los padres o tutor. No puede presumirse *in re ipsa*, sino que hay que tener en cuenta las condiciones ambientales y el grado de libertad concedido al menor. No habría dolo cuando al menor se le haya concedido una libertad de de movimientos y de alejamiento que puedan hacer entender que los padres omitieron controlarlo adecuadamente (Cass 23-10-73).

La sustracción se comete al llevarse al menor de un lugar a otro (de la casa, del colegio, de la calle), sacándolo de la esfera de vigilancia de los que ejercen sobre él la patria potestad o la autoridad de tutor. Implica la *abductio de loco in locum*, el alejamiento de la persona del lugar en que se encuentra. La sustracción implica una modificación del mundo externo, no del mundo de los valores (como pueden ser las orientaciones pedagógicas de los padres). No importa la duración de la sustracción, o por lo menos, no puede establecerse a priori, aunque sea breve no se excluye el delito (Cass. 19-12-35).

La retención implica que al sujeto pasivo, ya en la esfera de dominio del agente, se le impide de manera indebida recuperar su libertad. La casación, en sentencia de 6-10-88 ha afirmado la necesidad de apreciar caso por caso la existencia de lesión efectiva del interés del menor. Especialmente, cuando se está en la edad cercana a la mayoría de edad, hay que analizar si el hecho cometido viola en interés protegido según las capacidades, las inclinaciones naturales y las aspiraciones del hijo.

Autor del delito puede ser cualquiera.

La *agravante* de realizar el hecho con fines libidinosos está de actualidad, por varias querellas puestas por padres contra el novio de la hija que ha realizado actos sexuales con el disenso de los padres. Tras la ley 66/96 las relaciones sexuales consentidas con menores que hayan cumplido 14 años no son penalmente relevantes salvo que concurren las circunstancias del 609 *quater* del CP, y el límite baja a 13 años cuando ambos son menores. Por ello la patria potestad no debe ser entendida en sentido abstracto, riguroso y autoritario. Tras la entrada en vigor de esa ley la esfera de la intangibilidad sexual absoluta se ha limitado a los menores de 14 años, salvo que tengan una especial relación con el agente. Para que el tipo penal pueda aplicarse es necesario que los padres hayan expresado un disentimiento concreto, no presunto, a las relaciones sexuales del menor con el agente y que éste lo supiera y haya realizado

la sustracción de los padres con ánimo libidinoso. El estado de necesidad existe cuando se hace para evitar que sea maltratado o depravado.

Artículo 574. (Sustracción de persona incapaz). Aquí el consentimiento o el disenso del menor no tienen importancia porque es incapaz de prestar uno válido y se presume que no está en situación de valorar la importancia y consecuencias del hecho.

El bien jurídico es la asistencia familiar, entendida como el derecho y el deber de los padres de educar, seguir e instruir a los hijos contra cualquier acto realizado por cualquier persona que, contra la voluntad de los padres, sustraiga o retenga al menor o incapaz.

Sujeto activo, *según constante jurisprudencia, puede ser también un cónyuge que realiza el hecho contra el otro, desde el momento en que, a falta de la correspondiente resolución judicial que otorgue el hijo a uno de ellos, con el consiguiente ejercicio en exclusiva de la patria potestad, ambos son cotitulares del poder-deber disciplinado en el artículo 316 CC.* Una parte de la doctrina, en cambio, está de acuerdo en afirmar la exclusión del delito en caso de sustracción de un incapaz por parte de uno de los padres. El comportamiento de disposición del menor no sería más que una de las posibles manifestaciones de la potestad de la que es cotitular y una eventual discrepancia con la voluntad del otro progenitor no sería suficiente para hacerlo sujeto activo del delito (en el mismo sentido el tribunal de instancia de Forlì del Sanno, 18-12-76). Maggiore en 1950 defendía que aquel de los padres no separados, que es titular de la patria potestad, no comete delito si le sustrae el hijo al otro cónyuge, y si se trata de padres separados, no comete delito, si lo sustrae al otro cónyuge, el que por ley o por sentencia tiene derecho de llevar consigo a los hijos. Para Antolisei la respuesta podría ser negativa porque la posición paritaria de los padres parece excluir que la voluntad de uno pueda prevalecer sobre la del otro, aunque la jurisprudencia tiende a afirmar la existencia del delito (Cass. 8-4-86, 1-2-80). Otro sector doctrinal, sin embargo, entiende que la cotitularidad de la patria potestad no puede asumir los contornos de un derecho de disposición para ejercerse separadamente por parte de los padres. *El artículo 316 CC regula primero el ejercicio de común acuerdo de la patria potestad por los padres. En casos de desacuerdo de los padres sobre asuntos de particular importancia se puede acudir al juez, y en caso de abuso de la potestad y de la violación de los poderes a ella inherentes, el juez puede sancionar al padre infractor con la pérdida de la patria potestad. Cuando la conducta sea gravemente abusiva tomaría cuerpo el delito del artículo 574. El legislador habría querido mantener varios niveles de protección. El delito se realiza en el caso en que se viola el común acuerdo sin recurrir antes al procedimiento del artículo 316,3 CC o cuando un padre privado de la patria potestad sustraiga el hijo al progenitor que la ejercita. El abuso del derecho se da con la utilización dilatada e invasiva en la esfera del cotitular. Para que la conducta de uno de los cónyuges pueda integrar el delito es preciso que el comportamiento del agente lleve a una global sustracción del menor a la vigilancia del otro hasta impedirle el ejercicio de las funciones educativas y los poderes inherentes a la patria potestad, haciéndose imposible la función confiada por el ordenamiento jurídico en interés del menor y de la sociedad (Cass 8-4-99). Es un delito permanente (Cass 25-6-86). Puede entrar en concurso con el secuestro de personas (si hay una limitación de la libertad personal del menor) (Cass 24-11-93, pero en contra Cass 7-7-92, en tanto el menor de goce de libertad de locomoción en el momento del hecho). La Corte ha declarado que concurre el artículo 574 cuando el padre sustrae al hijo llevándolo a un país lejano e impidiendo toda*

relación entre el progenitor y el hijo y concurre el artículo 388 (desobediencia a resolución judicial) cuando el progenitor no obedece las prescripciones del juez civil, no consintiendo, por ejemplo, la visita del otro en el día fijado o modificando arbitrariamente la modalidad de la visita fijada por el juez. En resumen, El delito puede ser cometido por uno de los cónyuges frente al otro, ya que, a falta de una decisión judicial que otorgue los hijos a uno sólo de los progenitores, ambos cónyuges son cotitulares del derecho-deber establecido en el artículo 316 CC (sez. VI 86/173109; sez. VI 99/214760). Y si en la separación al padre se le ha concedido el coejercicio de la patria potestad sobre los hijos confiados a la madre, la sustracción de los hijos a la madre por parte del padre realiza el delito, como también lo realizaría la sustracción de los hijos al padre por parte de la madre (sez. VI 80/12275). Si no hay resolución judicial que atribuya exclusivamente los hijos a uno de los padres, puede existir el delito de uno de ellos frente al otro, tanto en caso de matrimonio subsistente como de familia de hecho (sez. VI 02/222024). El delito existe si al alejarlo del domicilio o retenerlo junto a él, impide al otro padre el ejercicio de las diversas manifestaciones de la patria potestad, como la actividad de asistencia y cuidado, la proximidad afectiva, la función educativa (sez VI 02/221931). Este delito puede aparecer en concurso con el secuestro de persona del artículo 605 CP, cuando además se limita la libertad personal del menor. En cuanto a sus relaciones con el delito de desobediencia a los mandatos judiciales (art. 338 CP), se considera que existe el delito del artículo 574 cuando hay una global sustracción del menor a la vigilancia del otro padres, y desobediencia en los casos en que no se respetan la cantidad y duración de las visitas conferidas al otro, o las modalidades y condiciones fijadas en general en la resolución judicial (sez. VI 86/174333, sez. VI 03/229509).

Jurisprudencia

Cassazione Sez VI penale 22 agosto 2003, n. 34862/r/n. El 21 de enero de 1996 la condenada abandonó al padre del niño, llevándose a éste cuando tenía 4 años. No estaban casados pero el padre había reconocido al niño. Ella alegó estado de necesidad por las violencias que sufría. Fue condenada por el artículo 574 CP.

Pretura penale di Rovereto 19-5-99. En el delito de sustracción de menor, el bien jurídico protegido es el interés de los hijos en recibir una instrucción, una educación, una guía y todos los cuidados necesarios para la más adecuada formación de la propia personalidad. El elemento material se identifica con los comportamientos que quebrantan la relación personal, formativa y psicopedagógica entre el menor y sus padres.

Corte Constitucional sentencia 122/1977 de 15-6-77. No se puede extender la incriminación al menor que consiente la sustracción. Además la sustracción ha de ser respecto de un menor entre 14 y 18 años y en el caso concreto la menor había superado los 18 años.

Corte Constitucional 177/1970. 26-11-70. Es inadmisibile, por irrelevante, la cuestión de la legitimidad constitucional del artículo 573, apartado primero, del CP, cuando la sustracción ha sido cometida por la madre, por violación del principio de igualdad, respecto de la hipótesis correlativa en que el padre sustrae el niño a la madre. En caso de que la tesis de la inconstitucionalidad fuese acogida bajo el aspecto de la exclusiva imputabilidad a la madre, esto no tendría influencia en el caso concreto, en

tanto que la punibilidad del padre por la sustracción del hijo menor a la madre no excluiría la punibilidad de la madre por la sustracción del hijo al padre. El magistrado que elevaba la cuestión consideraba que siguiendo el argumento de la sentencia 9/1964 en la que se afirma que el delito ataca a toda la familia, el artículo 573 daría lugar a un diverso tratamiento entre los esposos, en relación con los hijos menores, al considerar objeto pasivo al padre y no a la madre, a la cual sólo, de los dos, sería imputable la sustracción consensual del menor.

Corte Constitucional 9/64, 5-2-64. El código prevé la querrela del progenitor que ejerce la patria potestad en violación del principio de igualdad jurídica y moral de los progenitores frente a la prole. La sustracción de un menor conlleva una ofensa no circunscrita sólo a la posición del que ejerce la patria potestad sino que afecta a toda la familia. Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 573 y 574 en cuanto que se refieren sólo al progenitor ejerciente la patria potestad.

Cass. Pen. Sezione Feriale, sent. 9379/2000. Responde del artículo 573 quien sustrae la menor a su familia de origen. Se da el delito aunque ella, cumplidos ya los 14 años, consienta, sin que asuma relevancia alguna la anómala libertad de conducta y de movimientos que había disfrutado la menor y la tardanza de los padres en poner la denuncia. La muchacha había informado al acusado de su intención de irse de casa contra la voluntad de sus padres y el imputado, conocedor de la minoría de edad, la acompañó primero a Grottole, y cuando su desaparición era notoria, tras el programa de RAI 3 *Chi l'ha visto?*, la llevó a Montegranaro, sabiendo que era objeto de búsqueda por denuncia de los padres.

BIBLIOGRAFÍA. ANTOLISEI, Francesco (1996) *Manuale di diritto penale. parte speciale I*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. BORGHESE, Sofo (1953) *Il Codice penale italiano commentato articolo per articolo coi richiami alla più recente giurisprudenza*. Casa editrice dottor Francesco Vallardi. CARRARA, Francesco (2000) *Programa de Derecho criminal. Parte especial. Volumen V*. traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Temis. Colombia. CIVOLI, Cesare (1907) *Manuale de Diritto penale*. Società Editrice Libreria. Milano. CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ (2006) *Commentario breve al Codice Penale, complemento giurisprudenziale*. CEDAM. MAGGIORE, Giuseppe (2000) *Derecho penal. Parte especial. Volumen IV*. Traducción de la edición de 1950 por José J. Ortega Torres. Editorial Temis. Colombia. KOLB, Claudia: *Le misure contro la violenza intra-familiare: aspetti giuridici e sociologici* (texto disponible en Internet www.altrodiritto.unifi.it/minori). Jurisprudencia en www.lexfor.it.

Como conclusión de este grupo de países no homogéneo, parece que en Portugal no hay sustracción cuando aún no hay decisión sobre la patria potestad y ambos progenitores mantienen la misma, ni en la negativa a preservar el derecho de visitas del otro progenitor. Sí habrá delito cuando a uno le corresponda el derecho de visitas y al otro la plenitud del poder parental. En Holanda, desde 1934 la jurisprudencia aplica el delito cuando, después de una separación, el niño es sustraído por el progenitor no custodio. Actualmente la jurisprudencia considera también típicos los casos en que no se respeta la regulación de las visitas o la sustracción por padres con patria potestad compartida. En Italia también puede ser cometido por un progenitor con patria potestad compartida. Es típica la sustracción llevando al menor al extranjero y el incumplimiento de las visitas se castiga como desobediencia a resolución judicial. Es muy interesante la concepción italiana de los varios niveles de protección, según la cual, en supuestos de conducta abusiva el juez civil puede privar de la patria potestad al infractor, y en supuestos de conducta gravemente abusiva, entra en acción el ar-

título 574 CP, por llevar a la global sustracción del niño a la vigilancia del otro padre, haciéndose imposible la función confiada por el ordenamiento jurídico en interés del menor y de la sociedad, y ello por haber violado el común acuerdo sin acudir a las vías previstas en el Código civil o porque el padre privado de la patria potestad sustrae al menor.

7. CONCLUSIONES FINALES

1. Se ha dicho de estos delitos que son «espadas sin filo», ya que, una vez que el menor sale de su Estado originario, lograr su retorno al mismo va a depender especialmente de la posibilidad de aplicación de los convenios internacionales civiles en la materia, no suscritos por todos los países –especialmente del círculo islámico– por lo que una eficaz protección del bien jurídico, en el aspecto exterior, va a pasar por un reforzamiento del Derecho internacional. Y es que existe una gran preocupación por la salida de menores a otros países, especialmente cuando pertenecen a otros ámbitos culturales.

2. En muchos países la idea que anima la regulación interna es la de arbitrariedad en la conducta del progenitor, o la de reforzamiento de las resoluciones judiciales, como medio para garantizar los derechos que están detrás de la norma penal. Especialmente indicativo es el delito de no-presentación del menor del derecho de inspiración francesa (con imposición al infractor de la obligación de hacer todo lo posible para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial), que parece mucho más eficaz y adecuado que la falta del artículo 622 de nuestro Código penal.

3. Y es que en los procesos de custodia hay que tener en cuenta el elemento dinámico. La tardanza o la falta de ejecución de las resoluciones judiciales puede modificar la completa valoración de cuál sea *ahora* el predominante interés del menor. El paso del tiempo puede convalidar retroactivamente las acciones de un progenitor que durante años haya desatendido todas las decisiones judiciales que no le hayan convenido. En esta materia hay que prevenir un distanciamiento entre el hijo y el progenitor no titular del derecho de cuidado, y garantizar la continuidad de su relación, porque es un «padre de reserva» que en cualquier momento puede ser incorporado de nuevo al derecho de cuidado.

4. En la mayoría de los países, el delito de sustracción de menores ha sufrido reformas o adaptaciones en los últimos años –debido a su dependencia de la concreta regulación del derecho civil de familia– y en muchos de ellos su régimen de persecución depende de la denuncia del titular del derecho de educación.

5. En muchos de los países estudiados no existe diferenciación entre patria potestad y custodia, si bien desde la década de los 80 se está extendiendo la idea de patria potestad compartida desde la separación o divorcio de los progenitores.

6. Es legítimo el recurso al derecho penal –pese a las matizaciones que se observan en algunos autores o informes a los que hemos hecho referencia– a la vista de los cada vez más frecuentes casos de sustracción de menores al extranjero, sobre todo en caso de padres de distinta nacionalidad, de la protección a la vida familiar reconocida en el artículo 8 de la CEDH y de que en varios países los derechos parentales

tienen protección constitucional, así como los derechos del niño al trato con ambos progenitores para garantizar un crecimiento adecuado del mismo.

7. El delito de sustracción de menores ataca el derecho de educación y de determinar la residencia del menor que tienen los padres o tutores, como forma de protección del menor.

8. La jurisprudencia alemana considera que la duración temporal de la sustracción no ha de medirse en unidades de tiempo, sino determinando si, con una valoración de todas las circunstancias del caso concreto, el niño fue expuesto a un peligro al no poder ejercer los legitimados el derecho a educarlo y protegerlo, en lo que va a influir ante todo la edad del menor.

9. Sobre las relaciones entre la sustracción y el secuestro, cuando los hechos los comete un progenitor, es destacable la jurisprudencia suiza que afirma hay que tener en cuenta todas las circunstancias, y las finalidades y propósitos del autor. Si el autor tiene su posición de poder ya por otras circunstancias (por ejemplo porque tiene parte en la patria potestad), o si la posición previa de poder no se ve sustancialmente reforzada, no puede haber secuestro. Siempre que sea compatible con el interés y el bienestar de los menores y éstos hayan recibido un buen trato.

10. Para concluir citamos la concepción italiana de los varios niveles de protección, según la cual, en supuestos de conducta abusiva, el juez civil puede privar de la patria potestad al infractor, y en supuestos de conducta gravemente abusiva, por llevar a la global sustracción del niño a la vigilancia del otro padre, haciéndose imposible la función confiada por el ordenamiento jurídico en interés del menor y de la sociedad, entra en acción el Derecho penal y ello por haber violado el común acuerdo sin acudir a las vías previstas en el Código civil o porque el padre privado de la patria potestad sustrae al menor.