



N/Ref. 24/21-26

**ASUNTO. Consulta sobre aplicación imposición de la pena de prohibición de aproximación en otros delitos contra los deberes familiares.**

Con ocasión de la consulta realizada por la Ilma. Sra. Fiscal Delegada para la sección contra la violencia sobre la mujer de Jaén, en fecha 21 de diciembre de 2021 se emitió el siguiente **DICTAMEN**:

El art. 57 CP en la redacción actual dada por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, incluye entre los delitos respecto de los cuales se podrá o deberá imponer la pena de prohibición de aproximación, los delitos contra las relaciones familiares.

Efectivamente en el TÍTULO XII del Código Penal sobre Delitos contra las relaciones familiares, se incluyen en diferentes capítulos: los matrimonios ilegales (Cap.I), la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (Cap. II) y los delitos contra los derechos y deberes familiares (Cap. III), y entre estos últimos, en tres secciones diferentes, se regulan los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio, el delito de sustracción de menores y los delitos de abandono de familia, menores o personas con discapacidad (entre los cuales está el de impago de pensiones del art. 225), por lo que la pena de alejamiento es aplicable a dichos delitos sin excepción de conformidad con los párrafos 1 y 2 del art. 57 CP, de manera que, deberá imponerse en todo caso si el delito se ha cometido contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados y por tanto también en los casos de sustracción de menores.

Si examinamos el Preámbulo de la LO 8/2021, que nada dice de la modificación llevada a cabo en el art. 57 CP en relación con la sustracción de menores, sí que hace diversas consideraciones en relación con otras reformas y así, en concreto, en cuanto a la nueva redacción del art. 154 CC, dice *“a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de*



*la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. ... Ese cambio completa la vigente redacción del artículo 158 del Código Civil, que contempla como medidas de protección «Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor». En consecuencia “[s]e modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias”.*

Con la nueva regulación del delito de sustracción de menores, el autor/a puede serlo tanto el/la progenitor/a custodio/a como el no custodio, o una tercera persona.

El problema que se plantea ya se tuvo en cuenta a la hora de emitir el anterior dictamen en cuanto a la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en el delito de impago de pensiones, y también tuvimos en cuenta la incidencia que esto puede tener cuando la sustracción se lleva a cabo por la madre en un contexto de violencia de género.

De hecho, sabemos que, de conformidad con el análisis estadístico global de la Conferencia de la Haya de 2015, el 73% de los sustractores son las madres; los padres constituyen el 24% de los sustractores (el restante 3% corresponde a otros familiares, abuelos o bien terceros), que cuando la sustractora es la madre, en el 91% de los casos, es la cuidadora principal del menor o menores. También sabemos que cuando la sustracción obedece a dinámicas de violencia de género el autor puede ser tanto el padre como la madre y, así, podemos encontrarnos en situaciones en las que la sustracción sea cometida por el padre para infligir un daño a la madre que se verá privada de los hijos o hijas, daño que se refuerza en muchos casos por la angustia de la ocultación del paradero y del estado del/la menor; y en otros casos, la sustracción la lleva a cabo la madre como huida de una situación de maltrato, como una vía de escape con la finalidad de protegerse ella y de proteger a sus hijas e hijos. La imposición de la pena de alejamiento es imperativa en uno y otro caso y no procede hacer distinciones que no hace la ley.

Otra cosa es la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los procedimientos – penales o civiles- que se incoen por sustracción de menores



de conformidad con el art. 49 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), que se atiende específicamente a las necesidades de los menores (art. 13) y que en su tramitación y resolución se tengan en cuenta los incidentes de violencia (art. 31) pues, sin duda en uno u otro procedimiento (civil o penal), la decisión que se adopte está íntimamente relacionada con la determinación de la custodia. Además, y toda vez que la resolución va a afectar directamente al menor, este deberá ser oído de conformidad con el art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño, 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* y 11 de la LO 8/2021.

Esta perspectiva está siendo analizada en la Conferencia de la Haya a los efectos de valorar los incidentes de violencia doméstica y de género en los procedimientos de sustracción internacional. Así, en la Guía sobre el art. 13.1 b del Convenio de la Haya de 1980<sup>1</sup> se dice expresamente que,

*“Las alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas.*

*El padre o madre sustractor puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño.*

*También puede alegarse que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor<sup>70</sup>.*

*En algunos casos, el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el padre o madre sustractor a manos del padre o madre privado del niño tras la restitución<sup>71</sup>, incluso cuando dicho daño pueda perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.*

*El enfoque específico del análisis de grave riesgo en estas instancias es el efecto que la violencia doméstica produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste. Las pruebas de que existe una situación de violencia doméstica por sí solas no son suficientes para demostrar que existe un grave riesgo para el niño.*

<sup>1</sup> Art. 13 Convenio de la Haya 1980:

No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

o

**b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.**

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.



*Quando se demuestra “que existen circunstancias que involucran violencia doméstica que podrían llegar a convertirse en un grave riesgo para el niño, los tribunales deben tener en consideración la disponibilidad, idoneidad y efectividad de medidas necesarias para proteger al niño del grave riesgo. Por ejemplo, los tribunales han ordenado la restitución del niño en casos en los que había tanto protección jurídica, como servicios policiales y sociales disponibles en el Estado de residencia habitual del niño para asistir a las víctimas de violencia doméstica. Sin embargo, en algunas ocasiones, los tribunales pueden considerar que dicha protección jurídica y tales servicios no bastan para proteger al niño del grave riesgo, por ejemplo, cuando el padre o madre privado del niño ha infringido las órdenes de protección en reiteradas oportunidades, ya que podría exponer al niño a un grave riesgo de daño físico o psíquico, o bien dependiendo de cuan vulnerable sea ese niño desde el punto de vista psíquico”.*

La necesidad de valorar los incidentes de violencia también ha sido tenida en cuenta en algunas ocasiones por el TEDH, en concreto, en la STEDH Gran Sala caso Neulinger y Shuruk vs. Suiza, en la que, haciendo alusión a las dificultades a la hora de aplicar el Convenio de la Haya en los casos en que existe violencia doméstica o de género, dijo que el interés del menor debe ser examinado a la luz de las circunstancias concretas y debe prevalecer “sobre consideraciones generales como la evitación de las sustracciones de menores”. En algunas ocasiones los tribunales nacionales han tenido en cuenta los incidentes de violencia de género y/o doméstica para acordar la no restitución de los menores<sup>2</sup> y también se valoraron por ejemplo en la SAP de Barcelona, Secc. 18<sup>a</sup>, 377/21 de 12 de junio<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Sentencia de la High Court de Australia de 17 de septiembre de 2003, asunto D.P. v. Commonwealth Central Authority (ref<sup>a</sup> [2001] HCA 39, (2001) 206 CLR 401 INCADAT: HC/E/AU 346); Sentencia de la High Court (Wellington) (Nueva Zelanda) de 30 de octubre de 2002 (ref<sup>a</sup>. El Sayed v Secretary for Justice [2003] 1 NZLR 349 Referencia Incadat HC/E/NZ 495), Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 5 de agosto de 2013, (caso Acosta v. Acosta, 725 F.3d 868 (8th Cir. 2013) Referencia Incadat HC/E/US 1266):

<sup>3</sup> El contexto de violencia afecta directamente al menor y está suficientemente acreditado que en Singapur estas situaciones no merecen protección especial, no solo por la declaración de la madre (dice que sufrió acoso en 2017 y una fractura en marzo de 2019; el cónsul le confirmó la desprotección en Singapur de la mujer y una psicóloga del Ministerio de Asuntos Exteriores y el cónsul le recomendó que se viniera a España y poner una denuncia al padre; el padre podía entrar en su casa y agredirla, tenía carta blanca según la ley de Singapur), sino porque hay prueba documental de incumplimiento, por parte del padre, de las órdenes de alejamiento y de falta de respuesta de las autoridades singapurenses. En poco más de 3 meses la madre presentó 10 denuncias (un promedio de una cada 9 días), de las que no consta actuación policial o judicial alguna subsiguiente. Las denuncias penales que la madre relata incluyen hechos denunciados propios de violencia doméstica (al menos la de 9 de julio de 2017, antes de la sentencia de 2018 del tribunal singapurense), pero también de incumplimiento del régimen de visitas y de enfrentamientos entre los progenitores, reflejando una situación al menos de agobio y pressing imputable al padre, si no de acoso y abuso, puestas en relación con otros medios de prueba. La madre pidió una orden de protección y el padre hizo lo propio, por causas que no han quedado probadas.

Las generales prevenciones de la legislación penal de Singapur no son suficientes ante un fenómeno victimológico como la violencia doméstica, pues no tiene en cuenta el hecho discriminatorio y la situación de inferioridad de la persona agredida (el niño y la madre). En suma, la gravedad y frecuencia de los hechos denunciados, todos ellos en el ámbito de la relación de pareja y con efecto sobre el estado psicológico del hijo, no dieron por resultado que las autoridades de Singapur protegieran a la denunciante, para ninguno de los episodios denunciados, algunos claramente agresivos y en su conjunto acreditativos prima facie de una violencia de género y doméstica, con abuso de posición de superioridad por parte del padre...el Estado de Singapur no coadyuva a la protección del menor que presencia esos hechos...No hay garantías de que estos episodios no se puedan repetir en el futuro...No está claro que el Estado de Singapur pueda controlar los excesos del padre, en protección del menor, cuyo riesgo psíquico grave queda confirmado



De lo expuesto hasta ahora debemos concluir que no podemos sustraernos a la realidad, más al contrario, conocedores de que la mayor parte de las personas que sustraen a sus hijos y e hijas son las madres que, además, son las cuidadoras y que esta conducta puede obedecer a la obligación y necesidad de protegerse y de proteger a sus hijos e hijas, lo que procede es extremar la diligencia en la investigación de estos procedimientos (art. 5 del Convenio de Estambul), que han de tramitarse, en todo caso, con respeto a los derechos humanos y con perspectiva de género, al efecto de determinar la incidencia de la violencia de género en la sustracción y dar la respuesta jurídica que sea la más justa y adecuada con aplicación, en su caso, de las circunstancias eximentes, completas o incompletas que devengan aplicables.

Teresa Peramato Martín

Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer.