

# EVALUACIÓN PSICOLÓGICA Y LEGISLACIÓN INTERNACIONAL: LOS TRASLADOS TRANSFRONTERIZOS Y SUSTRACCIÓN DE MENORES

## PSYCHOLOGICAL ASSESSMENT AND INTERNATIONAL LAW: CROSS-BORDER RELOCATIONS AND ABDUCTION OF CHILDREN

Carles Rodríguez Domínguez<sup>1</sup>, Adolfo Jarne Esparcia<sup>2</sup> y Xavier Carbonell<sup>1</sup>

<sup>1</sup>FPCEE Blanquerna. <sup>2</sup>Universidad de Barcelona

La globalización ha producido un nuevo orden mundial de profundas transformaciones socio- económicas que han propiciado vertiginosos cambios sin precedentes en la historia y, que junto a la revolución de la mujer, han aglutinado nuevos desafíos para el modelo de familia y sociedad. Los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad ha incrementado ostensiblemente el número de traslados internacionales de menores –con o sin sustracción–, afectando tanto a la toma de decisiones judiciales sobre la guarda y custodia, como a las evaluaciones psicológicas forenses. El objetivo de este artículo es hacer una reflexión que ayude a profundizar sobre la tarea pericial del psicólogo forense en casos de traslados o sustracción de menores internacionales; para ello es necesario conocer entre otras cuestiones el marco legislativo actual.

**Palabras clave:** Evaluación custodia de menores, Divorcio ad litem, Traslados internacionales, Sustracción de menores.

Globalisation has produced a new world order of profound socio-economic transformations that have caused dramatic changes, unprecedented in history, and together with the women's revolution they have introduced new challenges for the model of family and society. Divorce between spouses of different nationalities has significantly increased the number of international relocations of children - with or without abduction-, affecting both the judicial decision-making regarding the care and custody, as well as the forensic psychological evaluations. The objective of this article is to reflect upon the task of the expert forensic psychologist in cases of international transfers or child abduction that will help to deepen our understanding of these cases, for which it is necessary to understand the current legislative framework, among other issues.

**Key words:** Child custody evaluation, Divorce ad litem, International relocations, Child abduction.

La globalización ha inducido un nuevo orden económico mundial. Estas transformaciones financieras y sociales han provocado cambios sin precedentes en la historia. Las nuevas tecnologías han modelado valores que afectan a la identidad individual y a la identidad cultural (Villoro, 1998). Sabemos que el reconocimiento de la identidad implica el de la alteridad y la diferencia (Martín-Barbero, 2003). A la globalización se añade la revolución de la mujer enlazando nuevos desafíos con la liberalización de modelo de la familia tradicional y la sociedad (Villoro, 1998), los movimientos migratorios y los matrimonios mixtos (Peñafort y Arbulo, 2002). Por ello, algunos autores han manifestado inquietud sobre algunas medidas internacionales porque cuestionan el paradigma contemporáneo de la coparentalidad cooperativa y complementaria entre progenitores (Shear y Drozd, 2013). Piense el lector algunas diferencias, por ejemplo: familia binuclear o de parentesco extenso, o la multiculturalidad, o las diferencias étnicas o religiosas. Un reciente informe ha evidenciado que la sustracción parental se ha convertido en un problema mundial, entre cuyas causas destacan divorcios de matrimonios mixtos, nacio-

nalismo judicial, abuso de los derechos de visita y el maltrato infantil, aunque existen tratados internacionales, “desde Canadá hasta Argentina hay 3.384.000 infantes sustraídos internacionalmente” (Unicef, 2013).

Un estudio (Finkelhor, Hotaling, y Sedlak, 1991), basado en los resultados de una encuesta nacional en EEUU, de 10.544 familias en que 20.505 menores estaban involucrados como parte del Estudio Nacional de Incidencia de Desaparecidos, Secuestrados, Fugados y menores Extraviados, estimó que aproximadamente 354.100 menores fueron arrebatados por un miembro de su propia familia. En otros estudios se observaron que un porcentaje mayoritario de sustracciones de menores fueron realizados por el progenitor no custodio que, tenía menos relación con el menor que el titular de la custodia, cuyo derecho fue infringido mediante sustracción internacional (Blanco, 2008).

La magistrada del Consejo General del Poder Judicial, González Vicente (2007), indica algunas circunstancias relevantes:

- a) Progresivo aumento del número de traslados o retenciones ilícitas de menores, no sólo en España sino en todos los países en general.
- b) Incremento de las crisis familiares, con carácter generalizado.
- c) Dificultades para lograr la devolución de los menores,

Correspondencia: Carles Rodríguez-Domínguez. C. FPCEE Blanquerna. Universidad Ramón Llull. C/ Císter, 34. 08013 Barcelona. España. E-mail: carlesrd@blanquerna.url.edu



en especial del cumplimiento de las resoluciones que lo acuerda.

d) El ámbito tan sensible al que afecta, los menores.

En España, según el INE (2013), se produjeron 103.854 divorcios en 2012, de los que un 11,5% fueron entre cónyuges de diferente nacionalidad (Tabla 1). Un 58,37% de los divorcios fueron entre cónyuges españoles/las y americanos/as, seguido del 18,25% de españoles/las y africanos/as. Otro estudio verificó que, en el período 2007-2011, los matrimonios mixtos con menores casi doblaron la proporción de disoluciones en los cinco primeros años de matrimonio frente a los matrimonios en que ambos cónyuges son españoles con menores (Dominguez, 2014).

El Interés Superior del Menor (ISM) posee rango de supremacía y de norma (Del Niño, 1990). Es un concepto indeterminado que se concretará en cada caso particular. En Derecho, los actos de aplicación son indeterminados *ab initio* puesto que la indeterminación está evidenciada en la experiencia condicionante, es decir, en el tránsito de la regla general, el ISM, a la decisión particular del caso concreto (Kelsen, 2005). La posibilidad de exclusión de un progenitor en relación a la coparentalidad puede llevar a dicho progenitor a posicionarse en creencias o concepciones del bien que pueden diferir según las culturas, épocas, regímenes políticos o por distintas concepciones morales o religiosas, llegando a infringir los derechos de los menores (Lucero-Montaño, 2008).

Los derechos fundamentales de la persona están por encima de aquéllos otros relativos al interés familiar (de Torres, 2011), y los del menor prevalecen en caso de conflicto, debido a la preeminencia sancionada legalmente en la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989, de los derechos del niño y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (ONU, 1989) para garantizar al menor el derecho a no ser separado de los padres; a la reunificación familiar; al derecho de visita independientemente del país donde resida; a no ser trasladado ilícitamente al extranjero; a las obligaciones de la coparentalidad de los progenitores, o ante la carencia de relaciones familiares a la protección estatal o a la adopción (Conani, 2012).

En las últimas décadas la sociedad ha solicitado a los psicólogos una importante demanda de evaluaciones de la custodia de menores (ECM). Por ello, una de las exigencias de las guías directrices forenses para emitir informes periciales psicológicos (IPP) hace referencia al mantenimiento de la competencia profesional y la actualización científica permanente de las ECM, tanto en

la vertiente psicológica como en la jurídica (APA, 2012 a; APA, 2012 b). El psicólogo forense, para realizar una evaluación de la custodia de menores internacional (ECMI), ya sea por traslado o sustracción internacionales, a causa de un divorcio entre cónyuges de diferente nacionalidad, debería conocer la legislación y poder diferenciar la forma de elaborar su informe respecto a la forma de procesar las ECM nacionales. Se han subrayado factores adicionales en la ECMI, puesto que las leyes del país extranjero, las prácticas judiciales, el sistema educativo y la condición política crean un clima que puede ser favorable u hostil al ISM; al *ius visitandi* del menor con el progenitor no custodio, y a las intenciones del Tribunal que emita las órdenes de custodia originales. Aspectos que requerirán al evaluador mayor rigor y análisis sobre la coparentalidad y los motivos de la propuesta de régimen de visitas y traslados con el progenitor no custodio (Warshak, 2013). Cuando los padres del menor residen en diferentes países, existen complejos retos sinérgicos relacionados con el lugar, la cultura, la distancia y la competencia que obligan a profundizar en la ECMI, en que frecuentemente se han omitido elementos vitales de la historia futura del menor que no pueden ser valorados de la misma forma en un traslado internacional que en una ECM habitual (Shear y Drozd, 2013).

TABLA 1  
DIVORCIOS SEGÚN NACIONALIDAD DE LOS  
CÓNYUGES EN 2012

Nacionalidad del esposo	Nacionalidad de la esposa	Unidades en valores absolutos	Valores absolutos acumulados
Española	Resto de la U.E.E.	813	
Española	Otros países de Europa	160	973
Española	Asiática	133	1106
Española	Oceanía	10	1116
Española	Africana	480	1596
Española	Americana	3689	5285
Resto de la U. E. E.	Española	827	6112
Otros países de Europa	Española	135	6247
Asiática	Española	322	6569
Oceanía	Española	16	6585
Africana	Española	1407	7992
Americana	Española	2345	10337

Nota: Fuente: INE 2013



Diversos estudios señalaron la importancia de mejorar las ECMI mediante el conocimiento procedente de la revisión y análisis de casos (A. F. C. C., 2011; Austin, Kirkpatrick, y Flens, 2011; Kaufman y Lee, 2001; Kaufman y Pickar, 2013).

Un objetivo del presente estudio es dar a conocer los aspectos legislativos relacionados con los convenios internacionales; exponer algunos casos de traslados internacionales; exponer un caso que revela serias discrepancias entre Estados sobre sustracción internacional de menores; y se reflexiona sobre algunas diferencias entre la ECM y la ECMI para ayudar a orientar al psicólogo forense que quiera profundizar en las evaluaciones internacionales.

La selección de estos casos proceden de una muestra de 111 expedientes judiciales de divorcios contenciosos, en los que se estudiaron los informes psicológicos periciales y las sentencias judiciales presentados ante los Juzgados de Familia nº 15, 16, 17, 18, 19, 45 y 51 de la ciudad de Barcelona, entre enero de 2007 y diciembre de 2013 (Rodríguez-Domínguez, Jarne y Carbonell, 2015a; 2015b; 2015c, en proceso de publicación). El estudio fue evaluado por el Comité de Ética de la Universidad Ramón Llull y autorizado por los Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia. Los casos (1-4), que pertenecen al estudio, son meramente ilustrativos de una compleja realidad, pero se advierte al lector, que no es posible una extrapolación general.

## LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Muchos países, conscientes de los Derechos de la infancia, han legislado acuerdos internacionales para tratar de proteger, regular y luchar contra la sustracción internacional de menores, que consiste en el traslado de un menor de un Estado a otro, a través de fronteras, vulnerando o impidiendo el ejercicio de los derechos de custodia y/o visita (Sabido, 2004).

Entre los Derechos del niño, la ONU (1989) recoge en su Art. 11:

1. *Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.*
2. *Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.*

## EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (CH, 1980)

En las cuatro últimas décadas se han producido numerosas infracciones por causa de sustracción internacional de menores que condujeron a que 75 Estados miembros firmaran el CH 1980. España es miembro desde 1987.

Hay otros 68 Estados que no son miembros del CH 1980, aunque han firmado, ratificado o se han adherido a uno o varios Convenios de la Haya.

En el preámbulo del CH 1980, se señala:

*Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,*

*Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,...*

Por consiguiente, la principal finalidad del CH 1980 es el mantenimiento del *status quo* anterior a la sustracción, puesto que prioriza la restitución del menor en su art. 1 a) y el mantenimiento de la vigencia y eficacia de los derechos de custodia o visita previamente establecidos en su art. 1 b). La restitución simplemente significa volver a la situación anterior sin necesidad, *a priori*, de cuestionar a quién corresponde el derecho de custodia; no obstante, si se considerara necesario plantear un ulterior proceso sobre el fondo se intentaría garantizar, a través de la restitución, que sean los tribunales de residencia habitual anterior los que vayan a conocer de la custodia (Blanco, 2008).

El CH 1980 delimita su ámbito de aplicación a los traslados ilícitos de menores residentes en un Estado parte, del CH 1980, a otro Estado también parte. Por traslado ilícito se entiende el desplazamiento de una persona, menor de dieciséis años, vulnerando el derecho de custodia otorgado, bien por resolución judicial dictada en el Estado parte y ejecutoria de dicho Estado con anterioridad al traslado o después de que éste se haya producido, bien por acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado, tal como indica el art. 3 del CH 1980. Exigiéndose, además en el art. 3 b), que se estuviera ejerciendo de manera efectiva el derecho de custodia en el momento del traslado o que tal derecho no se pudo ejercer como consecuencia del traslado. Conforme al art. 8.3 del CH 1980 se considerará traslado ilícito el supuesto en que el menor, tras finalizar el período de ejercicio del derecho de visita u otra estancia temporal en un Estado distinto de aquel donde tiene su residencia habitual, no regrese a este último. El CH 1980 se limita a regular la acción directa de restitución como herramienta para legitimar la tutela del ISM y la intervención efectiva del derecho de custodia (Sabido, 2004). Aunque deben concurrir algunas características previstas en el CH 1980: a) la temporalidad: en el transcurso de un año, la restitución del menor será in-



mediata toda vez que la custodia fuese desempeñada de forma efectiva y que el menor no estuviese en grave riesgo físico o psíquico; b) en el supuesto de que hubiere transcurrido más de un año desde la retención ilícita, la restitución se produciría si no se hubiera integrado a la nueva residencia habitual, con idénticas exigencias del supuesto anterior; c) el art. 11 plantea a los Estados contratantes la actuación, con carácter de urgencia en los procedimientos para la restitución de menores, un plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos (Sabido, 2004).

El art. 13 del CH 1980, indica que:

*La autoridad judicial 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 del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia o traslado 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 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.*

Jurídicamente hay, pues, tres opciones para hacer frente a los supuestos de sustracción internacional: a) en el Estado al que ha sido trasladado el menor, solicitar el reconocimiento y ejecución de la resolución del derecho de custodia y régimen de visitas que fue dictado por la autoridad del Estado donde residía el menor con anterioridad al traslado; b) solicitar directamente la restitución del menor ante la autoridad competente del Estado en que se encuentra el menor con posterioridad al traslado; y c) iniciar un procedimiento sobre medidas de protección de menores en el Estado al que ha sido trasladado.

En España, el Reglamento 2201/03 que complementa el CH 1980 (véase Tabla 2), tiene por objeto la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, de una parte y, de otra parte, la responsabilidad parental (Sabido, 2004).

## CASOS DE TRASLADOS INTERNACIONALES

### Caso nº 1

Un matrimonio entre una mexicana y un español con un hijo de 13 años, residieron en España durante 16 años.

Al trasladarse a México en 2004, el marido no se adaptó al cambio y se separaron. La madre obtuvo la guarda y custodia y decidió quedarse con su hijo en su país. El padre no retornó al menor durante un viaje de regreso a España. La madre interpuso demanda por sustracción. La ECMI manifestó que el menor padecía un trastorno de ansiedad y un conflicto de lealtades al no haber sido adecuadamente protegido del conflicto conyugal. El Tribunal español acordó la restitución, por sustracción ilícita, del menor a México conforme al CH 1980, desestimando el

**TABLA 2**  
**RESTITUCIÓN DEL MENOR**

Principales normas del CH 1980	Principales normas del Reglamento
<p><b>Artículo 12:</b> El órgano jurisdiccional del Estado miembro al que se ha trasladado al menor ordenará en principio la restitución inmediata del menor si ha transcurrido un período inferior a un año desde que se produjo la sustracción</p> <p><b>Letra b del apartado 1 del artículo 13:</b> El órgano jurisdiccional no está obligado a ordenar la restitución si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.</p> <p><b>Apartado 2 del artículo 13:</b> El órgano jurisdiccional no está obligado a ordenar la restitución del menor si éste se opone y ha alcanzado una cierta edad y madurez.</p> <p>(Ninguna disposición)</p> <p><b>Artículo 11:</b> Las autoridades judiciales actuarán con urgencia en la restitución de los menores. Si la autoridad judicial no hubiera llegado a una resolución en el plazo de 6 semanas se podrá pedir una declaración sobre la demora.</p>	<p><b>Artículo 11 (2 a 5):</b> El Reglamento confirma y refuerza este principio</p> <p><b>Apartado 4 del artículo 11:</b> El órgano jurisdiccional deberá ordenar la restitución del menor incluso si pusiera al menor en peligro, si se demuestra que las autoridades del Estado miembro de origen garantizan su protección tras la restitución.</p> <p><b>Apartado 2 del artículo 11:</b> El órgano jurisdiccional velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.</p> <p><b>Apartado 5 del artículo 11:</b> Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor en que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.</p> <p><b>Artículo 11(3):</b> El órgano jurisdiccional utilizará los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. El órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.</p>
<p><small>Nota: Las normas del Reglamento (Apartados 2 a 5 del art. 11) prevalecen sobre las respectivas normas del Convenio. Fuente: Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II (CE) 2201/2003. Servicios de la Comisión en Consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. (Adaptado Rodríguez-Domínguez et al.)</small></p>	



recurso del padre. La ECMI propuso hallar medidas adecuadas a las necesidades del menor, a la disminución del conflicto e intentar lograr acuerdos mutuos, sugerencias estimadas en la sentencia. Si la madre regresase a España le correspondería la Guarda y Custodia y el régimen de visitas al padre. Si permaneciese en México la Guarda y Custodia sería atribuida al padre y el régimen de visitas para la madre. Se suprimió una orden de restricción del régimen de contactos entre el progenitor y el menor en el punto de encuentro supervisado, cambiando al punto de encuentro en el consulado mexicano, estableciéndose un sistema de video conferencias webcam. Observamos cómo la tarea de la ECMI puede ir más allá de la propia evaluación y tratar de ayudar a la reducción del conflicto crónico entre los progenitores –que duraba más de cinco años. En casos con potencial de secuestro, los jueces deben equilibrar el riesgo de restringir indebidamente las relaciones del menor con un progenitor contra el riesgo de que el secuestro prive al menor de su relación con el otro progenitor. Los obstáculos para la recuperación de menores en el extranjero pueden ser muy elevados, a veces incluso insuperables. En tales situaciones, los encargados de tomar las decisiones deben ser cautelosos y estar muy bien informados sobre esta realidad (Shear y Shear, 2013).

### Caso nº 2

Matrimonio entre española y gabonés con una hija de 9 años. Residieron en Libreville hasta 2006. Diferencias socioculturales, desconocimiento del idioma, de normas y hábitos de la cultura árabe, junto al sentimiento de soledad, llevaron a la madre a decidir regresar a España con su hija. Vinieron a residir en una ciudad costera y el padre a otra ciudad donde instaló un negocio internacional por el cual viajaba frecuentemente entre ambos Estados. En el divorcio contencioso se realizó una ECMI, donde se exploraron varias cuestiones, entre las que se destacó que la menor contaba con raíces que la vinculaban a dos culturas diferenciadas, que la menor tenía el derecho y la necesidad, para la adecuada configuración de su identidad, de poder recibir ambas en el marco de la mayor coherencia educativa posible. Inicialmente el régimen de visitas entre el progenitor no custodio –el padre– y la menor se articuló en el “punto de encuentro supervisado” en prevención de un posible raptó, temor que tenía la madre, y por cautelas, dada la posibilidad de ablación. Descartadas estas cuestiones, la sentencia de modificación de medidas previas mantuvo la atribución de la custodia a la madre, levantó la prohibición del demandado de salir del país con su hija y permitió la ampliación del régimen de contactos de la menor con el

progenitor no custodio. Aspectos que contribuyeron a disminuir la tensión del conflicto y a tratar de alcanzar acuerdos más favorables.

### Caso nº 3

Matrimonio entre una panameña y un español con tres hijas de 11, 9 y 7 años. Coincidiendo con el inicio de la crisis económica, se produjo el divorcio y la madre fue a residir a otra ciudad española para trabajar, teniendo que viajar las menores para poder visitar al otro progenitor. En este contexto, la madre deseaba marcharse a Panamá, con posibilidades de abrir un negocio, a lo que el padre se negaba razonando que en dicho país había inseguridad social, que era inadecuado para el desarrollo de las menores, que era una estrategia de la madre para alejar las menores del padre. En las interlocutorias de medidas cautelares anteriores se prohibió la salida de las menores del territorio nacional sin autorización paterna o judicial. La ECMI se enfocó a la parentalidad y al proceso de adaptación al cambio y a aclarar las dudas sobre el impacto del cambio, se escuchó a las menores, a su deseo de conocer el país de origen materno. Se valoró que en la coparentalidad no se había preservado adecuadamente a las menores del conflicto parental generando en ellas un conflicto de lealtades. La sentencia dejó sin efecto la prohibición de salida acordada anteriormente. Planteó la división de la vivienda en común de ambos progenitores. Reguló la posibilidad de que el progenitor no custodio viajase a Panamá y de las hijas a la inversa en períodos de vacaciones escolares. Reguló los contactos con el padre mediante web-cam. Asimismo, cualquier cambio de domicilio o de centro escolar debería ser comunicado por la madre al padre fehacientemente.

### Caso nº 4

Una madre de nacionalidad cubana, residente en España casada con un español, con un hijo menor de 3 años, presentó una demanda de divorcio solicitando la custodia exclusiva y traslado con el menor a Noruega donde tenía familia. El demandado se opuso a la demanda y solicitó la custodia compartida. En las medidas cautelares, se estableció la prohibición de sacar al menor del país sin autorización judicial. Existían denuncias interpuestas por violencia de género o violencia machista. La ECMI se mostró favorable a la conveniencia de la custodia exclusiva a la madre bajo el razonamiento de que la actitud del demandado no era empática con las necesidades del menor, que tenía a la madre como adulto de referencia y principal cuidador, que carecía de aptitudes necesarias por falta de habilidades parentales y



una actitud que no preservaba la figura materna. Propuso mediación familiar y un régimen de visitas progresivo para reforzar o afianzar el vínculo paterno-filial. La sentencia razonó la custodia exclusiva para la madre, autorizando el traslado de la madre y el hijo a Noruega. Argumentando, no obstante, el *ius visitandi* derivado del derecho de relación con los padres, recogido en art. 160 CC, como “El derecho de visita” regulado en el art. 94 del propio cuerpo legal, que no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado, evocado por el Tribunal de este caso, en referencia a la SAPB 190/09.

## CASO QUE EVIDENCIA DISCREPANCIAS Y DIFICULTADES JURÍDICAS INTERNACIONALES

### Caso nº 5

Lamentablemente, hay casos internacionales con serios problemas por causa de diferentes sentencias decretadas en ambos países (Pozzi, 2009). Una abogada española que se casó en 1999 con un estadounidense, ambos cónyuges se separaron e interpusieron una demanda de nulidad matrimonial en 2004, ella en España y él en ambos países. Al intentar renovar su pasaporte en 2005, la madre fue informada sobre una denuncia interpuesta por el padre, por supuesto secuestro de su hija. El padre vino a España para denunciar a la madre, sin que el juzgado competente en Valencia le diese la razón, por cuanto la madre continuó ostentando la custodia de la menor. En España, no cabía considerar el secuestro de la menor; incluso conforme al régimen de contactos establecido el padre podía visitar a su hija. El padre apeló la resolución, pero la Audiencia Provincial ratificó la sentencia (SAP 199, 2007) y posteriormente la Sala 2ª del Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo al actor (TC 6375, 2007). Para demostrar tales hechos ante la autoridad americana, la madre viajó a EEUU; ya en New Jersey, el Juez retiró el pasaporte a la madre y le exigió entregar la menor que estaba en España, cosa que la madre no podía cumplir porque el pasaporte de la hija lo retenía las autoridades españolas hasta la mayoría de edad de la menor. La madre fue encarcelada y condenada desde 2006 a 14 años, por Desacato a la Autoridad y Secuestro.

## DISCUSIÓN

Los casos de sustracción de menores transfronterizos acostumbran a involucrar elevados niveles de estrés entre las partes. El progenitor, desfavorecido y lesionado

por la pérdida brusca, puede desconfiar de no volver a ver a su hijo, en tanto que el progenitor sustractor, al vislumbrar la transcendencia de su acción ilegal, puede temer las acciones legales, la ineludible restitución y un factible impacto perjudicial sobre el proceso de custodia.

En el divorcio contencioso, a nivel preventivo, el evaluador puede generar un informe provisional de urgencia que analice los factores de riesgo y las posibles repercusiones lesivas para el menor, cuando haya sospechas fundadas de la posibilidad de la sustracción o traslado ilícito del menor, a fin de que el Tribunal determine las medidas cautelares previas. Analizar, asimismo, los factores de protección y conducta en relación a la coparentalidad.

Son necesarios estudios que revelen los posibles perfiles de los sustractores. Una diferencia de la ECMI respecto de la ECM es que los plazos imprimen la necesidad de realizar el informe en un plazo inferior a las seis semanas, si se ha de aportar al Tribunal un informe en el cual se indiquen riesgos en la restitución del menor al país de origen, conforme al apartado 1, del art. 13 del CH 1980. La ECMI deberá tener en cuenta la existencia de graves riesgos para el menor que pueden existir en dos situaciones: a) el retorno pone al menor en peligro inminente, como devolver el niño a una zona de guerra, hambruna, o enfermedades, y b) el retorno conlleva malos tratos o abandono del menor, y que el país de retorno sea incapaz de protegerle adecuadamente. El grave riesgo de daño sólo se establece si se prueba que el menor que pueda sufrir ‘graves abusos’ al ser devuelto (Melcher, 2013); y resulta aquí, especialmente adecuada, la evaluación forense.

Uno de los requisitos recogidos en la aplicación del Reglamento (CE 2201, 2003), relativo a la audiencia del menor, arts. 23, 41, 42, reside en la importancia de que los menores puedan manifestar su opinión en los procesos que los afecten, pero no es necesario que éste exprese su opinión ante la jurisdicción, sino que puede ser designado por la autoridad competente la posibilidad de que sea un especialista en ECMI quien escuche al menor. Además, el menor puede oponerse al retorno, puesto que ha de ser escuchado según el apartado 2º del art. 13, y el informe psicológico deberá evaluarlo adecuadamente en función de la edad y determinar el grado de madurez.

La ECMI, basada en el ISM, debe recomendar las medidas adecuadas a las necesidades del menor, tratar de contribuir a la disminución del conflicto y tratar de lograr acuerdos mutuos. Analizar, en la medida de lo posible, el potencial de sustracción por parte de uno de los progenitores; y analizar la recomendación de res-



tricción o ampliación de las relaciones de un progenitor con el menor.

La ECMI debería contemplar la exploración sobre la situación psicosocial del menor; su nivel de adaptación al cambio e integración; su raigambre en ambas culturas; así como la configuración adecuada de la identidad del menor; conocimientos del idioma de ambos países; su relación con ambos progenitores y si ésta puede, en alguna medida, resultar perjudicial o no para el menor.

En la determinación de riesgos para el menor, conviene que el psicólogo se informe sobre leyes y procedimientos del país extranjero, y si forma parte del CH 1980, si hay antecedentes de información fiable y segura en cuanto al reconocimiento y cumplimiento de las órdenes de custodia emitidas por el Tribunal, que serán respetadas y aplicadas en el país extranjero. Los evaluadores deben requerir a los abogados pruebas suficientes que permitan considerar tales cuestiones. El hecho de que el país extranjero sea un estado signatario del CH 1980 no establece automáticamente que el país reconocerá y aplicará una orden custodia. El sistema jurídico de un país extranjero puede operar de forma diferente en su sistema. Determinar si el país de destino es parte del CH 1980 es sólo un primer paso. La Convención es un tratado internacional, pero diferentes países varían mucho en su aplicación. Países como el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda suelen devolver los menores rápida y eficazmente; otros mucho más lentamente, como el caso de México, Costa Rica y Guatemala (Morley, 2013); y otros no cumplen el convenio, como es el caso de Bahamas (Unicef, 2013).

De acuerdo a la evidencia de los datos estadísticos (Conani, 2012; Domínguez, 2014; Unicef, 2013), es muy probable que en los próximos años los psicólogos forenses reciban un incremento de demandas de ECMI, por lo que recomendamos, tal como se recoge en las directrices (APA, 2012a; APA, 2012b), abrir espacios de formación y reflexión en esta área relacionada con los derechos de los menores.

## AGRADECIMIENTOS

Al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y a los Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia, nº 15, 16, 17, 18, 19, 45 y 51 de la ciudad de Barcelona que autorizaron y facilitaron el estudio.

## REFERENCIAS

American Psychological Association. (2012a). Guidelines for Psychological Evaluations in Child Protection Matters. Washington: *American Psychological Association*. 68 (1), 20-31. doi:10.1037/a0029891.

American Psychological Association. (2012b). Specialty guidelines for forensic psychology. *American Psychologist*, 68(1), 7-9. doi: 10.1037/a0029889.

Association of Family and Conciliation Courts (AFCC), Child Custody Consultant Task Force. (2011). Mental Health consultants and child custody evaluations: A discussion paper. *Family Court Review*, 49(4), 723-736. doi: 10.1111/j.1744-1617.2011.01409x.

Austin, W.G., Kirkpatrick, H.D., y Flens, J.R. (2011). The emerging forensic role for work product review and case analysis in child access and parenting plan disputes. *Family Court Review*, 49(4), 737-749. doi:10.1111/j.1744-1617.2011.01410x.

Blanco, P. J. (2008). *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Madrid: Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales.

De Torres, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *Indret*. 4,1-61. Recuperado el 14 de Junio de 2013, de [http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf).

Domínguez, J. A. (2014). La ruptura de matrimonios entre españoles y extranjeros con menores. Una estadística comparada. *Papers*, 99(2), 213-234. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.593>.

Finkelhor, D., Hotaling, G., y Sedlak, A. (1991). Children abducted by family members: A national household survey of incidence and episode characteristics. *Journal of Marriage and the Family*, 53, 805-817.

González, P. (2007). La sustracción internacional de menores y su nueva regulación. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 11, 67-124. Recuperado de <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/1/868/RJ11-07-P.Gonzalez,0.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8> el 15-07-2014.

Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Estadística de nulidades, separaciones u divorcios*. Madrid: INE.

Kaufman, R. L., y Lee, S. M. (2011). Introduction to the special issues on forensic mental health consulting in family law: Part of the problem or part of the solution? *Journal of Child Custody*, 8(12), 1-4. doi: 10.1080/15379418.2011.547750.

Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho* (Décimo cuarta ed.). (R. Vernengo, Trad.). México: Porrúa.

Lucero-Montaño, A. (2008). Desafíos venideros: Luis Villoro: Los retos de la sociedad por venir. *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, (7), 38-42.

Martín-Barbero, J. (2003). Identidad, tecnicidad, alteridad. Apuntes para re-trazar el mapa nocturno de nuestras culturas. *Revista iberoamericana*, 69(2-3), 367-387.



- Melcher, C.C. (2013). The Role of the Mental Health Professional in Assessing Grave Risk of Harm Under the Hague Convention on the Civil Aspects Of Child Abduction. *Journal of Child Custody*, 10(3-4), 236-251 doi: 10.1080/15379418.2013.833453.
- Morley, J.D. (2013). The impact of foreign law on child custody determinations. *Journal of Child Custody*, 10(3-4), 209-235. doi: 10.1080/15379418.2013.833833.
- Peñafort, R., y Arbulo, B. (2002). El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: Aspectos jurídicos y psicológicos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3) 109-124.
- Pickar, D. B. y Kaufman, R. L. (2013). The Child Custody Evaluation Report: Toward an Integrated Model of Practice. *Journal of Child Custody*, 10(1), 17-53. doi: 10.1080/15379418.2013.778702.
- Pozzi, S. (2009, 24 Diciembre). EE UU condena a 14 años a Carrascosa por secuestrar a su hija. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com> el 15/03/2014.
- Rodríguez-Domínguez, C., Jarne, A. y Carbonell, X. (2015a). Informe pericial psicológico en Tribunales de Familia: Análisis de estructura y metodología. *Escritos de Psicología*. (En proceso de publicación)
- Rodríguez-Domínguez, C., Jarne, A. y Carbonell, X. (2015b). Apreciación del Informe Psicológico sobre la Custodia de Menores en Sentencias Judiciales. *Revista de Psicología Social*. (En proceso de publicación)
- Rodríguez-Domínguez, C., Jarne, A. y Carbonell, X. (2015c). Guarda y custodia de menores: Razonamientos y atribuciones de las sentencias judiciales. *Acción Psicológica*. (En proceso de publicación)
- Sabido, M. (2004). La Sustracción de Menores en Derecho Internacional Privado Español: Algunas Novedades que introduce el Reglamento 2001/03. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad De Extremadura. Vol. XXII, p. 307-320.
- Shear, L. E., y Drozd, L. M. (2013). To Speak of All Kinds of Things: Child Custody Evaluations and the Unique Characteristics of Relocation to Foreign Countries. *Journal of Child Custody*, 10 (3-4), 325-358. doi: 10.1080/15379418.2013.864937.
- Shear, L. E. y Shear K. J. C. (2013) Taking and Keeping the Children: Family Abduction Risk and Remedies in US Family Courts. *Journal of Child Custody*, 10 (3-4), 252-294. doi: 10.1080/15379418.2013.859944.
- Unicef, (2013). *Manual del Delegado* (Mayabmun 2013) Recuperado de <http://www.anahuacmayab.mx/userfiles/File/MANUAL%20UNICEF...>
- Villoro, L. (1998). *Estado plural, pluralidad de culturas* (Vol. 3) Méjico: Paidós Mexicana Editorial.
- Warshak, R. A. (2013). In a Land Far, Far Away: Assessing Children's Best Interest in International Relocation Cases. *Journal of Child Custody*, 10 (3-4), 295-324. doi: 10.1080/15379418.2013.851577.

### NORMATIVA LEGAL

- Boletín Oficial del Estado (BOE), A-1889-4763 de 24 de Julio. Código Civil.
- Boletín Oficial del Estado. A-1990-31312. (1990). De 31 de Diciembre. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- C.E. (2003). Reglamento 2201/03 del Consejo de la Unión Europea de 27 de Noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. L 338/1.
- Comisión de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (2005). Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.
- Conani, (2012). *Estadísticas sobre casos de Sustracción Internacional de Menores de edad, atendidos por CONANI, durante el período 2004.2011*. Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia Departamento de Planificación y Desarrollo. Sección Estadística. Republica Dominicana. Boletín Estadístico 3. Recuperado de <http://www.conani.gov.do/Conani/pdf/estadísticas/01.pdf>.
- Convenio de la Haya. (1980). *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, de 25-10-1980. Recuperado el 2-03-2014, de <http://www.hcch.net>.
- O. N. U. (20 / Noviembre / 1989). Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. (ONU, Ed.) S J F 144/12. (2012). Sentencia 144/2012. Juzgado de Familia nº 17, Barcelona.
- S A P V 199/07. (2007). Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección 10ª Auto 199/07 relativa a la apelación de restitución de una menor nº 759/05 del J. 1ª I. nº 9 de Valencia.
- T. C. 6337/07. (2007) Recurso de Amparo 6337-2007 de 28-02-2008 inadmitido por Tribunal Constitucional de España.

