

I.

A MODO DE PRESENTACIÓN
DEL TEMA

La sustracción de menores en el Derecho internacional: Teoría (jurídica) y práctica (española)

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ

Apoyándose en el muy destacable informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988¹, la Corte Interamericana subrayaba en su ya célebre fallo en el *caso Gelman* que los fines perseguidos con las sustracciones y apropiaciones ilícitas de menores de edad se corresponderían, entre otros, con una forma de tráfico para adopción irregular de niños y niñas; un castigo hacia sus familiares directos de una ideología percibida como contraria al régimen autoritario; o una motivación ideológica más profunda relacionada con una voluntad de trasladar por la fuerza a los hijos de los integrantes de los grupos opositores, para de esa manera evitar que los familiares de los desaparecidos se pudieran erigir en nuevos elementos opositores². Conceptos como el de “traslado” de niños/as puede traer a la memoria disposiciones angulares del ordenamiento jurídico internacional, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³; de tal suerte que reunidos, en su caso, el resto de elementos necesarios, la sustracción y traslado de menores de edad calificaría

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, 1988. En lo que aquí interesa, véase su capítulo V.

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 63.

³ “Artículo II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”. Énfasis añadido.

como un crimen de genocidio. De su lado, centrando la atención en las menciones a la ideología, también lo haría como crimen contra la humanidad si se enmarcase en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, por acudir sintéticamente a la fórmula codificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴. Finalmente, cabría asimismo referirse a las normas propias al Derecho internacional humanitario, sea en la valoración ya asentada de su potencial consideración como infracciones graves de sus disposiciones (crímenes de guerra), sea trayendo a escena a una serie de previsiones más amplias que incorporan un conjunto de obligaciones y garantías específicas sobre menores de edad tendentes, también, a evitar este tipo de hechos⁵.

Con todo, más allá del Derecho internacional penal o el Derecho internacional humanitario, seguramente es más común la referencia al Derecho internacional de los derechos humanos en este ámbito; si bien, ha de apuntarse que ello no excluye la pertinencia de otras normas más específicas que en determinados supuestos pueden ser el instrumento clave, como sería el caso del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶. Tampoco y por supues-

⁴ Véase el artículo 7.1 del Estatuto de la Corte.

⁵ Así por ejemplo, pueden verse los artículos 24, 26, 50 o 136 del IV Convenio de Ginebra de 1949; 32, 74, 75, 78, 82 del I Protocolo adicional o artículo 4 del II Protocolo.

⁶ En concreto, recuérdese la definición que al respecto se recoge en su artículo 3: “a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso

to, el abordaje preciso a partir del Derecho internacional privado de aquellos casos y problemas donde torna en herramienta básica de trabajo; como de hecho y con todo acierto se hace en esta obra.

Si dentro de nuestras actuales posibilidades y propósito nos limitamos pues a las normas de derechos humanos, las menciones podrían ser múltiples, pero la esencia podría identificarse acudiendo al tratado sectorial básico del sistema universal, esto es, la relativamente reciente Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. De hecho, la desaparición forzada de personas es la figura que en términos generales se ha utilizado para calificar jurídicamente, en el sistema internacional de derechos humanos, lo que al comienzo nombramos como sustracciones y apropiaciones ilícitas de menores de edad. Es decir, por acudir a la definición estándar y ajustarla adecuadamente se trataría de una suerte de arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad en la que de un modo u otro colaboran agentes de un Estado, seguida de la negativa a reconocerla o del ocultamiento de la suerte o el paradero del niño o niña desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. Así las cosas, si antes utilizamos una referencia del sistema interamericano, podemos ahora hacer lo propio con el europeo, recordando que ya hace más de tres décadas se afirmó tajantemente que

“... disappearances are a flagrant violation of a whole range of human rights recognised in the international instruments on the protection of human rights (Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, European Convention on Human Rights), in particular the right to life, liberty and security of persons, the right not to be subjected to torture, freedom from arbitrary arrest or detention, and the right to a fair and public trial”⁷.

Desde esta perspectiva, de todas las disposiciones de la Convención Internacional señalada, la determinante en este punto se corres-

cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

⁷ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 828 (1984), adoptada el 26 de septiembre de 1984, párr. 4.

pondería con lo que recogió su artículo 25; cuya importancia aconseja su reproducción:

“1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente: *a)* La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; *b)* La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso *a) supra*. 2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables. 3. Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños a los que hace referencia el inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo. 4. Teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada. 5. En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez”.

El análisis pormenorizado de esta previsión se realizará en otra parte de este libro, pero en lo que aquí ocupa, no cabría entender que lo recogido es así y como tal vinculante sólo a partir de esta Convención. En este sentido, por ejemplo y solamente en el sistema universal, podría recordarse el artículo 20 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

de 1992⁸, o artículos como el 7, 8 o 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁹. Del otro lado, tampoco sería adecuado afirmar, al menos a mi entender, que todo ello es sólo de aplicación a aquellas desapariciones forzadas de menores que comiencen a partir de que las normas apuntadas estuvieron o estuvieran en vigor para un

⁸ “Artículo 20. 1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen. 2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción. 3. La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales. 4. Par tal fin, los Estados concluirán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales.”

⁹ “Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.. Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de

Estado u otro. Al respecto, valga señalar que órganos como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas han aclarado en diversas ocasiones que las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuados, en tanto que el acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el crimen tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información relativa a la suerte o al paradero de la persona desaparecida. En consecuencia, aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento internacional pertinente, mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima deberá considerarse que la desaparición continúa¹⁰. Y es que como bien afirmó en su momento la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una desaparición es un fenómeno caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de información o incluso de ocultación deliberada, que frecuentemente se extiende en el tiempo, prolongando el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es un acto o evento instantáneo, y en consecuencia la obligación de investigar persiste todo el tiempo que continúa sin aclararse la suerte de la persona¹¹.

uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

¹⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado (A/HRC/16/48), pp. 25-26.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párrs. 136, 138, 145-148.

Esta posición es, en uno términos u otros, compartida en lo sustancial por el resto de órganos internacionales de protección de derechos humanos, lo que ha llevado a varios de ellos, como por ejemplo al Comité contra la Desaparición Forzada, a tener que recordar a España que de existir, los plazos de prescripción se deben contar efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad¹². Lo determinante, en fin, no es cuando haya comenzado una desaparición, sino cuando concluye.

Aclaremos brevemente que lo dicho no es una extravagancia sectorial, ni una suerte de extraña figura del no siempre visto con buenos ojos Derecho internacional de los derechos humanos, sino que responde a la mera aplicación de lo que en la teoría general de Derecho internacional se deriva de una correcta interpretación de los principios de no retroactividad e inmediatez de las obligaciones internacionales. En otros términos, los del Relator Especial Ago en su Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados, la cuestión es que si un comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para un Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a obligar a ese Estado¹³. Con una fórmula si se quiere más gráfica y condensada, como fue la que en 1958 utilizara la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando se está ante hechos continuados/violaciones continuadas “*it is exactly as though the alleged violation was being repeated daily*”¹⁴.

¹² COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, Documento de Naciones Unidas: CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párrs. 11-12.

¹³ Documento de Naciones Unidas: A/5809, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1976, vol. II (primera parte), p. 23. Igualmente véase el artículo 14.2 del Proyecto definitivo de 2001 de la Comisión de Derecho Internacional: Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (segunda parte), p. 31.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso De Becker c. Bélgica*, solicitud núm. 214/56, decisión sobre admisibilidad de 9 de junio de 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Right* 1958-1959, p. 244.

La trascendencia jurídica internacional de las sustracciones y apropiaciones ilícitas de menores de edad, de las desapariciones forzadas de niños y niñas, resulta pues evidente; aunque estas hubieran comenzado años atrás. Como lo es, o debería ser, la pertinente aplicación y cumplimiento de las normas y obligaciones que al respecto existen en el ordenamiento internacional. Mi experiencia personal de esta última década larga, no obstante, ya en el trabajo directo en diversos procedimientos e instancias en el seno de *Rights International Spain*, ya en el ámbito académico¹⁵, es que en la práctica española todo ello ha sido ignorado, cuando no frontalmente combatido, tanto en lo que se refiere a desapariciones forzadas de mayores de edad como de menores.

En cuanto a los primeros, para las autoridades españolas la investigación judicial de esos hechos, incluso si sólo se tratara de realizar diligencias para la exhumación e identificación de la persona desaparecida y/o la restitución de sus restos a sus seres queridos, es inviable por jurídicamente imposible. Durante años, descartando cuando no ignorando cualquier invocación de la normativa internacional pertinente, resultando que a partir de finales de 2008 se generalizó una serie de argumentos adicionales para en todo caso llegar prácticamente siempre al archivo sin realizar la más mínima diligencia: los delitos han prescrito; la Ley de Amnistía de 1977 es aplicable; con toda seguridad los autores han fallecido; el tratamiento de lo que llaman “memoria histórica” (denuncias sobre desaparición forzada de personas) no corresponde a los Juzgados, etc.

Respecto a los segundos, y en lo que aquí nos concitan, esto es, lo que se ha venido a llamar como los “niños perdidos” o “niños robados” del franquismo, pudiera decirse que la completa marginación del Derecho internacional ha sido idéntica, sostenida (también) en la negativa a reconocer institucionalmente que miles de casos han de ser algo más que “hechos aislados”. La preceptiva confidencialidad impide que recoja aquí las valoraciones que sobre esta cuestión me han transmitido algunos integrantes de órganos internacionales en reuniones o contactos personales, pero aun en el lenguaje que es propio

¹⁵ Para el lector interesado, puede acudirse a <http://www.rightsinternationalspain.org/> y a <https://ucm.academia.edu/JavierChinchónAlvarez> donde pueden encontrarse algunos de esos trabajos académicos.

a este tipo de documentos, sí conviene recordar que varios de ellos se han manifestado expresamente sobre este particular. Limitándonos por motivos de espacio a dos ya mencionados, en el informe sobre la visita a España del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias se recogieron los robos o secuestros de bebés y niños y niñas que habrían ocurrido con posterioridad a la Guerra Civil y hasta después del retorno a la democracia, y se demandó que se fortalecieran los esfuerzos con miras a buscar e identificar a los niños y niñas que podrían haber sido víctimas de apropiación, desaparición forzada y/o sustitución de su identidad¹⁶. De su lado, el Comité contra la Desaparición Forzada señaló respecto a “las apropiaciones de niños que pudieron ocurrir en España en el pasado”, que nuestro país debería revisar su legislación penal con miras a incorporar como delitos específicos las conductas descritas en el artículo 25.1 de la Convención que prevean penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad, y que se intensificasen los esfuerzos para buscar e identificar a los niños que podrían haber sido víctimas de apropiación, desaparición forzada y/o sustitución de su identidad de conformidad con el artículo 25.2 de la Convención¹⁷.

Desde otra perspectiva, podría no obstante afirmarse que para con algunos de estos casos la aproximación de las autoridades españolas ha sido, el menos en la forma, parcialmente diferente; y en este sentido podrían estimarse medidas, por ejemplo, como la Circular 2/2012 de la Fiscalía General del Estado. Todo ello se estudiará en detalle en este libro, pero en este orden de ideas sí puede apuntarse aquí que el resultado material no ha sido ni es exactamente igual al que resumimos *supra* sobre los procesos judiciales relativos a desapariciones forzadas de mayores de edad. En este caso, hay dos personas ya procesadas y a la espera de juicio oral. Eso sí, dos de las de cerca de dos mil cien denuncias que desde hace más de un lustro y hasta la fecha se han presentado.

¹⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a España. Documento de Naciones Unidas: A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014, párrs. 9 y 68.

¹⁷ COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, Documento de Naciones Unidas: CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párrs. 34 y 35.

No sólo, pero también ante semejante saldo y estado de cosas, no ha de extrañar que se presente como una evidencia “que las víctimas han tenido que hacer frente a una carrera de obstáculos para ser reconocidas (...). Han tenido que investigar su propio caso para obtener pruebas por sí mismos y no han tenido en el proceso apoyo ni financiero ni jurídico ni psicológico”, por parafrasear a la presidenta de la delegación de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo que visitó España hace apenas un par de meses¹⁸. No sorprenderá tampoco que en la reciente conmemoración del día internacional de las víctimas de desapariciones forzadas, algunos representantes de estas víctimas declarasen que “siguen existiendo muchas personas que sufren como consecuencia de aquellos hechos y del consentimiento de la impunidad por parte del Estado, de los tribunales de justicia y de nuestras instituciones”¹⁹. La pregunta final, al menos para mí, sólo puede ser: ¿hasta cuándo tendrán que seguir sufriendo?

¹⁸ Véase “La “carrera de obstáculos” en España de las víctimas en el caso de “bebés robados”, 31 de mayo de 2017, disponible en http://euroefe.euractiv.es/3799_asuntos-sociales/4576300_la-carrera-de-obstaculos-en-espana-de-las-victimas-en-el-caso-de-bebes-robados.html.

¹⁹ Consultese, <http://nuevoagora.com/2017/08/20/dia-internacional-desapariciones-forzadas-dia-de-los-bebes-robados-y-sus-familias/>.