

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, TRAS LA  
APROBACIÓN DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION, AFTER THE APPROVAL  
OF THE LAW OF VOLUNTARY JURISDICTION

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 246 - 265.*

---

Fecha entrega: 27/11/2015  
Fecha aceptación: 03/12/2015

M<sup>a</sup>. DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS  
Becaria de investigación en el Área de Derecho Internacional Privado de la  
Universidad de Zaragoza  
Miembro del grupo de investigación Ius Familiae  
mcheliz@unizar.es

**RESUMEN:** La reciente ley española 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha introducido importantes novedades en torno al procedimiento a seguir ante un supuesto de sustracción internacional de menores. Entre ellas, se encuentra la inclusión de la mediación como un mecanismo a través del cual resolver estos supuestos. Destaca también la referencia expresa a la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya como recurso del que dispone el Juez. Ambas figuras están llamadas a desempeñar un importante papel en la resolución de los casos de sustracción internacional de menores, en pos de una mejor protección de interés superior del menor.

**PALABRAS CLAVE:** sustracción internacional de menores; mediación internacional; Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya; Derecho Internacional Privado.

**ABSTRACT:** The recent Spanish Law 15/2015, 2nd July, of the Voluntary Jurisdiction, has introduced important changes regarding the procedure to be followed in a case of international child abduction. Among them, is the inclusion of mediation as a mechanism through which resolve these cases, and the explicit reference to the International Hague Network of Judges as a resource available to the judge. Both figures are expected to play an important role in resolving cases of international child abduction, towards a better protection of interests of the child.

**KEY WORDS:** international child abduction; international mediation; International Hague Network of Judges; Private International Law.

**SUMARIO:** 1. Introducción.- 2. Procedimiento ante una sustracción internacional de menores.- 3. La mediación en la sustracción internacional de menores.- 4. El papel de las Autoridades Centrales y las Redes de Cooperación Judicial Internacional: la Red de Jueces de la Haya.- 5. Supuestos ilustrativos basados en procedimientos reales.- 6. Consideraciones finales.

1. La sustracción internacional de menores es, lamentablemente, una práctica cada vez más frecuente en la realidad social actual. A modo de ejemplo, según datos del Ministerio de Justicia, entre el año 2008 y el 2013 se han denunciado en España 1.166 casos de sustracción internacional de menores, cifra cercana a los 1.205 supuestos producidos durante toda la década anterior. Esta conducta, es habitual que venga unida a las situaciones de crisis o ruptura de los progenitores cuando, otorgada la custodia a uno de ellos, el otro aprovecha el derecho de visita que le hubiera sido reconocido, o cualquier circunstancia favorable, para apoderarse de su propio hijo, apartándole de aquel con quien legalmente debiera estar. Actualmente también se ha observado un nuevo fenómeno, consistente en que es el progenitor que tiene la patria potestad, el que traslada al menor.

El aumento progresivo del número de sustracciones internacionales de menores es debido, entre otras causas (ver el análisis llevado a cabo por DIAGO DIAGO, P.: “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, en *Aequalitas*, núm. 7, 2001, p. 21; DE PEÑAFORT LORENTE, R. / ARBULO RUFRANCOS, B.: “El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos”, en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 2, núm. 3, 2002, p. 110), a que:

- Nos encontramos ante una sociedad globalizada en la cual, potenciado en parte por los avances técnicos en el mundo de las comunicaciones, los movimientos migratorios han adquirido una gran importancia cuantitativa.

- Esto ha llevado a que cada vez sean más el número de matrimonios mixtos, entre un nacional y un extranjero. Según los últimos datos de Eurostat, en la UE se contraen cada año unos dos millones de matrimonios, de los que 300.000 están constituidos por parejas binacionales. Además, se producen aproximadamente un millón de divorcios, de los que 140.000 afectan a parejas binacionales. En estos matrimonios hay más riesgo de que, en caso de separación o divorcio, el extranjero retorne a su país de origen y se lleve consigo a su hijo (véase el análisis realizado por DIAGO DIAGO, P.: “Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo de culturas ante el conflicto de diferentes concepciones familiares”, en *El discurso civilizador en*

*Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011, pp. 157 y ss.). De hecho, esta es la situación que genera más supuestos de sustracción en la práctica.

- La facilidad para trasladar internacionalmente al menor. Simplemente con mostrar el pasaporte familiar en el que figura el menor, o el documento de identificación personal, es posible trasladar al niño a otro país muy alejado de su residencia habitual. Estas facilidades son aún mayores dentro de la Unión Europea, ya que la existencia del “espacio sin fronteras interiores” hace que para trasladarse de un país a otro no se exija ni la exhibición de documentos.

- Además, algo que también afecta a estos matrimonios mixtos en crisis, es que en este ámbito hay un gran “nacionalismo judicial”, es decir, los Tribunales de un Estado tienden a atribuir la custodia al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor a su país de origen.

Los perjuicios que se causan al menor al producirse una sustracción son enormes, puesto que se le traslada a un Estado que no es el de su residencia habitual, al que no está habituado, y se le priva de la figura de uno de sus progenitores, recayendo sobre el menor las consecuencias de las desavenencias existentes entre los mismos. Por ello, una de las características fundamentales que deben primar en un proceso relativo a la sustracción internacional de un menor, es la celeridad. Sin embargo, al entrar en conflicto dos ordenamientos jurídicos distintos, el retorno inmediato no siempre es posible, perjudicando de esta manera el interés superior del menor y su Derecho a relacionarse con ambos progenitores.

Hasta este año, el procedimiento a seguir en estos supuestos, venía definido en España por los arts. 1901-1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC de 1881), en la redacción dada por la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La aplicación hasta el momento de esta antigua regulación, se explica porque la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 mantuvo la vigencia de la Jurisdicción voluntaria de 1881, instando al Gobierno a que remitiera a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria en el plazo de un año desde la fecha de su entrada en vigor. Tras 15 años de larga espera, el pasado 22 de junio entró en vigor, con carácter general, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), cumpliendo con lo dispuesto en la LEC 1/2000 y derogando, casi de forma definitiva, la regulación de 1881. Así, la LJV se ocupa del procedimiento ante un supuesto de sustracción internacional de menores, e introduce novedades en las medidas a seguir relativas a la

restitución o retorno de menores en estos casos, que van a ser analizadas a continuación.

2. La esperada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modifica mediante su disposición final Tercera, determinados artículos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Concretamente, en su apartado diez, añade al Título I del Libro IV de la LEC, el Capítulo IV bis, titulado: “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, integrado por los nuevos arts. 778 bis a 778 quater (a los que da contenido en los apartados Once, Doce y Trece LJV).

En primer lugar, para que se ponga en marcha el procedimiento comprendido en el nuevo Capítulo IV bis, es necesario que sea aplicable un Convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, y que el menor del que se pretende su retorno o restitución se encuentre en España. Este requisito no supone una gran novedad, ya que el art. 1901 de la antigua LEC de 1881 ya hacía depender el ámbito de aplicación de la normativa, de que fuera aplicable un Convenio internacional. Sin embargo, manteniendo este requisito se ha perdido la oportunidad de englobar también los procedimientos de sustracción internacional de menores en los que no resulta de aplicación un Convenio internacional, ni Reglamento de la Unión Europea (así lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, entre otros, CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, núm. 8564, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2015, Ref. D-246, Editorial LA LEY, pp. 6-7). Obsérvese además, que estos serán los supuestos de más complicada solución a nivel jurídico.

Uno de los principales instrumentos jurídicos que regulan esta materia, y el más numeroso en cuanto a Estados contratantes, es el Convenio de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. A día de hoy son 93 los países contratantes del mismo, entre los que se encuentra España. No obstante, destaca la ausencia de países, algunos tan cercanos territorialmente a nosotros, como Egipto, Argelia, Túnez, Libia, Jordania, Siria, Arabia Saudí o Líbano. Al tratarse de un Convenio con carácter inter partes, no se podrá aplicar el mismo en aquellos supuestos de sustracción internacional que afecten a alguno de estos Estados, o a cualquier otro Estado no parte. Por el mismo motivo, queda también descartada la aplicación de instrumentos como el Convenio de 20 de mayo de 1980 (Convenio de Luxemburgo), el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; puesto que los Estados a los que anteriormente se ha hecho referencia, tampoco son Estados contratantes de los mismos. Ello hace igualmente inaplicable en

estos supuestos el procedimiento que nos ocupa de la LEC, incluso cuando el menor se encuentre en España.

Por ello, resulta quizás criticable que el legislador español haya optado por continuar sin extender este proceso a los casos de sustracción de menores en los que no resulta de aplicación ningún Convenio internacional, ni instrumento de la Unión Europea. Esta decisión contribuye a seguir manteniendo la incertidumbre jurídica ante la ausencia de regulación que impera en los supuestos en que se produce una sustracción, en que alguno de los Estados intervinientes no forma parte de ningún Convenio internacional en esta materia, y tampoco resultan aplicables normas de la UE.

Por lo demás, una vez que se cumple el ámbito de aplicación, el procedimiento a seguir va a ser el detallado en los nuevos arts. 778 bis a 778 quater.

La primera variación que se observa con respecto a la anterior regulación es que se produce un transvase del procedimiento de la Jurisdicción Voluntaria, a la Jurisdicción contenciosa, aspecto que ha sido muy criticado por parte de la doctrina (véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores”, *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm. 85, abril 2014, p. 28; CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo” cit., p. 3). Asimismo, el Tribunal competente para conocer de estos procesos es el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor, en detrimento del Juez de Primera Instancia, en cuya demarcación se halle el menor.

No obstante, hay que tener en cuenta la previsión del art. 778 ter 2 respecto a dos concretas situaciones que pueden darse en la práctica: que no sea posible localizar al menor, o que sea encontrado en otra provincia distinta a la del Tribunal ante el que se ha iniciado el procedimiento. En el primer caso, se debe archivar provisionalmente el procedimiento; mientras que en el segundo supuesto, el Juez ha de resolver lo que estime oportuno, remitiendo el caso, si así lo considera, al Tribunal territorialmente competente, emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo en un plazo de 3 días.

El procedimiento tiene el carácter de urgente y preferente (art. 778 bis 5), y ha de realizarse en el inexcusable plazo de seis semanas desde que se presenta la solicitud de restitución al Juez, lo que ya se preveía en la LEC 1881. Sin embargo, la nueva regulación incluye la posibilidad de que se extienda más allá de las 6 semanas, cuando circunstancias excepcionales hagan imposible finalizar en plazo. Ahora bien, no se especifica cuáles pueden ser esas circunstancias excepcionales, ni cuánto tiempo más puede demorarse. Como

se analizará más adelante, una de estas circunstancias podría ser el hecho de que las partes acudieran a mediación, una vez iniciado el procedimiento, lo que permitiría suspender este durante el plazo máximo de 6 semanas. Sin embargo, el tenor literal del art. 778 bis 5 no impide que haya otras circunstancias, más allá de que se inicie un proceso de mediación, que justifiquen una duración superior a 6 semanas, sin concretar para estos supuestos cuál sería en todo caso el límite temporal que se puede alcanzar.

El inicio del proceso tiene lugar con la presentación de la demanda en la que se insta la restitución o el retorno del menor (art. 778 ter 1). Con las nuevas medidas previstas en la LJV, el elenco de personas que pueden impulsar el procedimiento también se ve ampliado, de tal forma que actualmente, pueden promover el procedimiento (art. 778 bis 3): la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente Convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha Autoridad. Conviene destacar que en cualquier momento del procedimiento, el Juez puede acordar, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento, o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares que estime oportunas; así como que mientras se desarrolle el proceso se garanticen los derechos de estancia o visita del menor con el demandante (art. 778 bis 8) (Para un análisis en profundidad del papel del Fiscal y las pautas a seguir en el procedimiento ante los casos de sustracción internacional de menores, véase la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, texto completo disponible en el siguiente link: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Circular\\_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14)).

Una vez presentada la demanda, el Secretario judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia) dispone de un plazo de 24 horas para que resuelva sobre su admisión (art. 778 ter 2). Si entiende que no es admisible, dará cuenta al Juez para que se pronuncie dentro del mismo plazo. Si por el contrario, admite la demanda, en la misma resolución también requerirá a la persona a quien se impute la sustracción para que, en una fecha concreta dentro de los 3 días siguientes, comparezca con el menor y acceda a la restitución de éste, o se oponga a ella. Por lo tanto, caben 3 posibles comportamientos por parte del presunto sustractor, que ya preveía la antigua normativa y regulaba de forma similar, esto es:

- Que no comparezca o no lo haga en forma. En este caso la persona que es presuntamente la sustractora, es declarada en rebeldía y el procedimiento continúa sin él. Así, se citan al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista

ante el Juez, que ha de celebrarse en un plazo máximo de 5 días. La resolución que se adopte en esta vista será notificada al demandado, y tras ésta únicamente cabe la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 778 ter 5). Es necesario mencionar también que cuando el demandado se declare en rebeldía, se reitera expresamente la posibilidad de que el Juez dicte las medidas cautelares oportunas en relación con el menor.

- Que comparezca y acceda a la restitución o retorno del menor. En este supuesto, aunque poco frecuente, el Secretario Judicial levanta el acta y el Juez dicta el auto que pone fin al procedimiento, se acuerda la restitución o retorno del menor y se pronuncia acerca de los gastos (art. 778 ter 4). Es importante señalar que la posibilidad de que el demandado acceda a la restitución se mantiene abierta durante todo el procedimiento, en cuyo caso se atenderá a las medidas que se acaban de mencionar.

- Que comparezca y se oponga a la restitución o retorno del menor. Se trata del caso más frecuente en la práctica, que consiste en que el demandado comparece, pero alega que concurre alguna de las causas de oposición previstas por el Convenio internacional en cuestión, o por el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (en adelante Reglamento Bruselas II bis). Esta oposición ha de realizarse por escrito, y tras ella se citará a los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que tendrá lugar dentro de un máximo de 5 días (art. 778 ter 6). Esta vista se celebrará incluso aunque el demandante no compareciera, y en la misma se realizarán dos acciones principales: se oírán a las partes que comparezcan (concretamente al demandado, el demandante y al Ministerio Fiscal) y se practicarán las pruebas pertinentes solicitadas por las partes, el Ministerio Fiscal o el propio Juez, dentro del plazo máximo de 6 días.

En cualquier momento del procedimiento, pero siempre con anterioridad a la adopción de toda decisión, el Juez, en presencia del Ministerio Fiscal, tiene el deber de oír separadamente al menor, lo que puede hacer a través de videoconferencia u otro sistema similar. Esta obligación ha de cumplirse siempre y cuando la edad o madurez del menor permitan que se entienda conveniente. En caso contrario, el Juez deberá hacerlo constar en una resolución motivada. Esta es precisamente la mayor novedad que presenta esta etapa del proceso, ya que con la regulación anterior, el Juez sí que tenía que oír separadamente al menor tras la primera comparecencia del demandado, pero era una obligación mucho más laxa. El art. 1907. b) de la antigua LEC de 1881 únicamente establecía que el Juez “oírán, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución”. Por lo tanto, como se puede observar, no limitaba las causas por las que el Juez podía no escuchar al menor, ni se le obligaba a exponerlas en resolución motivada.



Tras esto, y dentro del plazo de 3 días después de la finalización de la vista y la práctica de las pruebas pertinentes, el Juez dictará sentencia. En la misma no se puede pronunciar sobre el fondo del asunto (los derechos de custodia o visita), sino únicamente sobre si el traslado o retención son ilícitos y si procede o no la restitución o retorno del menor. Si el Juez acordara la restitución o retorno del menor, se ha de establecer expresamente la forma y el plazo de ejecución. Se dispondrá asimismo que el sustractor debe abonar las costas procesales, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor. Por el contrario, si se entendiera que no procede la restitución o retorno, se declararán de oficio las costas del proceso.

Contra la resolución sólo cabe recurso de apelación con efectos suspensivos, que deberá resolverse en el plazo máximo de 20 días. Si bien esto ya lo preveía la anterior regulación, la LJV desarrolla de forma detallada las especialidades que ha de seguir la tramitación del recurso de apelación.

En lo que concierne a la ejecución de una sentencia que acuerda la restitución o retorno del menor, la Autoridad Central debe prestar la asistencia necesaria al Juzgado, para garantizar que se pueda ejecutar sin peligro. Asimismo, si el progenitor sustractor impide u obstaculiza su cumplimiento, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución inmediata, pudiendo acudir a la ayuda de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Por último, la LJV dispone que cuando un menor con residencia habitual en España, sea objeto de una sustracción internacional, cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial española competente para conocer del fondo del asunto, con la finalidad de obtener una resolución que determine que el traslado o retención han sido ilícitos (así, el art. 778 quater se está refiriendo a la certificación del art. 15 del Convenio de la Haya de 1980, por la que se acredite que el traslado o retención es ilícito en el sentido del art. 3 del mismo Convenio). A estos efectos, serán competentes los Tribunales que hayan conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental que afecte al menor o, en su defecto, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España.

Siendo estos los aspectos principales de un procedimiento ante un caso de sustracción internacional de menores, la LJV contiene dos disposiciones claves, totalmente novedosas, que se van a analizar a continuación: la mención expresa a la posibilidad de que las partes se sometan a mediación, y la alusión a las Redes de Cooperación Judicial Internacional.

3. La mediación se ha posicionado en los últimos tiempos como un mecanismo adecuado para resolver los supuestos de sustracción internacional

de menores, potenciado por los esfuerzos de los Convenios internacionales e instrumentos europeos en favorecer una solución amistosa a estos casos. En este sentido, el primer instrumento que ha recogido expresamente la mediación en materia de responsabilidad parental, fue el Reglamento Bruselas II bis. Así, en su art. 55.e. se refiere expresamente a la mediación como “vía para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental y la cooperación transfronteriza”.

Con el mismo espíritu que este precepto del Reglamento europeo, la LJV establece que en cualquier momento del procedimiento, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo para someterse a mediación. También es posible que sea el Juez el que, bien de oficio o bien a petición de cualquiera de las partes, proponga que se intente la mediación, cuando de las circunstancias del caso se desprenda que es posible que lleguen a un acuerdo (art. 778 ter 12 LEC). En todo caso, el Secretario Judicial, ahora Letrado de la Administración de Justicia, acordará la suspensión del proceso, pero la mediación nunca ha de emplearse como mecanismo dilatorio, ni suponer un retraso injustificado del proceso. Por ello, se establece que la duración del procedimiento ha de ser lo más breve posible, sin que pueda exceder del plazo inexcusable de 6 semanas.

Entre las ventajas que presenta el recurso a la mediación en estos supuestos, se encuentra la de permitir que sean los propios padres los que decidan, de una manera más rápida y menos costosa, la restitución o no del menor, así como otras cuestiones concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental en un futuro (véase FREEMAN, M./HUTCHINSON, A.M./SETRIGHT, H.: “Child Abduction - A Role for Mediation?”, *International Family Law*, 2002, p. 107; REQUEJO ISIDRO, M.: “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R, (dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, pp. 679-681). Así, es bastante frecuente que los progenitores, además de pactar la restitución del menor, negocien el régimen de custodia y visitas que van a mantener de ese momento en adelante. Ello favorece a su vez una mejor protección del interés del menor, ya que se está evitando que se produzcan eventuales traslados de éste, en un breve periodo de tiempo, de un Estado a otro. Sin embargo, esto que en principio es una ventaja, puede plantear un grave problema desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado (sobre los problemas que plantea la mediación desde el prisma del DIPr. véase, entre otros, DIAGO DIAGO, P.: “Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex, 2006 pp. 151 a 178; y DIAGO DIAGO, P.: “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado”, en CALVO CARAVACA, A. L./CASTELLANOS RUIZ, E.: *La Unión*

*Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, pp. 265 a 298; SANTA-CROCE, M.: “L’efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen”, *Gazette du Palais*, juin 2001; y PALAO MORENO, G.: “La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa”, en CANO BAZAGA, E. (dir.): *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 231 a 241).

El problema viene ocasionado, en primer lugar, porque tanto el Convenio Haya como RBII bis mantienen la competencia para conocer sobre el fondo del asunto de los Tribunales de la residencia habitual del menor (esta medida, si bien necesaria para evitar que el progenitor “legalice” una situación de sustracción ilícita, obteniendo la custodia del menor en los Tribunales del Estado donde lo tiene retenido, juega un papel negativo, como se verá a continuación, cuando los progenitores han llegado a un acuerdo de mediación). Como consecuencia de ello, los Tribunales españoles en estos casos únicamente se podrán pronunciar acerca de la restitución o no del menor, no pueden emitir una sentencia que “homologue” lo acordado por las partes en materia de responsabilidad parental. Por lo tanto, podría ocurrir que el progenitor sustractor accediera al retorno del menor, pactando un régimen de custodia y visitas que, a su vez, evitaría una segunda sustracción por parte del progenitor que ahora se había visto privado de la compañía de su hijo. El Juez que está conociendo del procedimiento de sustracción aceptaría el retorno del menor, sin embargo, los Tribunales competentes para pronunciarse respecto a los derechos de custodia y visita son los Tribunales del Estado en el que tenía la residencia habitual el menor. Esto es, podría ser que, tras haberse producido el retorno, y que las partes hubieran llegado a un acuerdo en materia de responsabilidad parental, los Tribunales competentes se pronunciaran en sentido contrario. Esta posibilidad no es nada descartable teniendo en cuenta dos situaciones:

- En primer lugar, hay que considerar que únicamente se puede mediar respecto a derechos y obligaciones que sean libremente disponibles por las partes, y en materia de familia, y más en aún de menores, son bastante frecuentes los derechos no disponibles. Así, es probable que surjan situaciones en las que el ordenamiento jurídico aplicable, no reconozca la disponibilidad de las materias objeto del contenido del acuerdo. Cuando esto ocurra, el Tribunal no va a homologar el acuerdo de los progenitores, al tratarse de una materia sobre la que no podían pactar.

- Otro factor relevante es que hoy en día sigue produciéndose la conducta, anteriormente referida, como “nacionalismo judicial”, que refleja el comportamiento habitual de los órganos jurisdiccionales de posicionarse a favor del progenitor nacional de su país, siendo todavía más evidente en los

casos en que hay manifiestas diferencias culturales. Estas situaciones son habituales para generar los denominados conflictos ocultos (véase sobre ello DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. P.: “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, en *REEI*, núm. 30, 2015, <http://www.reei.org/lareei/>; BORRÁS, A.: “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994-V, pp. 145 a 368; BORRÁS, A.: “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en AA.VV.: *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, pp. 163 a 198; BORRÁS, A.: “Europa entre la integración y la multiculturalidad”, en AA.VV.: *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 pp. 23 a 43).

Esta inseguridad jurídica puede desembocar en un incumplimiento del acuerdo y en una segunda sustracción del menor o, directamente, en el rechazo de las partes de acudir a mediación. En cualquier caso, es un aspecto clave del que va a depender el éxito de la mediación y que hay que resolver para promover su uso en estos supuestos.

En el seno de la Conferencia de la Haya se ha detectado este problema como uno de los fundamentales a resolver. La Guía de buenas prácticas sobre mediación, propone cuatro recomendaciones para poner fin o mitigar este conflicto. Dentro de éstas, la puesta en marcha de dos de ellas depende de la voluntad de las partes, mientras que la de las otras dos, queda a la voluntad de los Estados intervinientes y sus autoridades administrativas y judiciales (Texto completo de la Guía disponible en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=publications.details&pid=5568](http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5568)).

Por un lado, las recomendaciones cuyo cumplimiento está en manos de las partes, consisten en que reciban asesoramiento jurídico especializado una vez que han llegado a un acuerdo, acerca de las consecuencias jurídicas del mismo y de su ejecución; y que hagan depender la validez del acuerdo de su aprobación por el Tribunal, y ésta aprobación se produzca con anterioridad a la implementación práctica del acuerdo. Ambas sugerencias resultan fáciles de llevar a cabo en cualquier supuesto de sustracción internacional de menores resuelto mediante un acuerdo de mediación, y pueden resolver en gran medida las consecuencias mencionadas de la imposibilidad de ejecutar un acuerdo de mediación en el caso concreto. Sin embargo, aunque pueden evitar una ulterior sustracción, no contribuyen a facilitar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, ni a crear ese marco jurídico seguro y deseable, que garantice la ejecución de los mismos en cualquier caso.

Por ello, son necesarias otras medidas que, esta vez, han de poner en marcha los distintos Estados y sus autoridades administrativas y judiciales:

- La primera de ellas consiste en que los Estados faciliten procedimientos simples a través de los que los acuerdos puedan ser aprobados o declarados ejecutorios por la autoridad competente y, de no existir dichos procedimientos, examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas al respecto.

En España, como ocurre en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece la posibilidad de que el acuerdo adquiera el carácter de título ejecutivo mediante su elevación a escritura pública o su homologación judicial. Al encontrarnos ante acuerdos en materia familiar, que afectan a los intereses de los menores, se requiere un control judicial específico. No van a ser ejecutables por su mera elevación a escritura pública, sino que para ello necesitarán la aprobación judicial correspondiente. Sin embargo, este procedimiento no impide la problemática a la que se ha hecho alusión, consistente en que al tratarse de materias no disponibles por las partes, el Tribunal no homologue el acuerdo. Para ello sería necesario crear un marco jurídico en el que se garantizara que todo acuerdo de mediación en materia de responsabilidad parental, vaya a ser aprobado por los Tribunales siempre y cuando no se vea perjudicado el interés superior del menor.

- En segundo lugar, se recomienda que las autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados cooperen entre ellas. Esta cooperación consiste en que los Tribunales apoyen la sustentabilidad del acuerdo, favoreciendo que se le dote de efecto jurídicamente vinculante y sea ejecutorio en los distintos sistemas jurídicos involucrados. A tal efecto, la Conferencia de la Haya hace alusión al empleo de herramientas como “órdenes espejo” u “órdenes de puerto seguro”, que permiten que las mencionadas órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos, como por ejemplo podría ser que el acuerdo de mediación fuera declarado ejecutable por el Tribunal competente.

Estos instrumentos pueden resultar de gran utilidad en los casos en los que se ha llegado a un acuerdo de mediación por el que se pacta la restitución del menor, y otras cuestiones concernientes a la responsabilidad parental o al derecho de alimentos. En estos supuestos el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento de sustracción de menores, podría declarar jurídicamente vinculante el acuerdo. Sería necesario que posteriormente, el acuerdo se declaré también jurídicamente vinculante en el Estado de residencia habitual del menor a través de alguna de las dos acciones mencionadas (véase al respecto el documento elaborado por la Comisión Europea, disponible en el siguiente enlace: <https://www.era->

[comm.eu/EU\\_Civil\\_Justice\\_Training\\_Modules/kiosk/courses/Family\\_Law\\_Module\\_2\\_ES/Thematic%20Unit%203/agreement\\_2.html](http://comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_2_ES/Thematic%20Unit%203/agreement_2.html)).

- Una “orden espejo”: mediante este instrumento el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor reproduce el contenido de un compromiso establecido en el Estado en que el menor se encontraba retenido, y le otorga carácter ejecutivo en el Estado de residencia habitual; o bien son órdenes idénticas de los órganos jurisdiccionales de los dos Estados implicados en el asunto.

- Una “orden de puerto seguro”: a través de esta orden el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor impone obligaciones al progenitor que se ve privado del menor, con la finalidad de garantizar la restitución del mismo y su posterior residencia en su Estado de residencia habitual. Esta orden tiene carácter ejecutivo en el Estado de residencia habitual.

La puesta en práctica de estas técnicas por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes facilitaría en gran medida la ejecución del acuerdo de mediación en todos los Estados implicados, logrando un aumento de la seguridad de la mediación como mecanismo para la resolución de estos conflictos, lo que desemboca en una promoción de su empleo.

Asimismo, si fuese factible, los Tribunales deberían utilizar las redes judiciales existentes y solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales.

4. En esta línea, el art. 778 bis 7 de la nueva LEC establece que “en este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez lo considerase necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace”. Esta disposición es novedosa en el procedimiento previsto hasta el momento por la anterior LEC 1881, y supone una adaptación de lo que ya disponían los tanto el Convenio de la Haya de 1980 como el Reglamento Bruselas II bis.

En lo que respecta a las Autoridades Centrales de los Estados intervinientes, éstas tienen como función, entre otras, garantizar la restitución inmediata del menor, así como contribuir a su localización y prevenir que este sufra mayores daños. Además, pueden ejercer un importante papel en la promoción de la mediación entre las partes. Tal y como establecen los distintos instrumentos jurídicos internacionales, las Autoridades Centrales de

los distintos Estados, deben facilitar la solución amistosa de los conflictos entre los progenitores (A modo de ejemplo, el considerando 25 RBII bis establece que en el ámbito de la responsabilidad parental las Autoridades Centrales deben facilitar la solución amistosa de los conflictos; así como los arts. 7.2.c) y 10 del Convenio de la Haya de 1980 y el art. 4.2.c) del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, donde se establece la labor de las Autoridades Centrales de tratar de obtener una solución amistosa y la restitución voluntaria del menor).

Por su parte, las Redes de Cooperación Judicial Internacional, están llamadas a desempeñar un importante papel en la resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores. Una Red Judicial especialmente relevante es la Red Internacional de Jueces de La Haya, compuesta por Jueces de más de 75 países, especializados en materia de familia (lista actualizada de miembros disponible en el siguiente link: <http://www.hcch.net/upload/haguenetwork.pdf>). Esta Red fue creada para facilitar las comunicaciones directas y la cooperación entre Jueces a nivel internacional y para ayudar a garantizar el funcionamiento efectivo de los instrumentos internacionales en el ámbito de la protección del niño, incluido el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores.

Son numerosas ventajas que derivan de la existencia de esta Red Internacional de Jueces, que actúan como una vía de enlace con las Autoridades Centrales y con otros Jueces, tanto dentro de sus propias jurisdicciones, como fuera. Así por ejemplo, las comunicaciones judiciales directas contribuyen a paliar la falta de información que el Juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicancias legales en el Estado de residencia habitual del niño y a arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del mismo. En concreto, cabe destacar el importante papel de las comunicaciones judiciales directas en el desarrollo de un proceso de mediación ante un caso de sustracción internacional de menores, y en la ejecución del acuerdo al que, en su caso, lleguen las partes. Ello se manifiesta en que mediante el uso de esta herramienta, es posible que un Juez que conozca un proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, coordine el apoyo para un acuerdo parental, que incluya cuestiones de responsabilidad parental, con el Juez competente del Estado de restitución en dicha materia. Así, entre los asuntos sujetos a comunicaciones judiciales directas se encuentra, por ejemplo, establecer si el Tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar los compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen; o determinar si el Tribunal extranjero puede emitir una orden espejo.

Estas comunicaciones judiciales se rigen por las disposiciones dadas por la Conferencia de la Haya, en el documento titulado “Direct Judicial

Communications - Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communications, including commonly accepted safeguards for Direct Judicial Communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges” (disponible en el siguiente link: [http://www.hcch.net/upload/brochure\\_djc\\_es.pdf](http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf)).

En este documento se establece como salvaguardia principal que todo Juez que intervenga en una comunicación judicial directa, debe respetar las leyes de su jurisdicción. A modo de ejemplo, se menciona que la obtención de pruebas debe seguir los cauces previstos por la ley. Asimismo, estas comunicaciones no pueden comprometer la independencia del Juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

Siendo estos los principios generales, los Estados contratantes en los que se practican comunicaciones directas han aceptado comúnmente otras salvaguardias procesales, si bien ninguna de ellas ha de impedir al Juez que conozca del caso, seguir sus reglas de Derecho interno o prácticas que le den mayor libertad. Estas salvaguardias comúnmente aceptadas son las que siguen:

- Las partes deben ser notificadas de la naturaleza de la comunicación propuesta excepto en circunstancias especiales.
- Debe llevarse un registro de las comunicaciones y ponerse a disposición de las partes.
- Todas las conclusiones a que se llegue deben plasmarse por escrito.
- Las partes o sus representantes deben tener la oportunidad de estar presentes en determinados casos, por ejemplo, a través de conferencias telefónicas.

Para que se inicien las comunicaciones, el Juez ha de considerar que éstas son apropiadas, teniendo en cuenta la velocidad, eficiencia y la relación costo-rendimiento. También ha de estimar las opciones tecnológicas a utilizar, que han de ser las más apropiadas para facilitar una comunicación eficiente y rápida. Por lo general, las comunicaciones deben realizarse por escrito, excepto cuando los Jueces involucrados sean de jurisdicciones cuyos procedimientos tramiten en el mismo idioma, en cuyo caso es posible que las comunicaciones se realicen de forma oral.

Finalmente, respecto al idioma empleado, debe respetar las preferencias indicadas por el Juez receptor en la lista de miembros de la Red de La Haya.



En el supuesto de que los Jueces no hablaran un idioma en común, las Autoridades Centrales o los Tribunales del país donde se ha iniciado la comunicación, deberán proporcionar los servicios de traducción o interpretación necesarios.

Teniendo en cuenta estas premisas, las comunicaciones judiciales directas pueden ser un instrumento adecuado para garantizar la ejecución del acuerdo resultante de una mediación, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Además, aunque en la actualidad no hay ningún Juez designado de Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, sí que cabe esta posibilidad. De hecho, la propia Conferencia de la Haya alienta la designación de Jueces para la Red en Estados que no son parte de los Convenios de La Haya relativos a los niños. Ello permitiría ampliar esta solución a aquellos casos en los que no resulta aplicable un Convenio internacional o instrumento de la Unión Europea.

5. Es abundante la jurisprudencia de distintos Tribunales, en la que se puede observar el recurso a las comunicaciones judiciales directas para resolver los casos de sustracción internacional de menores. Así, se van a analizar dos supuestos ilustrativos, que ponen de manifiesto la importancia de estos instrumentos, especialmente cuando las partes han adquirido compromisos recíprocos que hay que ejecutar.

- El caso *Panazatou v. Pantazatos*, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997). Este supuesto gira en torno a la sustracción de una menor de 2 años y medio, por parte de su madre. La madre, de nacionalidad estadounidense, y el padre, de nacionalidad griega, contrajeron matrimonio en EEUU, tras lo cual se trasladaron a Mykonos. Pasado un tiempo, la mujer se quedó embarazada y decidió trasladarse a EEUU, con la aprobación de su marido, ya que pensaban que allí iba a recibir una mejor asistencia médica durante el tiempo de gestación. Tras el nacimiento de la niña, la madre volvió con ella a Mykonos, y fue bautizada allí. Posteriormente, la niña residió tanto en Grecia como en Cromwell (EEUU), aunque con prevalencia del primer país, que finalmente se demostró que era el lugar de su residencia habitual. El hecho de que en determinados periodos la niña residiera en Cromwell contaba con la aprobación del padre. Sin embargo, en septiembre de 1996, la madre decidió trasladar a la menor a EEUU, sin consentimiento del padre, estando todavía casados y, por lo tanto, teniendo el derecho de custodia conjunto. Una vez en EEUU, la mujer interpuso una demanda de divorcio ante los Tribunales de Connecticut (EEUU), junto con la solicitud de custodia de su hija, solicitud que le fue concedida. Ante esta situación, el padre interpuso ante los Tribunales de Connecticut, una orden de “hábeas corpus” para evitar el traslado del menor del Estado de Connecticut,

mientras estuviera pendiente la audiencia de su solicitud de restitución de la menor a Grecia. Cabe mencionar que tanto EEUU como Grecia son Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1980, y que concurrían todos los requisitos para su aplicación.

El Tribunal recibió compromisos propuestos por ambas partes para poner fin al conflicto y manifestó su intención de trasladar las órdenes de compromiso que finalmente adoptara, al Tribunal griego, en aras de garantizar su ejecución. A tal efecto, intentó organizar una conferencia telefónica con un Juez de Grecia, con la finalidad de asegurarse de que los compromisos serán cumplidos en Grecia. En su pronunciamiento, el propio Tribunal afirmaba que “aunque este tipo de procedimiento no es común, es coherente con el propósito del Convenio de La Haya para establecer un foro apropiado y continuar protegiendo al niño” (texto completo de la decisión, disponible en: <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0097.htm>).

- El caso Human Rights Case No 23150-G of 2010. Este supuesto gira en torno a la sustracción de 3 niños de 11 años, 9 años y medio y 2 años y medio, por parte de su padre, de nacionalidad pakistaní. La madre poseía la nacionalidad inglesa, y los niños eran doble nacionales ingleses-pakistaníes. Tras la negativa del padre de devolver a los menores junto con su madre, ésta decidió iniciar un procedimiento sobre los derechos de custodia en Pakistán. Según la ley pakistaní, la madre puede mantener a un niño varón hasta los 7 años, y a una niña hasta la edad de 14 años. Esto conllevaría la separación de sus hijos, ya que los dos mayores superan los 7 años y el menor no, lo que lleva a la madre a aceptar que esto podría suponer una tensión emocional para los niños. Por ello, ambas partes acuerdan, mediante el recurso a la mediación, que el padre mantendrá la custodia de los hijos, y la madre los cuidará durante las vacaciones de verano, y pactan también un conjunto de condiciones sobre el contacto de la madre con sus hijos, que tendrá lugar tanto en Reino Unido como en Pakistán.

El Tribunal pakistaní emitió una orden que recogía estos acuerdos alcanzados por las partes, y la envió al presidente de la división de familia del Tribunal Superior del Reino Unido. Con esta cooperación, lo que se pretendía era facilitar la ejecución de los compromisos alcanzados por las partes, en los dos países intervinientes (sumario disponible en el siguiente enlace: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1065&lng=1&sl=2>).

Cabe destacar que, aunque el Reino Unido es parte del Convenio de la Haya de 1980 y miembro de la Conferencia de la Haya, Pakistán no lo es. Sin embargo, como se ha podido observar, ello no obsta para que hayan tenido lugar comunicaciones judiciales directas entre Jueces de los dos Estados,

tendientes a garantizar la ejecución de los acuerdos a los que han llegado las partes.

6. Como consideraciones finales, conviene recalcar la conveniencia de la reforma producida sobre el procedimiento a seguir ante los supuestos de sustracción internacional de menores. La vigencia hasta el momento de los arts. 1901-1909 LEC de 1881, en la redacción dada por la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, hacía necesaria una renovación del proceso, que se ajustara a la realidad actual. Ello hace que las modificaciones introducidas en la LEC, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativas a los procesos de sustracción internacional de menores, sean valoradas en su conjunto como positivas. Entre las novedades, merecen ser señaladas las dos que han sido objeto de este estudio: la mención expresa a la posibilidad de que las partes se sometan a mediación, y la alusión a las Autoridades Centrales implicadas, y las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes.

En primer lugar, la mediación se ha postulado como una solución rápida y duradera en el tiempo, que además puede desempeñar un importante papel preventivo en la producción de ulteriores sustracciones. Sin embargo, presenta un grave problema, y es que al entrar en juego ordenamientos jurídicos de distintos Estados, no siempre es posible garantizar la ejecución del acuerdo al que han llegado las partes, si en este han pactado, además de la restitución o no del menor, cuestiones de responsabilidad parental o de alimentos. Algunas de las soluciones que pueden poner fin a este problema pasan por que las partes reciban un buen asesoramiento jurídico, especialmente en lo que se refiere a los aspectos internacionales; o hacer depender la validez del acuerdo de que lo apruebe el Tribunal competente. También sería necesario que los Estados faciliten procedimientos simples a través de los que los acuerdos puedan ser ejecutados, y promover una cooperación de las autoridades administrativas de los distintos Estados.

En segundo lugar, pero relacionado con lo anterior, el recurso de los Jueces a las Redes de Cooperación Judicial Internacional y, concretamente, a las comunicaciones judiciales directas, puede ser un instrumento adecuado para garantizar la ejecución del acuerdo resultante de una mediación, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Además, fuera ya de los casos de mediación, contribuyen a paliar la falta de información que el Juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicaciones legales en el Estado de residencia habitual del niño, y a arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del mismo.

Estas disposiciones están en la línea de lo que ya establecían tanto el Convenio de la Haya de 1980, como el Reglamento Bruselas II bis. De esta manera se ha adaptado la normativa española a estos instrumentos jurídicos. Sin embargo, como aspecto criticable se puede mencionar que el legislador ha optado por seguir sin extender este proceso a los casos de sustracción de menores en los que no resulta de aplicación ningún Convenio internacional, ni instrumento de la Unión Europea, cuando nada lo impedía y se trata de los supuestos de más difícil resolución, como ya se ha puesto de relieve en el presente estudio. Esta decisión legislativa contribuye a mantener la inseguridad jurídica y la ausencia de regulación que impera en los supuestos en que se produce una sustracción, pero alguno de los Estados intervinientes no forma parte de ningún Convenio internacional ni Reglamento de la UE en esta materia.

Por lo demás, en términos generales, el nuevo procedimiento previsto en la LJV contribuye a garantizar la celeridad del proceso, fundamental en los casos estudiados; dotando a los jueces españoles de las herramientas necesarias para resolver estos supuestos de una forma más eficaz. Todo ello redundará en una mejor protección del interés superior del menor, que siempre son los más perjudicados en estas dramáticas situaciones.