

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: VÍAS DE
ACTUACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO VIGENTE

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: COURSES OF ACTION
IN THE CURRENT LEGAL FRAMEWORK

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 192-213



Carmen
AZCÁRRAGA
MONZONÍS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 16 de abril de 2015

RESUMEN: La sustracción internacional de menores es un tema dramático desde el punto de vista social, y complejo desde el punto de vista jurídico. El presente artículo proporciona las vías de actuación reguladas en la legislación española, de fuente internacional y nacional, que son complementarias si bien persiguen objetivos diferentes (la restitución del menor; la obtención de la custodia, responsabilidad civil o penal). Alcanzar una solución satisfactoria requerirá de un asesoramiento integral que guíe al perjudicado por la vía o vías más adecuadas para resolver su caso.

PALABRAS CLAVE: Sustracción de menores, traslado ilícito, derecho de custodia, derecho de visita.

ABSTRACT: International Child Abduction is a dramatic subject from a social point of view, and complex from a legal standpoint. This article provides the courses of action regulated in Spanish law in international and national sources, which are complementary but have different objectives (the child's return, obtaining custody, civil or criminal liability). Reaching a satisfactory solution will require comprehensive advice in order to guide the parent through the most appropriate way to resolve his case.

KEY WORDS: Child abduction, legal kidnapping, right of custody, right of access.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Vías de actuación.- 1. Medidas preventivas.- 2. Medidas una vez producida la sustracción.- A) Restitución del menor.- B) Acción judicial en el Estado del traslado.- C) Responsabilidad penal y civil.- 3. La mediación en la sustracción internacional de menores.- III. Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN.

La sustracción internacional de menores¹ es un tema dramático desde el punto de vista familiar y social, y complejo desde el punto de vista jurídico. Juega un papel importante en este contexto la carga emocional que conlleva toda situación de crisis familiar, incrementada ante la presencia de niños y niñas, y, por ende, ante la necesaria consideración del principio del interés superior del menor en la resolución de los conflictos. En todo asunto familiar existe una carga sentimental importante que no se aprecia en temas patrimoniales y que reclama del legislador y de la justicia una especial sensibilidad a la hora de resolver estos problemas.

Los medios de comunicación dan cuenta cada cierto tiempo de casos de sustracción de menores en los que se ven involucrados padres, madres y niños españoles, algunos de ellos muy mediáticos, en los que es posible apreciar la angustia que padecen las personas implicadas y las dificultades para ser resueltos. Es por ejemplo el caso de María José Carrascosa, valenciana, que se encuentra actualmente cumpliendo una condena de 14 años en Nueva Jersey (EEUU) por haber sustraído a su hija violando una sentencia estadounidense que atribuía la custodia al padre después de que una sentencia española se la atribuyera a ella². O más recientemente, también vinculado con Valencia, tuvo mucha repercusión en los medios de comunicación el caso de Isabel Monrós, que vio cómo sus hijos fueron

1 La terminología utilizada para denominar a este fenómeno es variada: secuestro interparental, traslado ilícito, retención ilegal, detención ilegal, y en terminología francesa e inglesa *enlèvement d'enfants* y *legal kidnapping* o *abduction* respectivamente.

2 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015): http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/12/23/actualidad/1261522809_850215.html.

• Carmen Azcárraga Monzonís

Es actualmente Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Mijá de la Muela" de la Universitat de València. Es Licenciada en Derecho en 2002 por la misma Universidad con Premio Extraordinario, cursó el Máster en Abogacía Internacional Práctica de la Universidad de Murcia en 2006 y obtuvo el Doctorado en marzo de 2007 por la Universidad de Valencia con la tesis doctoral "Sucesiones internacionales y multiculturalidad". Es autora y coautora de publicaciones sobre múltiples materias relacionadas con el Derecho internacional de familia y sucesiones, Derecho del comercio internacional y Derecho procesal internacional. Ha realizado estancias de investigación predoctorales y postdoctorales e impartido docencia, conferencias y seminarios en Universidades y otras instituciones de prestigio en Europa y Latinoamérica. Correo electrónico: carmen.azcarraga@uv.es.

devueltos junto a su padre desde Alboraya a México por haber incumplido ésta el régimen de visitas al que tenía derecho el padre³.

De igual modo merecen ser destacados los supuestos en que los niños son trasladados ilícitamente desde su país de residencia hasta otro con una cultura social y jurídica alejada de la del primero, como ocurre en las situaciones vinculadas con países de tradición occidental y de tradición islámica, en cuyo caso a los problemas propios de este tipo de situaciones se suman los relativos al choque de culturas y de valores, al reconocimiento de modelos familiares distintos, diferencias que en nada favorecen una resolución rápida y satisfactoria del problema. Ese fue precisamente el caso de Leticia Moracho, que estuvo 3 años luchando para traer a su hija de Iraq, donde había sido trasladada ilícitamente por su padre aprovechando el régimen de visitas⁴.

Mientras algunos de estos casos caen dentro del ámbito de aplicación del entramado normativo internacional existente en esta materia, otros no quedan cubiertos por tales instrumentos, lo que dificulta su resolución. El complejo sistema normativo sobre sustracción internacional de menores vigente en España⁵ es de carácter multidisciplinar, ya que regula aspectos civiles, procesales, penales e internacionales, y está formado además por normas de fuente diversa que requieren de una interpretación conjunta para su correcta aplicación. En esta materia se entrelazan normas europeas, convencionales y nacionales, lo que supone para los particulares e incluso para los operadores jurídicos todo un reto en la aplicación práctica del sistema⁶.

Nos referimos en particular desde la perspectiva española a los instrumentos siguientes: 1.- Normativa europea: Reglamento Bruselas II bis⁷ (no aplicable en Dinamarca); 2.- Normativa convencional: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁸, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de

3 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015):
http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/03/13/valencia/1363195622_699515.html

4 Véase la noticia en (última visita el 15.1.2015):
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/03/22/actualidad/1237676404_850215.html

5 Refleja la complejidad del sistema normativa en sede de protección de menores (extensible a la sustracción) GARAU SOBRINO, F: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3 (1), pp. 282-289.

6 Por ello resultan de especial utilidad las Guías Prácticas existentes sobre la materia editadas tanto por la Unión Europea o la Conferencia de La Haya, como por expertos en esta materia, por ejemplo, la elaborada por Cristina Marín Pedreño publicada en la editorial la Ley57 (en prensa).

7 Reglamento N° 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) N° 1347/2000. DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

8 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

menores⁹, Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores¹⁰, Convenio de Luxemburgo de 1980¹¹, Convenio hispano-marroquí sobre custodia y devolución de menores de 1997¹²; 3.- Normativa nacional: Código Penal¹³ (CP), Código Civil¹⁴ (CC) y Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁵ (LEC 1881).

En cada situación que se plantee será imprescindible determinar si existe algún instrumento que pueda ser aplicado y en caso de respuesta múltiple, cuál o cuáles de ellos es o son de aplicación teniendo en cuenta tres elementos: primero, las reglas de coordinación y/o prevalencia existente entre los mismos; segundo, sus respectivos ámbitos de aplicación; y, tercero, en el caso de los convenios internacionales, las eventuales reservas que los Estados contratantes hayan podido realizar. En este trabajo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de todas estas normas, tarea de imposible cumplimiento por motivos de espacio y ya abordada por otros autores en el pasado. Se propone recopilar y explicar los rasgos generales de las diferentes vías de actuación que proporciona la legislación ante estas circunstancias, ya sea para prevenir la sustracción internacional de menores o para tratar de resolverla cuando ésta ya se ha producido.

II. VÍAS DE ACTUACIÓN.

Las vías de actuación que facilita la legislación española, de fuente interna o internacional, son de distinta naturaleza (civiles, procesales, penales, internacionales...) y abarcan tanto medidas de carácter preventivo como medidas que es posible adoptar una vez se ha producido la sustracción del menor.

I. Medidas preventivas.

El sistema proporciona la posibilidad de adoptar diversas medidas para prevenir la sustracción internacional de menores, tanto de corte judicial como extrajudicial. En este apartado nos centraremos en las medidas judiciales y remitimos en cuanto a las extrajudiciales al tercer apartado de este epígrafe dedicado a la mediación en la sustracción internacional de menores como vía de actuación extrajudicial de

9 Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

10 Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. BOE núm. 291, de 2 diciembre de 2010.

11 Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia. BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

12 Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

13 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

14 Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de 25 de julio de 1889.

15 Gaceta núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

gran potencial para la resolución de esta clase de conflictos, tanto *ex ante* (como mecanismo de prevención) como *ex post* (esto es, una vez producida la retención ilícita).

En la vía judicial, la adopción de la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores¹⁶ supuso un paso importante en la lucha contra este fenómeno tanto en el orden civil como en el penal. El legislador consideró en aquel momento, y así lo plasmó la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica, que era necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

En el contexto civil de la prevención, esta reforma conllevó la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a evitar la sustracción de menores, tanto en el ámbito de las crisis matrimoniales (art. 103 CC) como en el de las relaciones paterno-filiales en general (art. 158.3 CC).

En el ámbito de las crisis matrimoniales, en primer lugar, el Código Civil español contempla un conjunto de medidas en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Comienza señalando el art. 103 CC que una vez admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, decidirá, con audiencia de éstos y en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Y añade además que cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular – luego cabrían más-, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

En segundo lugar y en la misma línea, se pronuncia el art. 158.3 CC en el marco de las relaciones paterno-filiales. El mismo dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres; 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; y 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o

16 BOE núm 296, de 11 de diciembre de 2002.

por terceras personas y, en particular –luego, nuevamente, cabrían más–, las mismas enumeradas en el art. 103 CC a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Mientras en el primer caso las medidas pueden ser adoptadas previa o coetáneamente a la presentación de una demanda de separación o divorcio¹⁷, en el segundo, las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales pueden solicitarse durante la vigencia de distintos tipos de procesos: civil (por ejemplo, en uno sobre filiación o en el que exclusivamente se reclame la guarda y custodia de un menor), penal (por ejemplo, en uno de malos tratos) o de jurisdicción voluntaria (por ejemplo, en una adopción). Además, se ha entendido de forma amplia que si no hubiera procedimiento alguno pendiente, podrían solicitarse y acordarse de forma autónoma a través de un procedimiento *ad hoc* de jurisdicción voluntaria¹⁸.

2. Medidas una vez se ha producido la sustracción.

No es fácil ponerse en la piel de una persona que se enfrenta a una situación semejante. Pero es posible conjeturar qué clase de preguntas se hará en dichas circunstancias (tanto el progenitor o progenitora como incluso el abogado o abogada que le asista). ¿Qué opciones tengo? ¿Dónde he de acudir? ¿Qué autoridades son competentes? ¿Qué procedimientos contempla la ley para recuperar a mi hijo? Por ello es importante conocer que existen diferentes vías de actuación ante una sustracción internacional de menores, que es posible acudir a ellas de forma simultánea, pero que algunas son más recomendables que otras según el fin perseguido: A) Restitución del menor. B) Acción judicial en el Estado del traslado. C) Responsabilidad penal y civil.

A) Restitución del menor.

La medida más urgente a solicitar ante una sustracción de menores es la llamada acción de restitución inmediata del menor al país de la residencia habitual del que fue sustraído. Se trata de solicitar a las autoridades competentes que el menor sea devuelto al país de donde fue sustraído (el de su residencia habitual) sin demora, con celeridad, sin cuestionar en esta fase los derechos de custodia y visita, esto es, sin entrar en el fondo del asunto, ya que estas cuestiones deberán dilucidarse en un proceso diferente¹⁹.

17 El procedimiento para su adopción se contempla en el caso de los procesos matrimoniales en los artículos 769 a 776 LEC, así como en los arts. 748 a 755 LEC como disposiciones generales de esta clase de procesos.

18 JIMÉNEZ FORTEA, J.: "Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel, pp. 347-348.

19 Arts. 16 y 19 Convenio de La Haya sobre sustracción. La doctrina ha subrayado la importancia del tratamiento diferenciado de estas cuestiones para el funcionamiento exitoso del Convenio. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid (2007): Marcial Pons, p. 267.

Se contemplan procedimientos expeditivos (seis semanas en algunas normas²⁰) porque el factor tiempo es esencial en estas situaciones. Ciertamente es que algunas causas pueden jugar en contra de estos plazos haciendo imposible su satisfacción²¹ y que además no se contemplan mecanismos de responsabilidad ante su incumplimiento, pero en cualquier caso la urgencia impuesta por la legislación persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el menor y evitar su integración en un nuevo medio, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior.

Varias normas de fuente diversa regulan la acción de restitución del menor al país de su residencia habitual. Nos detendremos en 1.- El Reglamento Bruselas II bis, 2.- El régimen convencional, incluyendo en particular el Convenio de La Haya sobre sustracción y el Convenio de Luxemburgo, y 3.- El régimen de origen interno de la LEC de 1881.

1.- El Reglamento Bruselas II bis regula la sustracción internacional de menores²² de un Estado miembro a otro de la Unión Europea con carácter preeminente respecto a otros instrumentos reguladores²³. Interesan en este ámbito los arts. 10 (competencia en caso de sustracción de menores) y 11 (restitución del menor). El primero otorga competencia al Estado miembro en que residía el niño antes de ser trasladado ilícitamente, lo que produce un “efecto disuasorio” para el sustractor que pueda verse tentado de plantear su caso ante un juez de otro Estado miembro con el objetivo de obtener la custodia en esa nueva jurisdicción²⁴.

Señala a continuación el art. 11.1 que las reglas que le siguen se aplicarán “cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (...) con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”.

20 Art. 11.3 Reglamento Bruselas II bis; art. 11.11 Convenio de La Haya sobre sustracción; art. 1902 LEC 1881.

21 Por ejemplo, desconocimiento por parte de los operadores jurídicos o el uso de tácticas dilatorias como la solicitud de informes sociales referidos a la situación del niño. DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch, p. 95.

22 El Reglamento Bruselas II bis no contiene una definición armonizada de “menor”, lo que ha dado lugar a dos interpretaciones: bien que cada Estado miembro debe aplicar su propia legislación nacional a esta cuestión, bien que se produce una remisión tácita al Convenio de La Haya sobre sustracción debiéndose respetar el límite de los 16 años. DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., pp. 196-197.

23 Véase art. 60 del Reglamento Bruselas II bis.

24 VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, Mª.M.: “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006), núm. 11, p. 12.

Siendo así, se aprecia cómo el Reglamento europeo remite al Convenio de La Haya sobre sustracción, si bien modulando al mismo tiempo su aplicación en los apartados siguientes con un conjunto de peculiaridades que consisten fundamentalmente en la incorporación de algunas garantías procedimentales que consolidan el sistema de La Haya²⁵ y que se ha considerado que “vienen a equilibrar las mayores facilidades para la sustracción que la creación de un espacio único sin fronteras interiores acarrea necesariamente”²⁶. Por ejemplo, establece en el art. 11.2 el Reglamento Bruselas II bis que se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez, o, también, señala el art. 11.4 del Reglamento que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980²⁷ si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

Finalmente, el art. 11.3 Reglamento Bruselas II bis establece que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional y, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

2.- Junto con la normativa europea, la restitución de menores en casos de sustracción se regula también en convenios internacionales. Nos centraremos en el Convenio de La Haya sobre sustracción²⁸ y el Convenio de Luxemburgo²⁹, si

25 REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Lustel, pp. 220, 228.

26 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 194.

27 Art. 13 Convenio de La Haya sobre sustracción: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

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

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

28 El art. 4 del Convenio de La Haya sobre sustracción clarifica a qué niños se aplica la norma: “El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”.

29 El art. 1.a) del Convenio de Luxemburgo contiene la definición de “menor” a los efectos de su aplicación: “Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido”.

bien en España se encuentran también vigentes el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 y el Convenio hispano-marroquí de 1997, aplicable a los menores de 16 años, no emancipados, que tengan la nacionalidad de uno de los dos Estados (art. 2)³⁰.

El Convenio de La Haya sobre sustracción y el Convenio de Luxemburgo presentan diversos aspectos comunes y una relevante diferencia. Comparten la protección de menores de 16 años, el establecimiento de sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilícitamente y la creación de un sistema de cooperación de autoridades en los países signatarios (se trata de convenios *inter partes*) encargados de gestionar ágilmente la crisis familiar. Pero al mismo tiempo la diferencia principal recae en que el Convenio de La Haya no exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia (resuelve un problema fáctico pero no garantiza la homologación en España de la resolución judicial extranjera³¹), como sí se requiere en el Convenio de Luxemburgo³². Aunque ninguno de estos convenios ha escapado a las críticas³³, el hecho de que el Convenio de La Haya no exija resolución previa para su puesta en marcha es una de las razones que explican que en la práctica se haya hecho un mayor uso de este Convenio que del de Luxemburgo, si bien es posible la aplicación simultánea de ambos porque son complementarios³⁴.

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores ha sido uno de los textos más exitosos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en términos de ratificaciones, con 93 países contratantes en el momento de escribir estas líneas, entre los que se encuentra España³⁵. Como señalaba anteriormente, establece un sistema de cooperación de autoridades, denominadas Autoridades

-
- 30 La nacionalidad del menor deviene por tanto relevante en este instrumento, a diferencia de los anteriores. Véase sobre este convenio PÉREZ BEVÍA, J.A.: "El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores", en AA.VV. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL). Madrid (2000): Colex, pp. 139-162. Téngase en cuenta que Marruecos se adhirió al Convenio de La Haya sobre sustracción en 2010. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: "El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3(1), p. 49.
- 31 MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*. Granada (1998): Comares, p. 187.
- 32 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 55. Véase el art. 1.d) del Convenio de Luxemburgo.
- 33 Se ha criticado cómo los Convenios de La Haya y de Luxemburgo son incompletos y proporcionan problemas prácticos como la lentitud y la farragosidad de los procedimientos. ESPINOSA CALABUIG, R.: "Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, p. 244.
- 34 DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores*, cit., p. 232; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, p. 192. También se ha considerado que la aplicación de uno u otro debe regirse por el principio de máxima eficacia, debiéndose aplicar el que se considere que resulta más favorable al conflicto planteado. PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia* (2002), núm. 16, p. 255.
- 35 Puede consultarse el estado de ratificaciones del Convenio en (última visita 27.1.2015): http://www.hch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24

Centrales, que se comunican con el objetivo de que la crisis se resuelva de la forma más satisfactoria y rápida posible³⁶.

El modelo consta de dos fases. En una primera las Autoridades Centrales están obligadas a facilitar una solución amigable del conflicto (art. 10), y si ésta fracasara, la propia Autoridad tiene la obligación de promover el procedimiento de restitución (art. 11), si bien éste puede ser también ejercitado directamente por el progenitor. Se trata de un sistema paralelo e independiente de la vía judicial, gratuito para el solicitante³⁷, y en el que no se exige la asistencia de abogado, si bien es recomendable.

En España, el organismo que tiene atribuidas las funciones de Autoridad Central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, dependiente del Ministerio de Justicia³⁸. Ante la misma deberá presentarse un formulario (disponible en línea en la Web del Ministerio)³⁹, convenientemente cumplimentado, y adjuntar una serie de documentos como el certificado de nacimiento del menor; la decisión por la que se otorgó la custodia (si existe), una fotografía reciente del niño y del sustractor o sustractora, etc (los documentos que se entiendan que podrían apoyar a la solicitud).

En determinadas circunstancias, que deben ser interpretadas de manera restrictiva, no se ordenará la restitución del menor⁴⁰. Así, señala el art. 12 que la integración del menor en su nuevo ambiente puede conllevar la denegación de esta solicitud. También el art. 20 en relación con el art. 12 establece que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

El art. 13 añade además que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si se demuestra que a) el derecho de custodia no se ejercía de modo efectivo en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor

36 Configura por tanto una cooperación *ex post*, esto es, una vez se ha producido la sustracción del menor. La ausencia de medidas preventivas ha sido criticado por LAPIEDRA ALCAMI, R.: "La sustracción internacional de menores", cit., p. 195, quien considera este aspecto "uno de los déficits más importantes" del Convenio.

37 Véase la regulación de los gastos en el art. 26 del Convenio de La Haya sobre sustracción.

38 Art. 6 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

39 Formulario disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198006656/Detalle.html?param1=5

40 Proporciona un análisis de jurisprudencia española reciente PAZ LAMELA, R.S.: "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)", *AFDUC* (2013), núm. 17, pp. 675-685.

en una situación intolerable. De igual modo, si se 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 opiniones⁴¹.

El Convenio de Luxemburgo de 1980, por otra parte, fue gestado en el seno del Consejo de Europa y se encuentra hoy vigente entre 37 países⁴². Establece un sistema de cooperación de autoridades, tal y como se mencionó anteriormente, aunque predomina la vertiente del reconocimiento y ejecución de decisiones sobre la de cooperación. De acuerdo con el art. 7 "Las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y, cuando sean ejecutorias en el Estado de origen se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante".

En caso de "traslado sin derecho", dice el art. 8 del Convenio de Luxemburgo que la Autoridad Central del Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor: a) Cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si éste se produjo con anterioridad, el menor y sus padres sólo ostentan la nacionalidad de dicho Estado y el menor tiene residencia habitual en el territorio de dicho Estado, y b) Se haya dirigido una solicitud de restitución a una Autoridad Central, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho⁴³.

Los arts. 9 y ss. del Convenio de Luxemburgo regulan a continuación los motivos de denegación, que podrían agruparse en vulneración de derechos de defensa, interés del menor y contrariedad con los principios del Derecho de familia del Estado requerido⁴⁴. A modo de ejemplo, señala el art. 9 que si tal solicitud ha sido cursada por medio de una Autoridad Central dentro del plazo de seis meses a partir del traslado únicamente podrán denegarse el reconocimiento y la ejecución –entre otros motivos ahí enumerados- si cuando se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el escrito por el que se incoó el procedimiento o cualquier documento equivalente no se hubiera notificado al demandado en debida forma y con el tiempo suficiente para poder defenderse⁴⁵.

41 Esta regla de contenido indeterminado va a resultar muy difícil de aplicar en la práctica dado que no será sencillo determinar si ha habido algún tipo de influencia por parte de alguno de los progenitores.

42 Puede consultarse el estado de ratificaciones del Convenio en (última visita 27.1.2015): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=105&CM=8&DF=18/01/2015&CL=ENG>

43 Téngase en cuenta no obstante que el apartado 2 indica que "Si con arreglo a la ley del Estado requerido no pudiera cumplirse lo prescrito en el párrafo primero del presente artículo sin la intervención de una autoridad judicial, ninguno de los motivos de denegación previstos en el presente Convenio será de aplicación en el procedimiento judicial".

44 PALAO MORENO, G. "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", cit., p. 264.

45 No obstante, dicha falta de notificación no podrá ser causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución si se debiera a que el demandado ocultó el lugar de su paradero a la persona que entabló el procedimiento correspondiente en el Estado de origen.

Si han transcurrido más de seis meses desde el traslado, el art. 10 añade más causas de denegación a las contempladas en el art. 9. Por ejemplo, a) Si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido, o b) Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor.

3.- En tercer lugar, el régimen de origen interno en materia de restitución de menores en casos de sustracción hace referencia a la regulación prevista sobre la materia en la antigua LEC de 1881. La normativa aplicable, que fue introducida por la L.O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶, se contempla en los arts. 1901 y ss. LEC 1881. La reforma supuso un notable avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en este ámbito ya que introdujo un procedimiento específico para articular las reclamaciones cursadas en virtud de convenios internacionales. Así lo explicita el art. 1901 LEC 1881: "En los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta Sección".

En la misma se otorga competencia para conocer de la restitución al Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos. Podrá promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor; la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad. Intervendrán el Ministerio Fiscal y los interesados *podrán* actuar bajo la dirección de abogado. La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor (art. 1902 LEC 1881).

Los plazos son sumarios desde el principio y se prevé que la persona que ha sustraído al menor comparezca en el Juzgado con éste y se manifieste en la fecha que se determine si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia; o, en otro caso, si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento (art. 1904 LEC 1881). Si no compareciese, se establece el procedimiento por el cual

46 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

será declarado en rebeldía y el Juez decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor (art. 1905 LEC 1881).

Si compareciere y accediere a la restitución voluntaria del menor, se levantará acta, acordando el Juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución y organismo titular del derecho de custodia, así como lo procedente en cuanto a costas y gastos (art. 1906 LEC 1881). Por el contrario, si compareciere y se opusiera a la restitución al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio, se ventilará la oposición por medio de juicio verbal. Se citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal y, en su caso, se practicará prueba. Si procede, el Juez oír al menor sobre su restitución separadamente y podrá recabar los informes que estime pertinentes (art. 1907 LEC 1881).

El Juez dictará auto resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días (art. 1908 LEC 1881). Si el Juez resolviese la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que lo trasladó o retuvo abone las costas del procedimiento así como los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción. En los demás supuestos, se declararán de oficio las costas del procedimiento (art. 1909 LEC 1881).

B) Acción judicial en el Estado del traslado.

Dentro de este apartado nos referimos a dos acciones que es posible emprender en el Estado al cual ha sido trasladado el menor: En primer lugar, el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en el Estado de origen; y, en segundo lugar, la sustanciación de un nuevo procedimiento sobre el derecho de custodia y visita en el estado de destino. Estas dos opciones llevarán un tiempo en resolverse, por lo que se trata de una vía de actuación más lenta y, por ello, menos recomendable si de lo que se trata es de poner fin a la crisis familiar lo antes posible. De igual modo con su ejercicio se corre el riesgo de caer en prácticas nacionalistas que han favorecido tradicionalmente al sustractor; generalmente de la nacionalidad del país del foro⁴⁷.

Ahora bien, también es cierto que pueden considerarse complementarias a la acción de restitución y que incluso pueden jugar un papel primordial en dos situaciones. En el caso del reconocimiento de decisiones extranjeras, cumple en ocasiones una importante función preventiva con el fin de evitar que se dicte en el país del traslado un fallo contrario que atribuya la custodia al otro progenitor;

47 Argumenta la falta de idoneidad de estas opciones LAPIEDRA ALCAMI, R.: "La sustracción internacional de menores", cit., pp. 189-190.

quien “legalizaría” de este modo una situación inicialmente ilegal aprovechando el “nacionalismo judicial” que caracteriza a estas situaciones⁴⁸. Y en cuanto a la sustanciación de un nuevo procedimiento en el Estado de destino, a veces será la única vía posible en supuestos excluidos del ámbito de aplicación de convenios internacionales.

Múltiples textos legislativos de fuente dispar contemplan reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Como hemos visto, algunos se refieren a la materia que nos ocupa, pero también es posible solicitar el reconocimiento de esta clase de resoluciones en virtud de otros convenios de ámbito civil y mercantil más amplio, principalmente bilaterales, que incluyen esta materia. En el contexto europeo, destacan las novedades que introdujo el Reglamento Bruselas II bis al haber suprimido el *exequatur* para dos tipos de decisiones, lo que supuso en su momento un significativo avance en el objetivo hacia la libre circulación de decisiones en la Unión Europea.

De acuerdo con el art. 40 del Reglamento Bruselas II bis se benefician de este régimen las resoluciones sobre derecho de visita y las relativas a la restitución de menores contempladas en el art. 11.8 del Reglamento. Tal disposición dispone que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor; dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva (...), con el fin de garantizar la restitución del menor”⁴⁹.

Según regulan los arts. 41 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, éstas serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen. El procedimiento de certificación, que se regula a continuación en el art. 43 del Reglamento, implica un control en origen de la resolución. Este procedimiento refuerza el papel del juez que dictó la resolución, si bien ésta podrá recurrirse en origen también conforme a su Derecho interno.

Finalmente, dado que el elenco de normas existente en esta materia que vincula a España con otros Estados, ya sean de naturaleza multilateral o bilateral, no alcanza

48 LAPIEDRA ALCAMI, R.: “La sustracción internacional de menores”, cit., p. 207. Es frecuente que los menores sean trasladados a los países de los que son nacionales los progenitores sustractores, que se ven favorecidos por sus tribunales.

49 Esta regla y la norma de competencia del art. 10 del Reglamento Bruselas II bis (que atribuye la competencia para conocer de casos de sustracción a los tribunales del Estado miembro de la residencia del menor antes de ser trasladado ilícitamente) neutralizan las prácticas nacionalistas de los tribunales del Estado de destino a las que nos referíamos antes, al mismo tiempo que permite “frenar las decisiones de no regreso que han proliferado más de lo deseado en los últimos tiempos”. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, cit., p. 274.

a todos los países del mundo, habrá que estar en estos casos a lo establecido en la legislación interna del país al que ha sido trasladado el menor; tanto para el eventual reconocimiento de una sentencia sobre su custodia dictada previamente en España como para, en su caso, incoar un nuevo procedimiento relativo a los derechos de custodia y visita ante dichas autoridades extranjeras.

C) Responsabilidad penal y civil.

Además de interponer una demanda de restitución y de la posibilidad de emprender determinadas actuaciones legales en el país de destino del menor; el progenitor afectado puede también iniciar al mismo tiempo un proceso penal contra el sustractor. La criminalización de la sustracción de menores no ha sido pacífica en la doctrina⁵⁰ y requiere ponderar las circunstancias en juego porque no es recomendable en todo caso⁵¹ pero la normativa no impide emprender esta vía de forma paralela a las anteriores, que en España se regula en el Título XII del Libro II CP dedicado a los delitos contra las relaciones familiares.

La sustracción de menores se contempla en particular en el art. 225 bis CP, introducido por la mencionada L.O. 9/2002 de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores⁵². Dicho precepto contiene una definición propia de "sustracción" según la cual se consideran como tal dos situaciones: el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia, o la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa⁵³.

Con base en dicha definición, el art. 225 bis señala que "el progenitor"⁵⁴ que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de

50 DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Sustracción parental de menores*, cit., pp. 322-323.

51 La vía penal puede resultar contraproducente en algunos casos porque puede conllevar efectos negativos para la resolución de la crisis. Por ejemplo, puede disuadir al infractor de viajar al país de origen para devolver al hijo, incitarle a esconderse junto con el niño e impedir que una vez resuelto el problema de sustracción el menor pueda seguir manteniendo contacto con los dos progenitores. Además debe tenerse en cuenta que si la conducta no está tipificada como tipo delictivo en el país de destino, no supondrá cooperación internacional.

52 Explica con más detalle el carácter de la reforma LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, pp. 36-37.

53 La configuración de estos tipos delictivos genera varias dudas de interpretación. Remitimos a la doctrina especializada para conocer qué se propone como concepto de "menor" en este contexto (sujeto pasivo), quién se considera "progenitor" a estos efectos (sujetos activos), el debate existente entre la necesidad o no de una resolución sobre la guarda y custodia en la primera situación, qué debe entenderse por "incumplimiento grave", etc. LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras", cit, pp. 33-76; GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): Iustel, pp. 77-102; SOTO RODRIGUEZ, M^oL.: "La sustracción de menores", *La Ley Penal* (2014), núm. 8331, pp. 1-22; GARCÍA PÉREZ, O.: "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret* (2010), núm. 4, pp. 1-33.

54 Entendemos que los parentescos son tanto por naturaleza como por adopción. Además el apartado quinto del art. 225 bis amplía los sujetos activos de este delito a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años⁵⁵, añadiendo además que cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada se impondrá en su mitad superior. La sustracción internacional se configura por tanto como un subtipo agravado de este delito ante la especial lesión producida.

Determinadas circunstancias pueden dar lugar a la absolución del sustractor o a un tipo atenuado. Si el sustractor comunica el lugar de estancia al otro progenitor (o a quien corresponda legalmente su cuidado) dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o si la ausencia no ha sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. No obstante, si restituye al menor sin esa comunicación dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Los plazos se computan desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

Junto con la responsabilidad penal del sustractor, el progenitor agraviado puede también reclamar una indemnización por daños morales con base en el art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), es ejemplo de ello. En la misma el actor, quien era titular de la guarda y custodia del menor, ejerció una acción de responsabilidad civil extracontractual por haber sido privado de su relación con su hijo trasladado a Estados Unidos por su madre.

Dilucidar la eventual responsabilidad civil de la sustractora requirió esclarecer el momento a partir del cual debía empezar a contar el plazo de un año de prescripción de la acción contemplada en el art. 1968.2 CC. Habiéndose planteado como *dies a quo* el momento de la sustracción, el Tribunal consideró sin embargo que se había tratado de un daño continuado, esto es, infligido durante toda la minoría de edad del hijo mientras se ejerce la patria potestad y otros derechos inherentes, por lo que el momento a tener en cuenta debía ser el cumplimiento de la mayoría de edad por parte del menor, cuando se extingue la patria potestad⁵⁶.

El Tribunal falló que el progenitor que impide mediante una acción deliberada las relaciones paterno-filiales con el otro progenitor que tiene reconocido por resolución judicial el ejercicio de la guarda y custodia (como así quedó demostrado en este caso), está obligado a indemnizar el daño moral causado. El problema que

55 Interpreta este efecto civil de la sustracción MONFORT FERRERO, M. J.: “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar”, en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel, p. 143.

56 GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009”, *Revista Jurídica de Catalunya* (2010), núm. 3, pp. 169-196, 174.

surge a continuación es la cuantificación de tal daño, que no es posible determinar atendiendo a parámetros objetivos. Si el progenitor perjudicado reclamara daños patrimoniales sufridos durante la sustracción (honorarios de abogado y procurador, viajes, etc), el tribunal podría tenerlos en cuenta; pero compensar económicamente los daños psicológicos derivados de tal situación no resulta sencillo. No debe olvidarse además que si se obtiene una reparación pero el progenitor condenado no cumple voluntariamente, normalmente será necesario ejecutar la sentencia española en el extranjero, sobre todo si éste tiene su patrimonio fuera de nuestro país.

Mencionar por último la posibilidad de demandar al Estado por la eventual responsabilidad en que pueda haber incurrido por omisión a la hora de adoptar las medidas adecuadas para el ejercicio efectivo del derecho a la vida familiar, como ha considerado en el pasado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷.

3. La mediación en la sustracción internacional de menores.

No podemos olvidar, por último, el papel que puede jugar la mediación tanto para prevenir como para solucionar casos de sustracción internacional de menores.

Los conflictos privados internacionales en general, y los familiares con elementos de extranjería en particular, presentan una especial complejidad por la presencia de factores relacionados con la propia naturaleza de las situaciones vinculadas con varios países. Por ejemplo, la distancia geográfica entre las personas implicadas –y consecuente diferencia horaria, que dificulta la comunicación–, las diferencias idiomáticas, la eventual colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos, y la necesidad de acudir a la cooperación internacional para su resolución. En este marco los sistemas extrajudiciales como la mediación se presentan especialmente atractivos frente a los tradicionales sistemas judiciales.

El uso de la mediación ha sido impulsado tanto legalmente como en la práctica por múltiples organizaciones, entre las que destaca en el ámbito de la protección de menores y en el de la sustracción en particular la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁵⁸. La Conferencia de La Haya ha trabajado en las últimas décadas en la promoción de soluciones amistosas en el concreto ámbito de las relaciones familiares internacionales reguladas por los convenios adoptados en su seno, ya que algunos de ellos animan a recurrir a

57 Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 96 de la Constitución Española, art. 3 L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor. GÓNZALEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil, cit., p. 191.

58 Véase con más detalle el análisis del trabajo emprendido en este ámbito por esta organización en AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de La Haya", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)* (dir. por R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIER Y P. DIAGO DIAGO). Madrid (2015): Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

la mediación en sus respectivos campos de actuación. Es el caso del Convenio de La Haya sobre sustracción pero también el de los relativos a la protección de los niños de 1996, protección de adultos de 2000 y cobro internacional de alimentos de 2007⁵⁹.

Fuera del entramado convencional elaborado por la organización también destaca el esfuerzo emprendido por impulsar el diálogo entre culturas jurídicas alejadas en el marco del Proceso de Malta, que acaba de cumplir diez años desde su lanzamiento en marzo de 2004. Éste se concibe como un diálogo entre jueces y funcionarios de, por un lado, distintos Estados contratantes de los Convenios de La Haya sobre sustracción de 1980 y protección de menores de 1996 y, por otro lado, Estados no contratantes de tales instrumentos cuyos sistemas jurídicos se basan o están influenciados por el Derecho islámico (o "Shariah"). El principal objetivo de esta iniciativa es mejorar la cooperación en la resolución de casos transfronterizos en los que se ven envueltos menores con vistas a encontrar soluciones en situaciones en que no resulta de aplicación el entramado legal existente, incluyendo el fomento de la mediación internacional⁶⁰.

Además, se han redactado Guías de Buenas Prácticas para fomentar la aplicación efectiva de los Convenios de La Haya, destacando especialmente en esta materia la Guía de 2012 del Convenio sobre sustracción dedicada a la mediación⁶¹. De los trabajos de La Haya es posible extraer una serie de directrices que se encuentran en la base del éxito de experiencias mediadoras. Por ejemplo, la necesidad de valorar la aptitud del caso para ser mediado⁶² y una vez determinado lo anterior; la relevancia de elegir el tipo de mediación más conveniente (directa, indirecta, simple, co-mediación, bicultural bilingüe...). También es imprescindible hacer hincapié en la formación de los mediadores, ya que la misma ha de adaptarse a las necesidades de las situaciones privadas internacionales, lo que incluye la aptitud intercultural, la habilidad idiomática y, aunque el asesoramiento jurídico no forme parte de su labor, el conocimiento de los instrumentos jurídicos aplicables, tanto internacionales como nacionales.

59 Art. 7 del Convenio de La Haya sobre sustracción; art. 31 b) del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños; art. 31 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos; y arts. 6(2) d), 34(2) i) del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

60 Toda la información acerca de esta iniciativa se encuentra disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5214&dtid=46.

61 La versión en español se encuentra disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf

62 Son diversos los factores que pueden llevar a considerar que la disputa no es apta para la mediación, como la constatación de violencia familiar, el abuso de alcohol o de drogas, la excesiva polarización de las posturas de las partes o un desequilibrio severo de sus poderes de negociación.

El asesoramiento jurídico deviene trascendental en el ámbito de la mediación internacional y en el de la circulación internacional de decisiones en particular. De nada sirve que las partes alcancen un acuerdo si para su cumplimiento efectivo éste ha de desplegar efectos en más de un país y no cumple con los requisitos de las legislaciones implicadas para que así sea. Por ello la Conferencia de La Haya ha valorado incluso la posibilidad de elaborar un instrumento normativo propio sobre mediación transfronteriza en el ámbito familiar, iniciativa que ha empezado por abordar la ejecución internacional de acuerdos y que continúa hoy día vigente en la agenda del legislador de La Haya⁶³.

III. VALORACIÓN FINAL.

Como se desprende de este estudio, la sustracción de menores es una materia sensible, multidisciplinar, compleja, que se regula por normas de distinta naturaleza y origen que proporcionan diferentes vías de actuación que se construyen de forma paralela. El elenco de normas adoptadas en la materia en las últimas décadas junto con el establecimiento de mecanismos como la acción de restitución inmediata o la eliminación del *exequatur* en la UE, denota el esfuerzo del legislador por dotar a esta problemática de medios y cauces jurídicos eficaces para luchar contra este fenómeno, pero la práctica obstaculiza la pronta resolución de algunos casos por múltiples factores.

Padres que esconden a sus hijos, falta de cooperación de las autoridades extranjeras, falta de formación de los operadores implicados, plazos cortos en los instrumentos aplicables para cuya satisfacción las administraciones no siempre cuentan con los medios ni la formación suficientes, corrupción, lentitud de los sistemas judiciales, colisión de culturas sociales y jurídicas con sistemas patriarcales que discriminan a las madres o proteccionistas con sus nacionales...

Por ello me gustaría terminar esta contribución haciendo hincapié en tres aspectos: la conveniencia de adoptar medidas preventivas, la necesidad de fomentar el recurso a la mediación tanto antes como después de que se produzca la sustracción, y, por último, la importancia de un asesoramiento jurídico integral que conozca el conjunto de la normativa aplicable y las diferentes vías de actuación para que guíe al perjudicado por aquella o aquellas más adecuadas para resolver satisfactoriamente su caso.

63 El último Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 ha invitado al grupo de expertos a que continúe estudiando el papel de los Convenios existentes sobre menores en el reconocimiento internacional de acuerdos en esta materia, así como el impacto que tendría un nuevo instrumento en la circulación internacional de este tipo de acuerdos. Recomendaciones y Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Política de 2014 (8-10 abril 2014). Disponible en (última visita 27.1.2015): http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf.

BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de La Haya", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)* (dir. por R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIR Y P. DIAGO DIAGO). Madrid (2015): Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: "El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3(1).

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid (2007): Marcial Pons.

- "Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

GARAU SOBRINO, F.: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), núm. 3 (1).

GARCÍA PÉREZ, O.: "El delito de sustracción de menores y su configuración", *InDret* (2010), núm. 4.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009", *Revista Jurídica de Catalunya* (2010), núm. 3.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

JIMÉNEZ FORTEA, J.: "Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980", en AA.VV. *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar* (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

LLORIA GARCÍA, P.: "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

MONFORT FERRERO, M.J.: "Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

MOYA ESCUDERO, M.: **Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores**. Granada (1998): Comares.

PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", **Revista de Derecho de familia** (2002), núm. 16.

PAZ LAMELA, R.S.: "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)", **AFDUC** (2013), núm. 17.

PÉREZ BEVIÁ, J.A.: "El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores", en AA.VV. **Estatuto personal y multiculturalidad de la familia** (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL). Madrid (2000): Colex.

REIG FABADO, I.: "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", en AA.VV. **Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar** (coord. por P. LLORIA GARCÍA). Madrid (2008): lustel.

SOTO RODRÍGUEZ, M^a. L. "La sustracción de menores", **La Ley Penal** (2014), núm. 8331.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M^a.M.: "La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003", **Revista Electrónica de Estudios Internacionales** (2006), núm. 11.