

*CONGRESO INTERNACIONAL*  
*JUSTICIA Y PERSONAS VULNERABLES EN IBEROAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA*  
2, 3 y 4 de diciembre de 2020

**COMUNICACIÓN**  
**PARA**  
**“JUSTICIA Y PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE LA EDAD”**

**LA TUTELA CIVIL EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN**  
**DE MENORES INTERNACIONAL POR SUS PROPIOS PADRES**

Por  
F. Javier Jiménez Fortea  
Profesor titular de Derecho procesal  
Universidad de Valencia

**Esquema de la exposición:** I.- Introducción. II.- Las respuestas jurídicas a las sustracciones internacionales de menores por sus propios padres. III.- Los procesos civiles especiales de los artículos 778 quáter a 778 sexies de la LEC. IV.- La posibilidad de la mediación. V.- Conclusiones.

**I.- Introducción.**

Según ha publicado el **Centro Nacional de Desaparecidos**, dependiente del Ministerio del Interior<sup>1</sup>, en su **informe de 2020 sobre personas desaparecidas en España**, en 2019 fueron 369 los casos de sustracciones de menores que investigaron los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Por su parte, en la UE existen 16 millones de matrimonios compuestos por nacionales de diferentes países, de los cuales unos 140.000 se divorcian al año, produciéndose unos 1.800 casos de sustracciones internacionales por sus propios padres también por año. Estos datos, desde luego, demuestran que no estamos ante un problema social “menor”, pero a pesar de las cifras, esta realidad es desconocida por gran parte de la opinión pública, salvo cuando algún caso llama la atención de los medios de comunicación. Como los casos de Juana Rivas o M<sup>a</sup> José Carrascosa.

Su **origen** se encuentra en razones siempre complejas y no extrapolables de un supuesto a otro. Con todo, no cabe duda de que está favorecida por la globalización, la facilidad en las comunicaciones y los movimientos migratorios, que han llevado a un incremento de los matrimonios

---

<sup>1</sup> Fue el Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, el que incluyó el *Centro Nacional de Desaparecidos* dentro de la Secretaría de Estado de Seguridad, en concreto, en el Gabinete de Coordinación y Estudios.

o uniones de hecho entre personas de diferentes países, culturas y religiones, lo cual provoca que, cuando se produce una crisis o la ruptura de la relación, algunos padres traten de conseguir por su propia mano la guarda y custodia que los tribunales les han negado.

Obviamente, el Derecho ha prestado atención a este problema y **la pregunta que nos hacemos es si España cuenta con un marco jurídico suficiente para dar una solución adecuada a la problemática social que provocan las sustracciones de menores internacionales por sus propios padres<sup>2</sup>.**

## **II.- Las respuestas jurídicas a las sustracciones internacionales de menores por sus propios padres.**

**Frente al riesgo o a la ya efectiva sustracción interparental**, las posibilidades de reacción que unos padres tienen desde un punto de vista jurídico van a depender de si el secuestro –o la sospecha de que se puede producir– tiene –o puede tener– carácter nacional o internacional. En ambos casos, cabe instar **medidas de carácter preventivo** que traten de evitarlo, pero una vez producida, podría iniciarse un proceso penal, si el país en cuestión lo tiene tipificado –como ocurre en España– y/o una **acción de responsabilidad civil por los daños derivados de la sustracción**, así como, en su caso, otra **acción de responsabilidad contra el Estado, por no haber adoptado las medidas garantizadoras de la efectividad del derecho a la vida familiar**, tal como lo ha estimado en alguna ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además de lo anterior y específicamente para los supuestos de sustracción internacional, se podría iniciar un **procedimiento judicial en el Estado en el que se encuentre el menor con el fin de que se reconozca una resolución favorable al progenitor que se ha visto privado de la custodia o el derecho de visita y/o para replantear los derechos de guarda y custodia**. Se trata, sin embargo, de unas acciones con muchas dificultades y de resultado incierto, puesto que exigen pleitear en un país, seguramente distinto al de la nacionalidad y residencia del cónyuge que se ha visto privado de su hijo. Todo lo cual supondrá normalmente designar defensa y representación jurídico-procesal en el país de destino, traductores y desplazamientos al mismo, con el consiguiente gasto que todo ello implica, aparte de que las legislaciones mayoritariamente son favorecedoras de sus nacionales y de las personas de ellos dependientes, así como la dificultad, cuando no la falta de reconocimiento, de los documentos y resoluciones del país de origen. En fin, un auténtico “laberinto procesal”, que hace sumamente penoso jurídicamente el retorno del menor.

---

<sup>2</sup> Todo lo que voy a comentar aquí está desarrollado extensamente en: “Tutela civil y sustracción internacional de menores por sus propios padres”, en AA.VV., *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la UE* (coord. Jiménez Fortea, F.J.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 315-390.

Así las cosas y sin ser incompatible con lo anterior –incluso, siendo alguna vez conveniente simultáneas–, ha ido configurándose en los instrumentos internacionales una clase de acción, posiblemente la más eficaz, consistente en una **pretensión exclusiva de retorno o restitución inmediata del menor, sin entrar en otro tipo de consideraciones (custodia, visitas, etc.)**, dirigida a un órgano del lugar donde se encuentre el menor –jurisdiccional o administrativo; ambas opciones son válidas, dependiendo de la política legislativa de cada Estado–. Una vez se haya cumplido con el retorno o la restitución, en su caso, ya se puede discutir sobre los derechos y obligaciones de uno y otro cónyuge respecto de los hijos o un cambio en los términos del ejercicio de la responsabilidad parental, ante el tribunal del país –normalmente el del lugar de residencia habitual antes de la sustracción– y a través del proceso que corresponda.

### **III.- Los procesos civiles especiales de los artículos 778 quáter a 778 sexies de la LEC.**

En España, fue la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor** la que, si bien no era una norma específica sobre sustracción de menores interparental, pretendió poner fin a una etapa caracterizada por los retrasos en la resolución de los casos de esta clase de sustracciones y la incertidumbre respecto al procedimiento a seguir, que los tribunales habían suplido por uno *ad hoc*, partiendo de las previsiones de los convenios de Luxemburgo y de La Haya de 1980, ratificados por España, los cuales exigían que fuera rápido y sencillo.

La Disposición Final 19ª.2 de la LO 1/1996 estableció que el procedimiento de restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, cuando fuera aplicable un convenio internacional y se encontrara en nuestro país, procedente de otro, se resolvería a través de un denominado entonces “procedimiento” de jurisdicción voluntaria, que reguló en los artículos 1901 a 1909 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los cuales fueron derogados posteriormente por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, como luego se verá (Disposición Final 3ª, números 5. 6. 10. 11. 12 y 13).

Por su parte, la **Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores**, introdujo medidas evitadoras de la sustracción para cuando surja el riesgo de la misma, tanto en el **artículo 103 CC**, relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, como en el **artículo 158 CC**, relativo a las relaciones paterno-filiales.

No obstante lo anterior, a la vez que se introducían esas medidas de carácter civil, la misma Ley procedió a la **tipificación penal** del secuestro de menores por sus propios padres y familiares, con la inclusión del **artículo 225 bis** del Código penal. Además, se añadió un segundo párrafo al

artículo 224 del mismo texto, tipificando las conductas de los progenitores que indujeran al menor a que abandonase el domicilio habitual. Finalmente, el artículo 622 del mismo texto legal, estableció como falta el que los padres vulneraran el régimen de custodia, cuando los hechos no fueran constitutivos de los delitos contra las relaciones familiares o de desobediencia, si bien la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha derogado este último artículo.

Sin embargo, sobre la vía penal siempre ha habido reticencias y críticas, cuestionándose si es la más apropiada para obtener la finalidad perseguida, que es en definitiva el retorno del menor con el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, así como la normalización del régimen de visitas. De hecho, los convenios internacionales circunscriben su aplicación al ámbito civil exclusivamente, aunque no excluyen, desde luego, el que los Estados parte de los mismos prevean en sus ordenamientos soluciones de esta naturaleza. Así, además de España, han tipificado penalmente estas conductas, entre otros, EE.UU., Gran Bretaña, Australia, Canadá, Suecia, Noruega o Israel.

En nuestro país, la **Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria**, supuso un cambio trascendental, al convertir el procedimiento de restitución de un menor que esté en España, cuando seamos requeridos por otro Estado al amparo de una norma internacional y cuya naturaleza era de jurisdicción voluntaria, en un auténtico proceso -ahora especial-. Al mismo tiempo, esa norma introdujo otro especial para declarar la ilicitud de un traslado o retención internacionales, cuando el menor tuviera su residencia habitual en España, independientemente del que se esté ejercitando, con el fin de conseguir la restitución de ese menor al amparo de un convenio o instrumento internacional. **Esa Ley, por lo tanto, creó dos procedimientos especiales con objetos procesales distintos, pero ambos con el fin de solucionar las sustracciones internacionales de menores por sus propios padres en los que nuestro país es el destino de ese traslado o retención, o el de la residencia del menor que los ha sufrido<sup>3</sup>.**

**Como complemento** a la aprobación de esas normas y con el fin de establecer criterios uniformes en su aplicación, la **Fiscalía General del Estado** aprobó la Instrucción 2/2015, de 16 de octubre, *sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* y la Circular 9/2015, de 22 de diciembre de 2015, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*.

---

<sup>3</sup> En concreto, fue la Disposición final 3ª de la Ley de la jurisdicción voluntaria la que introdujo en la LEC los artículos 778 bis, 778 ter y 778 quáter, los cuales pasaron posteriormente a denominarse artículos 778 quáter, 778 quinquies y 778 sexies, respectivamente, por mor de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó también la LEC, al introducir dos artículos 778 bis y 778 ter, para regular las medidas de ingreso de menores con problemas en centros específicos, así como la entrada en domicilios y otros lugares con el fin de aplicar medidas de protección a menores. La introducción de estos dos últimos artículos obligó a reenumerar los anteriores.

*a) El proceso de restitución de un menor por traslado o retención ilícitos internacional y se encuentre en nuestro país: los arts. 778 quáter y 778 quinquies.*

Este proceso se da cuando, en aplicación de un convenio internacional o una norma de la UE, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia, por haber sido objeto de un traslado o retención ilícitos internacional y se encuentre en nuestro país.

Por otro lado, **no puede aplicarse cuando el menor proceda de un país que no forma parte de la UE ni sea parte de un convenio internacional que obligue a su restitución o retorno en estos casos.**

Con carácter específico, el procedimiento es el de **un juicio verbal** (art. 753.1), **si bien con las especialidades del artículo 778 quinquies y algunos apartados del artículo 778 quáter.** Además, de que en lo no previsto en estos últimos preceptos, habrá que estar a los comunes a los procesos especiales del Título I del Libro IV LEC, esto es, a los artículos 751 a 755.

En primer término, según el artículo 778 quáter.5, este procedimiento **tendrá carácter urgente y preferente**, lo que significa que pasará por delante de otros asuntos que han sido turnados con anterioridad –preferencia- y que se desarrollará en un plazo de tiempo corto –urgencia-, concretándose esto último en que el proceso no puede durar más de seis semanas, desde la presentación de la solicitud, salvo circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, así como en el establecimiento de plazos procesales muy breves. Por ejemplo, el plazo de admisión o inadmisión de la demanda es de veinticuatro horas y el tiempo para dictar sentencia de tres días. Con todo, el hecho de que se trate de plazos impropios, deja la duda sobre su cumplimiento efectivo.

Ambos caracteres vienen reforzados, en primer lugar, por el hecho de no preverse la suspensión del procedimiento, como consecuencia de la prejudicialidad penal, por el ejercicio de una acción de sustracción de menores del artículo 225 bis CP (art. 778 quáter.6). Sin embargo, sí que se establece la posible suspensión para los casos en que las partes lo soliciten, con el fin de iniciar un procedimiento de mediación (art. 778 quinquies.12). Y en segundo lugar, por la posibilidad, a criterio judicial, de las comunicaciones directas entre órganos jurisdiccionales de diferentes países, pudiendo valerse de las autoridades centrales implicadas, de las Redes de cooperación judicial internacional, de los miembros de la Red internacional de jueces de la Conferencia de La Haya y de los jueces de enlace (art. 778 quáter.7).

En cuanto a su inicio, el procedimiento **comenzará por demanda**, cuya pretensión es la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia con la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia (art. 778 quinquies.1). Esta demanda, además de los requisitos generales del artículo 437.1 LEC, deberá incluir los exigidos en la norma internacional en la que se

apoye la restitución o retorno. Naturalmente, deberá especificar la identidad del demandante, del menor y la persona que ha sustraído o tiene retenido al menor, así como los motivos –de hecho y de Derecho, habría que decir- en que se basa para reclamar; exigencias establecidas en esta norma especial, pero innecesarias, por cuanto forman parte de los requisitos generales y/o de la misma pretensión. Del mismo modo, la demanda deberá acompañarse de los documentos específicos, exigidos por la norma internacional aplicable, así como los generales, tanto procesales como materiales en que se funde la petición (arts. 778 quinquies.1, 264, 265 y 266 LEC).

Presentada la demanda, el letrado de la administración de justicia se pronunciará sobre su admisión en un plazo de veinticuatro horas y, si entendiera que no es admisible, dará cuenta al juez para que resuelva lo que proceda, dentro del mismo plazo (art. 778 quinquies.2). Los motivos de inadmisión, aunque no mencionados legalmente, se basarán en el incumplimiento de alguno o varios de los presupuestos o requisitos procesales arriba mencionados y, aunque no se prevea la posibilidad de la subsanación, tanto la normativa general como, en último término, la tutela judicial efectiva exigen otorgarla, en su caso. Obviamente, este plazo para subsanar debería ser corto, en aras del interés del menor, pero también adecuado a las circunstancias; piénsese, por ejemplo, en la falta de una resolución extranjera, la cual deberá presentarse traducida (art. 144 LEC).

A continuación, **si la demanda es admitida**, el letrado de la administración de justicia requerirá a la persona a quien se le atribuya la sustracción para que, **en un plazo no superior a tres días, comparezca** ante el órgano jurisdiccional acompañado del menor. El requerimiento contendrá los apercibimientos legales oportunos y se acompañará de una copia de la norma internacional aplicable en la que se basa la solicitud de restitución o retorno.

**Si comparece, puede acceder a la entrega del menor para esa restitución o retorno, lo que implicaría la terminación del procedimiento o, bien, puede oponerse** alegando alguna de las causas previstas en la norma internacional, fundamento de la petición (por ejemplo, alguna de las contenidas en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y a las que se remite el Reglamento Bruselas II bis). En ambos casos, la comparecencia debe producirse acompañado del menor, como se ha dicho. El incumplimiento tendrá las consecuencias que, según Derecho, correspondan: la declaración de rebeldía en este proceso civil, como veremos, pero sin descartar las de carácter penal.

De acuerdo con el artículo 778 quinquies.3,I, **si el menor no fuere hallado en el lugar indicado en la demanda** y, tras las averiguaciones pertinentes por el letrado de la administración de justicia, no se le halla en otro lugar, el procedimiento **se archivará provisionalmente**.

**Si el requerido comparece y accede a la restitución o retorno del menor, el letrado de la administración de justicia levantará acta y el juez dictará un auto decretando la conclusión del proceso y pronunciándose sobre los gastos**, incluidos los de viaje, así como sobre las costas (art. 778 quinquies.4,I). Hay que tener en cuenta, que la eventualidad de la avenencia del requerido a

entregar al menor, cabe en cualquier momento del procedimiento, actuándose en esos supuestos del modo que se acaba de describir (art. 778 quinquies.4,II).

***b) El proceso para la declaración de la ilicitud de un traslado o retención internacional de un menor residente en España: el art. 778 sexies.***

La LEC, además del anterior, contiene un nuevo proceso especial, el cual tiene por objeto declarar la ilicitud de un traslado o retención internacionales de un menor que tenga su residencia habitual en España y ello al margen del proceso que se lleve adelante para conseguir la restitución o retorno de ese menor. Se trata, por lo tanto, del *alter ego* del proceso anterior, en el sentido de que, si el primero, afronta los casos de sustracciones interparentales, cuando nuestro país se ha convertido en el lugar de una retención o de un traslado ilícitos de un menor residente en otro, el segundo pretende dar solución a los casos en que la retención o traslado ha tenido como destino otros Estados y el menor residía en España.

**De acuerdo con las normas internacionales aplicables a esta materia, la declaración de ilicitud es el presupuesto para que se ordene la restitución o retorno del menor. Declaración que deben realizar los órganos nacionales y en la que prima la competencia del órgano de la residencia habitual del menor sustraído, ello sin perjuicio de que el país requerido puede denegarla con base en unas razones tasadas.** En concreto, el Convenio de La Haya de 1980 las prevé en los artículos 12, 13 y 20.

En el caso de España, el proceso para obtener la declaración de ilicitud de un traslado o retención de un menor con residencia habitual en nuestro país a otro, se ha regulado en el **artículo 778 sexies LEC**.

Según esta norma, la **competencia objetiva** recae en el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto (art. 778 sexies,I). Concretamente, en el juzgado de Familia.

Si se hubiera producido violencia o maltrato sobre la mujer o el menor o menores, el competente objetivamente sería el juzgado de violencia sobre la mujer, de acuerdo con los artículos 87 bis y 87 ter LOPJ, teniendo en cuenta que si el procedimiento ya hubiera comenzado ante el órgano civil y se produjera alguna situación de las anteriores, perdería su competencia en favor del de violencia, en virtud del artículo 49 bis LEC.

En cuanto a la **competencia territorial**, aquel que resolvió sobre la guarda y custodia o el régimen de visitas, entre otras medidas –como la pensión de alimentos o el uso de la vivienda–, todas ellas decididas en un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio o uno que verse exclusivamente sobre la guarda o custodia o la reclamación de alimentos de un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores (art. 748.4º); en definitiva, de una pretensión sobre responsabilidad

parental. Ahora bien, en el supuesto de que no haya habido pronunciamiento previo, el demandante deberá dirigirse al juzgado de primera instancia –hay que entender, especializado en Familia- del último domicilio del menor en España (art. 778 sexies,II).

En cuanto a la **legitimación activa**, la LEC la ha atribuido de forma muy amplia a “cualquier persona interesada” (art. 778 sexies,I), un interés que habrá que justificar en la demanda, pero que puede concretarse en el progenitor privado de la guarda y custodia, así como en los abuelos del menor u otros familiares, a los que habría que añadir la administración o institución encargada de la misma o el Ministerio Fiscal (art. 749).

Sobre la **legitimación pasiva**, parece claro que corresponderá a la persona o personas que han trasladado o retenido al menor en otro país. Obviamente, esto va a generar algunos problemas, en lo que se refiere a la personación, actuación y comunicación de la parte pasiva. Habrá que estar, en su caso, a las normas nacionales sobre cooperación internacional y a los tratados e instrumentos aplicables en esta materia.

Respecto al **procedimiento** a seguir, el hecho de que el tenor literal del artículo 778 sexies,I, afirme que “podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España”, es decir, los artículos 769 a 777, a lo que añade “e incluso las medidas del artículo 158”, abre varias vías procedimentales que excluyen la genérica del juicio verbal para los procesos especiales del artículo 753.1, pero no las especialidades de estos procesos, contenidas en los artículos 749 a 755 y LEC, que se podrán aplicar cuando sea necesario. Todo lo cual, siendo respetuoso con el principio de especialidad normativa, a la vez propone una solución legal en la que prima la rapidez que se busca en los procesos por sustracción de menores.

Se trata, por lo tanto, de utilizar uno de estos cauces procesales para obtener una resolución en España –auto o sentencia, según los casos- que declare la ilicitud del traslado o retención de un menor y, consiguientemente, su restitución inmediata por el país requerido, de acuerdo con el artículo 12 del Convenio de La Haya, en relación con su artículo 3. Para ello, el artículo 14, dispone que “las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 15 del Convenio, las autoridades judiciales -o administrativas- del Estado requerido, antes de emitir una orden para la restitución del menor, podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor –en este caso, de nuestro país- una decisión -o una certificación- que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito, en el sentido previsto en el artículo 3 de la Convención. Según

afirma este precepto *in fine*, la autoridad central –española- hará todo lo posible para que el solicitante obtenga una decisión –o certificación- de esa clase.

## **VI.- La posibilidad de la mediación.**

Por último, **frente a las situaciones en las que no existen convenios a los que acogerse o una resistencia del Estado requerido**, amparándose en la soberanía nacional y la preeminencia de las resoluciones de los tribunales patrios, es donde otros instrumentos, distintos a la tutela judicial, pueden tener su mayor oportunidad de aplicación, aunque también pueden utilizarse como alternativa a la vía jurisdiccional, antes de la misma o ya iniciada ésta. Es más, esos mecanismos pueden servir para abordar otros aspectos conflictivos de la relación entre los progenitores, ya que las soluciones jurídicas se centran exclusivamente en el retorno o restitución del menor. Esos otros instrumentos son la **mediación** y mecanismos de resolución como la negociación o la conciliación. Los acuerdos alcanzados a través de estos medios, podrían ser luego homologados judicialmente o protocolizados convenientemente, en su caso y desplegar efectos ejecutivos en los países en cuestión.

Así, en los supuestos de sustracción nacional en España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, permitiría sin lugar a dudas someter cualquier cuestión, personal o patrimonial, relativa a la relación entre los menores y sus padres, a este medio de autocomposición para resolverla. El problema es que, como ya se ha dicho, en nuestro país la sustracción interparental está tipificada penalmente, tratándose además de un delito público, por lo que una vez producida la sustracción, si se abriera un proceso penal por estos hechos, en su caso, sin perjuicio de los acuerdos que se pudieran alcanzar en el ámbito civil, la exigencia de responsabilidad penal seguiría adelante; una circunstancia distorsionadora, cuando no enervante, de la posibilidad real de someterse y/o alcanzar algún acuerdo mediante un procedimiento de mediación.

**En las sustracciones internacionales de menores, puede decirse que existe un marco jurídico suficiente y adecuado** que exhorta y facilita los intentos de mediación o cualquier otra vía amistosa de solución, incluso cuando la reclamación judicial internacional ya se ha formalizado y en cualquier momento de ese procedimiento. Obviamente, no será posible muchas veces, por eso habrá que explorar y valorar las circunstancias del caso, puesto que la recuperación de la confianza entre los padres es fundamental y después de una sustracción de los hijos, es muy difícil recuperarla. De hecho, en la práctica, son muy escasos los intentos de mediación.

En este sentido, es de destacar que la **Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado** lleva décadas trabajando en la promoción de soluciones amistosas en el ámbito de la relaciones familiares, habiendo incorporado esa posibilidad en sus diferentes convenios, como en el de la sustracción internacional de menores; singularmente, en sus artículos 7 y 10 del Convenio de

1980 y reforzada por la aprobación de una Guía de buenas prácticas en mediación de ese Convenio, publicada en 2012.

Por su parte, el **Consejo de Europa**, en el número 8 de su Resolución 1291 (2002), adoptada por la Asamblea el 26 de junio de 2002, insta a la utilización de la mediación en los supuestos de sustracción y en los conflictos familiares. Y en el ámbito de la UE, ya en 1987, el **Parlamento Europeo** creó la **figura del mediador para los casos de sustracciones interparentales de carácter internacional** y el **Reglamento 2201/2003** señala, en su artículo 55.e), que las autoridades centrales adoptarán todas las medidas adecuadas para “facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”.

En cuanto a los convenios bilaterales, el **Convenio hispano-marroquí** de 1997, establece en su artículo 4.2.c), que la autoridad central adoptará o hará que se adopten las medidas necesarias para “facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita”.

Para finalizar, paralelamente a la posibilidad de la utilización de la mediación y otros mecanismos en los supuestos de sustracción internacional, previstos en los instrumentos y convenios internacionales mencionados, la mediación ha sido expresamente acogida por el **artículo 778 quinquies, apartado 12**, al establecer la suspensión del procedimiento de retorno de un menor con base en una norma internacional, que se encuentre en España, para someter el asunto a mediación, **bien a petición de las partes, bien de oficio**.

Esta última previsión plantea, a mi juicio, un problema importante, puesto que la remisión de oficio, constituye una distorsión, cuando no una desvirtuación, de la mediación, dado su carácter intrínsecamente voluntario. Evitar esta conclusión hubiera sido sencillo, aplicando una solución similar a la del artículo 414.1,II LEC, que respeta la autonomía de la voluntad de las partes y, por lo tanto, una nota estructural de la mediación, puesto que al final serían las partes, junto con sus representantes legales, los que decidirían si acudir o no a este sistema de resolución.

Respecto al **órgano mediador**, puede ser el que decidan las partes, pero el artículo 778 quinquies.12,I plantea que, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, la pueda desarrollar la administración encargada de la protección del menor, sin establecer qué decisión prevalecería en caso de discrepancia. Frente a esto, entiendo que debería ser la que las partes tomen, por la configuración de la mediación como un sistema de solución autocompositivo.

Otra cuestión y que, con razón, ha preocupado al legislador español en estos casos ha sido el del **tiempo** que se puede invertir para estas mediaciones, ya que, como se dijo, el procedimiento de resolución para pronunciarse sobre el retorno o no del menor, no debe exceder de las seis semanas y no debería utilizarse la mediación para retrasar el proceso y superar así el plazo de un año, recogido

en el Convenio de la Haya de 1980, en relación con la posible causa de denegación de su artículo 12. Así las cosas, cuando la suspensión es solicitada por las partes, lo harán en las condiciones exigidas en el artículo 19.4 LEC y, por consiguiente, limitada en el tiempo. El problema es que la limitación establecida en este artículo es de sesenta días, esto es, ocho semanas; las cuales excede de las seis previstas, como máximo, para resolver sobre el retorno. No obstante, como el artículo 778 quinquies.12,I dice que el letrado de la administración de justicia “acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación”, debiendo ser lo más breve posible; por lo que deberá ajustarlo convenientemente. De todos modos y más en esta clase de asuntos, que son complicados de por sí y más con un traslado o retención ilícitos, conocer *a priori* el tiempo que va a durar la mediación es una entelequia.

El proceso se reanudará a petición de cualquiera de las partes o si se hubiera alcanzado algún **acuerdo de mediación**. En este último caso, el juez deberá aprobar –u homologar- dicho acuerdo, dice el artículo 778 quinquies.12,III, “teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”. Respecto a cuáles son los parámetros que ha de cumplir el acuerdo para su aprobación, partiendo de que estamos ante una transacción (art. 415.2), entiendo que deben ser los sustantivos o sobre el fondo y procesales, exigidos para esta clase actos jurídicos. Singularmente, la capacidad jurídica de las partes y el poder de disposición de las mismas, tal como prevé el artículo 415.1,IV LEC. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 25.3 de la Ley de mediación de 2012, como dicho acuerdo aspira a tener eficacia en otro Estado, tendrá que cumplir además los requisitos que las normas internacionales y de la UE exigen para su ejecución en esos países; esto último, entiendo que es a lo que el artículo 778 quinquies.12,III se refiere, cuando habla de “normativa vigente” y sin olvidar, como se ha dicho, el interés superior del menor.

#### **IV.- Conclusiones.**

Podemos concluir que **España tiene un sistema avanzado, homologable** al de los países más comprometidos con esta cuestión; lo que no está exento de problemas y dificultades, sobre todo prácticas, pero también limitado por la falta de compromiso de algunos Estados, por razones políticas, culturales y religiosas, existiendo en el mundo “zonas de sombra”, donde no es posible –o, por lo menos, extraordinariamente difícil- recuperar ni visitar a un menor allí trasladado.

Hay que reconocer que **el sistema adolece de problemas**, destacando la falta de coordinación entre administraciones; una aplicación eficaz de las medidas cautelares y preventivas; mejora del procedimiento de expedición de los pasaportes de los niños, garantizando que ambos progenitores tengan conocimiento de este hecho; o que el Estado pudiera asumir la totalidad o parte de los gastos de retorno del menor, como ocurre, por ejemplo en Alemania.