
ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU INCIDENCIA EN EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN COMO MODELO DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO*

*Soledad RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ***

Fecha de recepción: 9 de enero de 2015
Fecha de aprobación: 3 de febrero de 2015

Resumen

La sustracción internacional de menores es un fenómeno preocupante y creciente. Además de los mecanismos judiciales previstos por el Derecho Internacional y por la Unión Europea para resolver las sustracciones, las normas también prevén el uso de la mediación como alternativa a la resolución judicial del conflicto. Es cierto que la mediación ofrece numerosas ventajas, tanto para los padres como para los menores involucrados en la sustracción y, al mismo tiempo, ofrece un alto nivel de cumplimiento de los acuerdos alcanzados sobre la situación del hijo que ha sido objeto de sustracción. Sin embargo, el futuro de la mediación en estos casos, y su consolidación como vía eficaz de resolución del conflicto, guardan una relación directa con la necesidad de conseguir los mejores resultados posibles a partir de los mecanismos judiciales previstos por las normas. En este estudio se analizan las condiciones que contribuirían a generar un mejor contexto para la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores, especialmente en relación con los mecanismos judiciales existentes.

* Este estudio se realiza en el marco del Proyecto de I+D “Derechos Fundamentales *versus* Seguridad en un nuevo modelo de Justicia” (Ref. DER2013-47584-R, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la sociedad; Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España).

** Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante (España). Profesora Contratada Doctora en el Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (Área de Derecho Procesal). Mediadora (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

Palabras clave

Sustracción internacional de menores – mediación – relaciones familiares transfronterizas – restitución

ANALYSIS OF THE JUDICIARY RESOLUTION OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTIONS: ITS INCIDENCE IN THE FUTURE OF MEDIATION AS DISPUTE RESOLUTION METHOD MODEL

Abstract

International child abduction is a growing and worrying phenomenon. Beyond the judiciary mechanisms set by the International Law and the European Union for resolving the abduction cases, the laws also foresee the use of mediation as an alternative to the judiciary resolution of conflicts. It is true that the mediation offers numerous advantages for the parents and children involved in the abduction and, at the same time, offers a high level of compliance on the agreements reached regarding the situation of the abducted child. Nevertheless, the future of mediation in these cases and its consolidation as an efficient means for the resolution of conflicts remain directly related to the need of obtaining the best possible results upon the judiciary mechanisms set by the law. In this study the conditions that would contribute to a better context for mediation in the international child abduction cases are analyzed, especially in relation to the existent judiciary mechanisms.

Keywords

International child abduction – mediation – cross-border family relations – restitution

Introducción

La entrada de la mediación como vía de resolución del conflicto derivado de una sustracción de menores es relativamente reciente y todavía se exploran, desde diferentes ámbitos, los mejores modelos posibles, los principios específicos y el ajuste de los procesos de mediación y del perfil profesional de las personas mediadoras a las características propias de esta compleja situación. Este estudio forma parte de un proyecto más amplio que dará como resultado —espero— una propuesta de un modelo de mediación y de un protocolo de actuación para la mediación intrajudicial en los procesos judiciales españoles

sobre restitución de menores internacionalmente sustraídos. Sin embargo, el objeto de este trabajo es más acotado y su objetivo es proporcionar a las personas mediadoras y a los operadores jurídicos interesados en la mediación una visión de conjunto acerca del fenómeno de la sustracción que permita entender en qué consiste la sustracción internacional de menores y la complejidad de los supuestos, conocer básicamente el entramado normativo que se ha generado para lograr su prevención y su resolución, así como descubrir el contexto actual en el que se resuelven judicialmente las sustracciones. Con estos objetivos describo el marco en el que la persona mediadora especializada en sustracción internacional de menores deberá desarrollar su trabajo, y pongo de manifiesto los principales problemas que deberán superarse si se pretende que la mediación gane fuerza y se perfile definitivamente como un nuevo modelo de resolución de este complejo conflicto familiar.

I. El fenómeno de la sustracción internacional de menores

Las familias constituidas por personas de diferente nacionalidad son un hecho en nuestra sociedad desde hace muchos años y un fenómeno creciente. Por lo que se refiere al entorno europeo, como ejemplo, los últimos datos de Eurostat¹ indican que anualmente se contraen en la Unión Europea (“UE”) aproximadamente dos millones de matrimonios, de los que 300.000 están formados por parejas binacionales. Por lo que a España se refiere, las cifras que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (“INE”) respecto del año 2012 dan como resultado más de 2300 matrimonios binacionales.² Este tipo de uniones aumenta, además, en toda la UE de manera progresiva y constante (DETHLOFF, 2003). A ello debe sumarse, por un lado, el número de uniones binacionales que no se formalizan mediante matrimonio, fenómeno igualmente creciente (MORENO MÍNGUEZ y CRESPO BALLESTEROS, 2010), y,

¹ Ver [<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>].

² Los datos pertenecen al índice “Demografía y Población: Fenómenos Demográficos: Movimiento natural de la población: matrimonios (entre personas de distinto sexo), por mes, país de nacionalidad de la esposa y país de nacionalidad del esposo”: por nacionalidad del esposo: 408 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de Europa distinto de España; 133 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de África; 742 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de América; 30 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de Asia. Por nacionalidad de la esposa: 238 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de Europa distinto de España; 236 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de África; 466 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de América; 50 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de Asia. De los datos provisionales del primer semestre de 2013 resulta un total de 11.844 matrimonios mixtos contraídos en España durante ese periodo. Ver [www.ine.es] (Fecha de última consulta: 29/05/2014; fecha de actualización: 04/12/2013).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

por otro, los movimientos migratorios protagonizados por parejas de la misma nacionalidad que, en el contexto de la globalización y, recientemente, en el escenario de la crisis económica, deciden cambiar su residencia a otro país del que ninguno de ellos es nacional, en busca de oportunidades de empleo o aceptando un trabajo ofertado desde allí a uno o a ambos miembros de la pareja.³

Cuando, en las circunstancias descritas, se produce una crisis de pareja, no es extraño que uno de los progenitores decida volver a su país de origen, en el que, además, puede haber dejado a su familia extensa. Si en ese retorno se lleva consigo al hijo o hijos comunes, menores de edad, sin un previo procedimiento jurisdiccional en el que se decida sobre la guarda y custodia, o con violación de lo que, en su caso, se haya decidido judicialmente, estará llevando a cabo una sustracción de los menores de carácter internacional. Del mismo modo, cuando uno sólo de los progenitores ejerce la custodia de los hijos, puede suceder que el otro progenitor, con un derecho de visita, reciba temporalmente a los menores en otro país —como ejemplo: con ocasión de unas vacaciones escolares— y decida no restituirlos al país en el que residían con el progenitor custodio. En este caso se está igualmente ante una sustracción internacional de menores (en adelante, me referiré a ella por sus siglas: "SIM").

Las cifras oficiales sobre casos de sustracción que maneja la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ("HCCH") (INCASTAT, 2011) permiten concluir que el número de solicitudes de restitución de menores internacionalmente sustraídos ha aumentado en un 106% desde el año 1999 (LOWE, 2011: 9). En concreto en España, en el año 2008 se recibieron 88 solicitudes de restitución y, en ese mismo año, se emitieron 79 solicitudes, frente a las 36 solicitudes de restitución recibidas y las 27 emitidas en el año 1999 (LOWE, 2011: 146). Los datos situaron a España, en el año 2008, como el tercer país europeo en recepción y emisión de solicitudes de restitución, y el quinto a nivel mundial. En el año 2013, según datos del Ministerio de Justicia español, se tramitaron en España 243 solicitudes, 148 como país requirente y 95 como país requerido, es decir, 76 solicitudes más, en conjunto, que en el año 2008 (GARCÍA REVUELTA, 2014).

³ Ver [www.ine.es]. Los datos relativos a los movimientos migratorios de españoles hacia el extranjero están disponibles, en el índice "Demografía y Población: Padrón, población por municipios: españoles residentes en el extranjero".

A) Tipología de sustracciones

Los supuestos posibles de SIM son muy diversos y no se agotan con los ejemplos básicos descritos más arriba. El elemento común a todos ellos es el desarraigo del menor, a quien se desplaza desde su lugar de residencia habitual hacia otro país distinto sin intención de retornarlo. A partir de este elemento común, existen diferentes variables que permiten una amplia casuística. Sin ánimo de exhaustividad, sí conviene destacar los diferentes elementos que pueden concurrir en una sustracción, a fin de comprender mejor la complejidad del fenómeno. Al menos, deben tenerse en cuenta las siguientes variables:

i. Lugar de residencia habitual del menor

El lugar en el que el menor residía habitualmente antes de la sustracción puede ser un Estado del que uno de los progenitores es nacional, del que ambos son nacionales o un tercer Estado, del que ninguno de los progenitores es nacional.

ii. Sujeto que lleva a cabo la sustracción, su nacionalidad y Estado de destino

Por lo que se refiere al sujeto que lleva a cabo la sustracción, mayoritariamente es alguno de los progenitores (LOWE, 2011: 14): en el año 2008 en el 69% de los casos de sustracción registrados por la HCCH las sustractoras eran las madres, frente a un 28% de padres sustractores. En una proporción menor la sustracción la llevan a cabo otros sujetos del ámbito familiar (LOWE, 2011: 16).⁴

Respecto de la nacionalidad del sustractor en relación con el Estado al que se desplaza al menor, los datos indican que aproximadamente el 60% de los sustractores son nacionales del Estado hacia el que desplazan al menor.⁵ En el resto de los supuestos el desplazamiento se produce hacia un tercer Estado, distinto al de la nacionalidad del sustractor.

⁴ Sólo en un 3% de los casos los sujetos que llevaron a cabo la sustracción en el año 2008 eran abuelos u otros miembros de la familia.

⁵ Es el tipo de sustracción conocido como “going home” (LOWE, 2011, 16).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

iii. Sujeto que padece la sustracción y su nacionalidad

El sujeto que padece la sustracción también es, habitualmente, uno de los progenitores y, de manera puntual, la sustracción afecta a una institución que tiene encomendada la custodia del menor (LOWE, 2011: 14).⁶ Con carácter mayoritario, los progenitores que padecen la sustracción son nacionales del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción, si bien, en menor medida, el progenitor que padece la sustracción puede ser nacional de un tercer Estado, distinto al del lugar de residencia habitual y al del lugar de destino del menor tras la sustracción.

iv. Modalidad del desplazamiento: traslado o retención

Los desplazamientos que dan lugar a una sustracción internacional de menores pueden consistir en un traslado o en una retención.

El traslado implica que tanto el menor como sus progenitores residen en el mismo Estado y el menor se desplaza junto con el progenitor sustractor a un segundo Estado, sin que el otro progenitor haya prestado su consentimiento a la permanencia del menor en ese segundo Estado, si bien pudo haber prestado un consentimiento inicial para el viaje, con fecha de regreso.⁷

Por su parte, el supuesto más común de retención se produce cuando uno de los progenitores no convive con el menor y reside en un Estado distinto a aquel en el que el menor tiene su residencia habitual junto con el progenitor custodio. Con consentimiento del progenitor custodio el menor se desplaza puntualmente al Estado en el que reside el

⁶ Sobre la guarda y custodia ejercida por una institución pública francesa al tiempo de producirse la sustracción de la menor por la madre, Vid. AAP de Pontevedra (España), Sección 1ª, Núm. 133/2006, de 5 de julio, (AC 2010/715). En el asunto al que se refiere el AAP de Barcelona (España), Sección 18ª, número. 54/2012, de 13 de marzo (AC 2012/19515) la custodia del menor estaba atribuida al Departamento de Servicios Sociales de Los Ángeles, California (EEUU), al tiempo de la sustracción por el padre, que trasladó al menor a España.

⁷ Uno de los casos de sustracción más mediáticos de los últimos años es el de la española Mª José Carrascosa, que trasladó a su hija desde Estados Unidos hacia España sin consentimiento de su exmarido y a la que se condenó en EEUU a 14 años de prisión que cumple en Nueva Jersey desde el año 2006.

progenitor no custodio para disfrutar de un periodo de convivencia y, transcurrido el plazo pactado, no se produce la devolución del menor.⁸

v. Situación de las relaciones paterno-filiales en el momento de realizarse la sustracción

Por lo que se refiere a la situación de las relaciones paterno-filiales en el momento en el que se lleva a cabo la sustracción, es posible que ésta se produzca mientras ambos progenitores ejercen la guarda y custodia de los hijos. En este caso, la sustracción supone una alteración del habitual ejercicio de los derechos de custodia. También puede suceder que la sustracción suponga una violación del régimen de custodia y visitas atribuido judicialmente o decidido por los progenitores mediante un acuerdo vinculante. De hecho, los supuestos de sustracción que se producen a partir de la retención del menor coinciden mayoritariamente con situaciones en las que el sustractor sólo tenía un derecho de visitas derivado de una resolución judicial. Por su parte, las sustracciones que se producen mediante traslado suelen llevarse a cabo por parte de progenitores custodios que vulneran, a través de la sustracción, el derecho del otro progenitor que también tiene la custodia sobre el menor sustraído.

A partir de las variables relativas a la nacionalidad de los progenitores, el Estado en que se fijó la residencia habitual del menor y el Estado de destino es posible identificar los supuestos más comunes de sustracción:

A) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en el país de origen de uno de ellos: el progenitor no nacional decide regresar a su país de origen llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia / retención desde)			
	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 4
Progenitor 1	x		x						
Progenitor 2		x					x		

8 Un caso reciente de sustracción mediante retención en NEUSTADT (2014).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

B) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en el país de origen de uno de ellos: el progenitor nacional decide salir de su país de origen hacia un tercer país, llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia habitual del menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia / retención desde)			
	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 4
Progenitor 1	x		x					x	
Progenitor 2		x							

C) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en un tercer país, del que ninguno de ellos es nacional: uno de ellos decide regresar a su país de origen llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia habitual del menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia / retención desde)			
	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 4
Progenitor 1	x				x				
Progenitor 2		x					x		

D) Progenitores de distinta nacionalidad residiendo en un tercer país: uno de ellos decide salir del país y dirigirse a otro que no es el de su propia nacionalidad, llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia habitual del menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia / retención desde)			
	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 4
Progenitor 1	x				x				
Progenitor 2		x							x

E) Progenitores de la misma nacionalidad residiendo en el país del que ambos son nacionales: uno de ellos se traslada a otro país llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia habitual del menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia / retención desde)			
	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 1	Edo. 2	Edo. 3	Edo. 4
Progenitor 1	x		x						
Progenitor 2	x						x		

B) Marco normativo para la prevención y resolución de la SIM

Tanto desde el ámbito internacional como desde el europeo y el comunitario se establece un marco normativo que persigue resolver eficazmente los supuestos de SIM y, a partir de su eficacia resolutoria, contribuir a su prevención. Los ámbitos territoriales de aplicación de las normas sobre SIM son diversos, si bien los mecanismos previstos para la resolución de las sustracciones son prácticamente idénticos a nivel internacional y comunitario, con alguna especialidad en este último ámbito.

i. Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

La norma central en materia de sustracción internacional de menores, aplicable actualmente en más de 92 Estados, es el Convenio Número 28 de la Conferencia de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980 (en adelante, “CH’80”).⁹

Su ámbito subjetivo de aplicación se limita a los menores que no han alcanzado los 16 años de edad (art. 4, CH’80). Desde un punto de vista objetivo tiene un doble ámbito: junto con las previsiones relativas a la SIM incluye también medidas destinadas a facilitar las visitas transfronterizas cuando el progenitor custodio —que trasladó lícitamente al menor— no cumpla con su obligación de permitir el contacto entre el menor y el progenitor con derecho de visita que reside en otro Estado. En el primer supuesto, se habla de “solicitudes de restitución”, en referencia a las presentadas por los progenitores que han padecido una sustracción; en el supuesto del ejercicio del derecho de visitas, se acuña el

⁹ Puede consultarse el estado del convenio, sus firmas, aceptaciones, adhesiones, reservas formuladas, etc. Consultado en [http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24] el 28.05.2014; fecha de actualización: 09.04.2014.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

término "solicitudes de acceso", respecto de las presentadas por los progenitores no custodios que pretenden hacer efectivo su derecho.

Por lo que refiere al objeto de este estudio —limitado al supuesto de la sustracción—, el CH'80 persigue una doble finalidad, declarada en su primer artículo: por un lado, lograr la inmediata restitución de los menores ilícitamente sustraídos; por otro, evitar que mediante la sustracción se vulneren los derechos relativos a las relaciones paterno-filiales. Para lograr sus objetivos se establecen tres mecanismos básicos. Por un lado, se exige la designación de Autoridades Centrales en cada Estado parte, con la finalidad de coordinar y cooperar en la gestión de las solicitudes que se reciban. Por otro, se diseña un cauce procesal básico para la resolución judicial de las solicitudes y se establecen las normas sustantivas que el órgano judicial deberá aplicar para decidir sobre el asunto. Por último, se fijan reglas de competencia judicial para el conocimiento de las cuestiones relativas al régimen de custodia de los menores, dirigidas a evitar que el sustractor se beneficie del secuestro obteniendo en el Estado de destino una resolución que convalide la situación creada con la sustracción.

1. Designación de una Autoridad Central (AC) por cada Estado parte

Cada Estado debe comunicar cuál es el organismo público que desarrollará las funciones de cooperación y coordinación que el Convenio asigna a las Autoridades Centrales ("AACC"). Entre sus funciones se encuentran las de recibir las solicitudes de los progenitores afectados, localizar al menor, cooperar con las AACC de otros Estados partes, facilitar información sobre la normativa interna en materia de relaciones paterno-filiales, promover una solución amistosa e incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial en el que se decida sobre la solicitud recibida (art. 7, CH'80).¹⁰ Igualmente, los Estados, a través de su Autoridad Central ("AC"), deben poner a disposición de los ciudadanos los formularios necesarios para presentar la solicitud.

La solicitud de restitución de un menor internacionalmente sustraído podrá presentarse bien ante la AC del Estado en el que el solicitante se encuentre, o bien, directamente, ante la AC del Estado en el que se encuentra el menor. En el primer supuesto, la AC dará traslado de la solicitud a la AC del Estado en el que se encuentra el menor. En todo caso, el contacto y la cooperación entre las AC implicadas debe ser constante durante la

¹⁰ La información sobre la Autoridad Central de cada Estado parte está disponible en [http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=24], consultada en 28.05.2014.

tramitación de la solicitud. Las actuaciones que desarrollen las AACC antes de la apertura del procedimiento judicial serán gratuitas para el solicitante. Se trata de una fase administrativa previa al posterior procedimiento judicial en el que se decidirá sobre la restitución.

La AC en España es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, adscrita a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relación con las Confesiones, organismo del Ministerio de Justicia.¹¹

2. Diseño de un procedimiento jurisdiccional básico para la tramitación de las solicitudes de restitución y aplicación de las normas sustantivas del CH'80 en la resolución judicial de las solicitudes

El CH'80 ofrece unas directrices que deberán guiar a los Estado a la hora de diseñar un procedimiento judicial interno para sustanciar las solicitudes de restitución que se reciban:

- a) El procedimiento podrá incoarse por la propia AC o por demanda del solicitante.
- b) La competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentre el menor, es decir, aquél al que ha sido trasladado o desde el que no se le permite el retorno.¹²

¹¹ La información sobre la Autoridad Central Española y los formularios para presentar la solicitud, en [<http://www.justicia.es/>]. En la página de la HCCH se incluye también la dirección del correo electrónico sustraccionmenores@mjusticia.es y los datos de los tres profesionales de contacto.

¹² Cuando la sustracción se ha producido desde otro Estado hacia España, el procedimiento judicial actualmente vigente para atender a las solicitudes de restitución que se presenten está regulado en los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si bien se prevé su próxima reforma y el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria diseña un nuevo cauce procedimental que incorpora algunas novedades. El procedimiento actualmente en vigor comienza como un expediente de jurisdicción voluntaria y se tramita de manera preferente y sumaria, conforme a lo previsto en los artículos citados. La asistencia letrada se presta, como regla general, por el Abogado del Estado cuando la solicitud se presente ante la AC española, si bien el progenitor reclamante puede presentar demanda directamente o, una vez iniciado el procedimiento por la AC española, nombrar letrado propio, en cuyo caso cesaría la actuación de la Abogacía del Estado. En todo caso, intervendrá el Ministerio Fiscal. El procedimiento se inicia citando al sustractor a una comparecencia que puede concluir con la restitución voluntaria del menor. Si el sustractor no comparece podrá dictarse a continuación un auto ordenando la restitución inmediata del menor. Si comparece pero no se aviene a la restitución de forma voluntaria y

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

- c) Se exige una tramitación rápida y se sugiere un plazo máximo de duración de 6 semanas (art. 11).
- d) Se promueve la audiencia al menor de edad durante el procedimiento judicial, si es conveniente dados su edad y nivel de madurez (art. 13)
- e) Se promueve la gratuidad de los servicios jurídicos prestados durante la tramitación del procedimiento judicial, si bien los Estados pueden formular reserva a esta cláusula (art. 42, en relación con el art. 26, CH'80).

Lo previsto en el CH'80 debe completarse —especialmente en materia de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales— con lo dispuesto en el Convenio Número 34 de La Haya del 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 ("CH'96")— que, como regla general, prevé el reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados partes de las resoluciones recaídas en cualquier Estado parte (art. 23.1, CH'96).

En todo caso, las decisiones judiciales acerca de restitución de menores internacionalmente sustraídos deben basarse en las normas sustantivas que el propio CH'80 establece: el órgano judicial competente deberá, en primer lugar, calificar el desplazamiento, que puede resultar lícito —si no cumple con los requisitos previstos por los artículos 3 y 5 del CH'80—, o ilícito si, al contrario, concurren en el supuesto las exigencias de la norma internacional. Si el desplazamiento merece la calificación de ilícito, la regla general, como se verá, es la de ordenar judicialmente la restitución inmediata del menor a su Estado de origen. Sin embargo, si concurren las circunstancias previstas en los artículos 12, 13 o 20 del CH'80, podrá denegarse la restitución del menor.

La obligación del órgano judicial de basar su decisión en las normas sustantivas previstas por el CH'80 evita que cada Estado acuda a su ordenamiento jurídico interno para resolver las solicitudes de restitución. Se pretende, así, que los criterios de resolución de la SIM se apliquen de manera uniforme en todos los Estados partes.

formula oposición a la misma se abre juicio verbal, con proposición y práctica de las pruebas. La actividad probatoria deberá dirigirse a acreditar, o bien que el desplazamiento no resulta ilícito o bien que, siendo ilícito, deben valorarse determinadas circunstancias —alegadas por el sustractor— que recomiendan denegar la restitución por ser está contraria al superior interés del menor. La resolución que se dicte tras la vista del verbal es susceptible de recurso de apelación, sin efecto suspensivo.

3. Reglas de competencia judicial respecto de las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales que excedan del hecho de la sustracción

La competencia judicial para conocer sobre el fondo del asunto, es decir, para decidir sobre el régimen de guarda y custodia del menor, queda fijada, como regla general, en el Estado de origen, aquel en el que el menor tenía su residencia habitual antes de que se produjera la sustracción (arts. 16, 17 y 19). Se pretende así velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en el Estado de origen se respeten en los demás Estados partes, evitando que el progenitor sustractor obtenga en el Estado de desplazamiento una resolución sobre las relaciones paterno-filiales que convalide la situación derivada del secuestro, otorgándole una custodia exclusiva con derecho a fijar unilateralmente la residencia del menor¹³.

ii. Reglamento Bruselas II bis

En el ámbito de la Unión Europea (UE) se aplica el Reglamento (CE) 2201/2003,¹⁴ conocido como Reglamento Bruselas II Bis (el "Reglamento"). El propio Reglamento reconoce que en materia de SIM sus previsiones completan lo dispuesto por el CH'80, por lo que, con ciertas especialidades y una regulación más detallada por parte del Reglamento, la norma básica sigue siendo el CH'80 también en este ámbito.

Una de las correcciones más notables que introduce la norma comunitaria supone un desplazamiento de la competencia para decidir sobre la solicitud de restitución (arts. 11 y 42, en relación con el art. 13 del CH'80). Como regla general el órgano competente es el mismo que prevé el CH'80: el del Estado requerido, es decir, aquél al que se ha desplazado al menor. Sin embargo, cuando el órgano competente dicte una resolución que deniegue la restitución con base en alguna de las causas previstas en el artículo 13 del CH'80, se establece un procedimiento que permite que el órgano judicial del Estado de residencia habitual del menor, aquel desde el que fue desplazado, emita, en determinadas

¹³ Como indica PÉREZ VERA (1982), "...dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica".

¹⁴ 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

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

circunstancias, otra resolución distinta ordenando la restitución y que será directamente ejecutiva en el Estado en el que el menor se encuentra retenido.¹⁵

El plazo de las seis semanas para la tramitación del procedimiento se establece en el Reglamento con carácter imperativo,¹⁶ y no meramente indicativo, como sucede en el CH'80. Por otro lado, se impide denegar una solicitud de restitución sin haber escuchado previamente al solicitante.¹⁷

iii. Otras normas supranacionales

En el ámbito del Consejo de Europa resulta aplicable el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980¹⁸ en las sustracciones que impliquen a Estados partes entre los que no resulte aplicable el Reglamento Bruselas II Bis.

En las sustracciones que se producen dentro del ámbito de América Latina se aplica la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, de 15 de julio de 1989.¹⁹

Por lo que se refiere a instrumentos bilaterales, en España resulta de aplicación preferente el Convenio con el Reino de Marruecos de 1997 sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia, Derecho de Visita y Devolución de Menores.

¹⁵ Sobre la aplicación del Reglamento y sus especialidades, puede consultarse FORCADA MIRANDA (2006).

¹⁶ Art. 11.3 del Reglamento: "...salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible".

¹⁷ Artículo 11.5 del Reglamento.

¹⁸ Sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia. Actualmente se aplica en las sustracciones que se producen entre algunos de los siguientes países: Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Turquía, Ucrania y Dinamarca (Estado miembro de la UE que no participó en la adopción del Reglamento Bruselas II Bis).

¹⁹ Actualmente se aplica entre los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (Estado de Firmas y Ratificaciones, según la Organización de Estados Americanos (OAS, 2014).

iv. Sustracción en ausencia de norma aplicable

Cuando no resulta aplicable ninguna de las normas anteriores ni existe entre los Estados implicados un instrumento bilateral que regule la materia, resolver los supuestos de sustracción resulta más complejo. En el marco de la HCCH se abrió el diálogo entre Estados islámicos y Estados no islámicos, conocido como Proceso de Malta, para la creación de estructuras de mediación que permitan resolver las sustracciones por esa vía. También se han realizado Protocolos de Cooperación entre las autoridades judiciales de determinados Estados (como ejemplo, la firma del Protocolo de Pakistán, entre el Reino Unido y Pakistán, en el año 2003).

Así, la mediación y la cooperación judicial internacional en materia de SIM se presentan como vías informales que pueden servir para generar modelos de resolución de las sustracciones (THORPE, 2009), mientras se avanza hacia la promoción de instrumentos de carácter multilateral o bilateral. En todo caso, como se verá, el potencial resolutivo de la mediación no se limita a los casos en los que no existe norma aplicable, de modo que su uso se promueve desde las instituciones internacionales y la UE también en los supuestos en los que sí hay norma de aplicación.

C) Decisión sobre la norma aplicable a un supuesto de SIM

A partir del cuadro que se presenta a continuación se puede determinar qué norma debe utilizarse en la resolución de una SIM, atendiendo a cuál o cuáles resultan aplicables al mismo tiempo en el Estado de origen y en el Estado en el que se encuentra el menor sustraído. En defecto de norma común aplicable, la resolución de la SIM deberá llevarse a cabo a partir de estructuras alternativas, como la cooperación judicial o la mediación.

En el supuesto que se utiliza como ejemplo 1, la única norma común es el CH'80, por lo que será la utilizada para la resolución de la SIM:

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) “Análisis de la resolución judicial de...”, pp. 171-217.

Estados	Normas aplicables					Resolución				
	CH80	BILBis	CLX	CIAM	NO	CH80	BILBis	CLX	CIAM	EIR
EDO	x	x	x			x				
EDD	x									

EDO: Estado de Origen. EDD: Estado de Destino
CH80: Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la SIM
CLX: Convenio de Luxemburgo de 1980
NO: Sin norma aplicable.
EIR: Estructuras informales de resolución

En el ejemplo 2, se trata de dos Estados de la Unión Europea en los que se aplica el Convenio de Luxemburgo y el Reglamento Bruselas II Bis, además del CH’80. En tal caso, resulta aplicable con carácter preferente el Reglamento Bruselas II Bis:

Estados	Normas aplicables					Resolución de la SIM				
	CH80	BILBis	CLX	CIAM	NO	CH80	BILBis	CLX	CIAM	EIR
EDO	x	x	x				x			
EDD	x	x	x							

En el tercer ejemplo, los dos Estados implicados en la sustracción forman parte del CH’80 y del Convenio de Luxemburgo, por lo que éste se aplica preferentemente:

Estados	Normas aplicables					Resolución de la SIM				
	CH80	BILBis	CLX	CIAM	NO	CH80	BILBis	CLX	CIAM	EIR
EDO	x		x					x		
EDD	x		x							

El cuarto ejemplo incluye a países parte del CH’80 y de la Convención Interamericana de Restitución de Menores, por lo que ésta será la norma aplicable:

Estados	Normas aplicables					Resolución de la SIM				
	CH80	BILBis	CLX	CIAM	NO	CH80	BILBis	CLX	CIAM	EIR
EDO	x			x					x	
EDD	x			x						

El quinto y último ejemplo se refiere a la sustracción que involucra a un Estado parte en diversas normas y a otro que no es parte en ninguna de las aplicables. La resolución de la sustracción deberá abordarse desde estructuras informales cuando tampoco exista un instrumento bilateral para la resolución de la SIM:

Estados	Normas aplicables					Resolución de la SIM				
	CH80	BILBis	CLX	CIAM	NO	CH80	BILBis	CLX	CIAM	EIR
EDO	x	x	x							x
EDD					x					

II. La resolución del conflicto en la SIM

En las páginas siguientes describiré los dos modelos básicos de resolución del conflicto existente en un supuesto de SIM. El primero de ellos, el judicial, es el que se ha utilizado tradicionalmente como vía de resolución de las sustracciones. Se trata de un modelo dotado de un fuerte soporte normativo y hacia su eficacia y su fortalecimiento se han dirigido la mayoría de los esfuerzos realizados desde las instituciones internacionales, europeas y comunitarias. Últimamente, junto con la vía judicial de resolución, se abre

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

camino un modelo alternativo de resolución del conflicto: la mediación. Aunque existen países en los que se regula la mediación extrajudicial en los supuestos de SIM,²⁰ las recomendaciones de la HCCH y la tendencia mayoritaria apuntan hacia la conveniencia de fomentar la mediación intrajudicial, iniciada una vez que se ha puesto en marcha del procedimiento judicial de restitución.²¹ Son muchos los aspectos de la mediación intrajudicial en SIM que merecen ser analizados (los protocolos de actuación, la formación de las personas mediadoras, el alcance y la eficacia de los acuerdos, etcétera), pero considero fundamental preguntarse, en primer lugar, por el contexto en el que se pretende hacer valer esta vía alternativa de resolución del conflicto. En mi opinión, como intentaré explicar en las próximas páginas, las debilidades del modelo judicial de resolución de las sustracciones influyen negativamente en la consolidación de la mediación como modelo alternativo de resolución del conflicto.

A partir del principio rector de la normativa sobre SIM, que determina e incide sobre ambos modelos de resolución, describiré las dos operaciones principales que debe realizar el órgano jurisdiccional: 1) calificar el desplazamiento del menor y 2) decidir si procede, dada la ilicitud del desplazamiento, ordenar la restitución inmediata. Intentaré poner de manifiesto, a continuación, cómo las interpretaciones divergentes de las normas aplicables debilitan la eficacia del modelo judicial de resolución de la SIM y cómo ello influye en las posibilidades de que la mediación se consolide como un modelo útil de resolución de este conflicto.

A) El superior interés del menor como principio informador

Con carácter general, en el tratamiento jurídico de las cuestiones que afectan al menor de edad se parte del principio que obliga a su protección, puesto que se asume su naturaleza especialmente vulnerable.²² En el marco de las relaciones paterno-filiales, la obligación de velar por el superior interés de los menores se consagra en la Convención de

²⁰ La Autoridad Central suiza, por ejemplo, se reserva la facultad de decidir si inicia un procedimiento de mediación antes de poner en marcha la vía judicial (artículo 4 de la Ley Federal Suiza —'Swiss Federal Act'— de 21 de diciembre de 2007 sobre Sustracción Internacional de Niños y los Convenios de La Haya sobre Protección de Niños y Adultos).

²¹ Consúltase la *Guía de Buenas Prácticas de la HCCH: Mediación*, pp. 30 y 31.

²² Recogido tempranamente en textos como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20.11.1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10).

Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (la “Convención”),²³ que exige que las decisiones que les afecten protejan tal interés (art. 3.1) y que no sean separados de sus progenitores contra la voluntad de éstos, salvo que la separación sea el mejor modo de velar por su interés o porque, si los padres no viven juntos, deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (art. 9). En concreto, la Convención exige a los Estados adoptar “...medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes” (art. 11).

El interés de la comunidad internacional y de la UE por el fenómeno de la SIM, su prevención y su resolución eficaz, se explica fundamentalmente por la necesidad de proteger a los menores de edad de las consecuencias negativas que se derivan de una sustracción, asociadas sobre todo a la ruptura brusca de su relación con el otro progenitor y con su entorno.²⁴ Así, los instrumentos supranacionales y comunitarios que abordan específicamente la problemática de la SIM identifican también el superior interés del menor con su derecho a mantener contacto y relaciones familiares con ambos progenitores. El superior interés del menor se violenta, por lo tanto, cuando, sin el consentimiento de ambos progenitores, es desarraigado y separado de uno de ellos en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico del Estado en el que tenía su residencia habitual.

Para velar por el superior interés del menor en este ámbito las normas internacionales, europeas y comunitarias sobre SIM declaran perseguir dos objetivos: 1) la rápida restitución del menor al lugar de su residencia habitual y 2) garantizar el respeto al ordenamiento jurídico interno y a la competencia de los tribunales del Estado de origen en materia de relaciones paterno-filiales.

²³ Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General, de 20.11.1989.

²⁴ Una descripción de la llamada “victimización aguda” que padecen los niños y niñas que han sido objeto de una SIM, en DE PEÑAFORT LORENTE y ARBULO RUFRANCOS (2002). Sobre el daño que la sustracción causa en el menor, pueden consultarse también la STJUE, Sala Primera (22.12.2010), As. C-491/PPU/2010 (*La Ley* 217545/2010) y todas las que cita.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

B) Resolución judicial de la SIM

Las normas que más se aplican en la resolución judicial de las sustracciones en las que España se ve involucrada son el CH'80 y el Reglamento Bruselas II Bis, éste para los casos en los que la sustracción de los menores no exceda del ámbito comunitario.²⁵ Ambas normas, como se ha visto, establecen los elementos mínimos que deben concurrir en el diseño de un procedimiento judicial interno por el que se resuelvan las solicitudes de restitución. Además, suministran los elementos que determinan la calificación del desplazamiento de menores, junto con un listado de las circunstancias que pueden ser alegadas por el sustractor y valoradas judicialmente para, en su caso, denegar la restitución del menor a su país de origen.

i. Calificación del desplazamiento

La primera operación que debe realizar el órgano jurisdiccional es la de calificar jurídicamente el desplazamiento del menor. Si merece la calificación de ilícito deberá aplicarse la regla de restitución inmediata, salvo que concurren determinadas circunstancias a las que me referiré más adelante y que permiten denegar la restitución pese a la ilicitud del desplazamiento. En lo que hace a los elementos que integran la ilicitud del traslado o de la retención del menor de edad, tanto en el Reglamento comunitario (art. 2.11), como en el CH'80 (arts. 3 y 5) se establece que un desplazamiento merece la calificación de "ilícito" cuando se dan simultáneamente una serie de condiciones.²⁶

Respecto de todas ellas existe una interpretación generalmente aceptada y acorde con los objetivos que las normas persiguen, normalmente elaborada en instrumentos auxiliares, como informes explicativos o guías de buenas prácticas. Sin embargo, la lectura de resoluciones judiciales recaídas al resolver solicitudes de restitución permite concluir que con frecuencia cada una de las condiciones que determinan la ilicitud del

²⁵ Como ejemplos, de las 88 solicitudes de restitución recibidas en España en el año 2008, el 20% de ellas procedían de Reino Unido (Inglaterra y Gales), el 11% de Italia, el 8% de Argentina, otro 8% procedente de Venezuela y un 7% procedían de Francia. Como Estado requirente, en el año 2008, por ejemplo, presentamos antes las Autoridades Centrales de Reino Unido (Inglaterra y Gales) el 20% de las solicitudes de restitución que recibieron, el 8% de las que se recibieron en Bélgica, el 3% de las recibidas por Australia y el 2% de las que se recibieron en USA y en México (LOWE, 2011).

²⁶ Un estudio detallado de cada una de ellas en DE LA ROSA CORTINA (2010), LORIA GARCÍA (2008), y MONTÓN GARCÍA (2003).

desplazamiento es objeto de interpretaciones diversas por parte de los diferentes órganos judiciales.²⁷

Las condiciones necesarias que determinan la ilicitud del desplazamiento son las siguientes:

1. Que el traslado o la retención supongan una alteración del lugar de residencia habitual del menor

Por lo que se refiere al concepto de “residencia habitual” del menor desplazado, resulta problemático porque existen interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. Las resoluciones recaídas en los tribunales superiores de los Estados Unidos de América (“EEUU”) son una buena muestra de las tres tendencias que conviven a la hora de interpretar el elemento de la residencia habitual del menor antes del desplazamiento:

- a) Interpretación que atiende al nivel de integración del menor con el entorno: se entiende que el menor tenía efectivamente su residencia habitual en el lugar de origen si, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, es posible determinar que existía arraigo;²⁸
- b) Interpretación que toma en consideración tanto los elementos de arraigo del menor como las intenciones de los progenitores cuando eligieron el Estado de origen como lugar de estancia: en este caso se valora la circunstancia de que los padres pretendieran asentarse en el Estado de origen, constituyendo allí su lugar de residencia habitual y se tienen en cuenta también las circunstancias concretas que permitan determinar que, junto con la intención de los progenitores, el menor, además, se encontraba arraigado;²⁹ e

²⁷ Una búsqueda de resoluciones judiciales a través de [www.incadat.com] permite ordenarlas en función de los preceptos que sirvieron de fundamento al fallo, y se incorporan en cada una de ellas las resoluciones similares y las dispares recaídas en otros Estados o en órganos diferentes del mismo Estado, lo que proporciona una visión general de los diversos enfoques empleados.

²⁸ EEUU: Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d 1396, (6th Cir. 1993), [Cita INCADAT: hc/e/usF 142]; Robert v. Tesson (6th Cir. 2007), [Cita INCADAT: HC/E/US 935] Villalta v. Massie, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999) [Cita INCADAT: HC/E/USf 221].

²⁹ Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995), [Cita INCADAT: HC/E/USf 83]: “Cualquier determinación de la residencia habitual debe consistir en un análisis de las circunstancias del menor en

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

- c) Interpretación basada exclusivamente en la intención de los progenitores de establecer en el Estado de origen la residencia habitual: en este caso el elemento de la residencia habitual se determina atendiendo a la voluntad de los padres de fijar su residencia en el Estado de origen, sea cual sea el tiempo en el que el menor llegó a permanecer en él antes de que se produjera el desplazamiento.³⁰

2. Que el progenitor perjudicado por la sustracción sea titular de un derecho a relacionarse con el menor que incluya, entre otras manifestaciones propias de las relaciones paterno-filiales, el de decidir (en solitario o juntamente con el otro progenitor) sobre el lugar de residencia del menor

Tanto el CH'80 como el Reglamento comunitario aclaran que el término "custodia" debe entenderse referido a cualquier derecho que incluya el de decidir sobre el lugar de residencia del hijo menor (art. 5, CH'80; art. 2.9, Reglamento),³¹ con independencia del *nomen iuris* que cada ordenamiento jurídico le asigne.³² El derecho vulnerado mediante el

ese lugar y el presente de los padres, y las intenciones compartidas respecto de la presencia del menor en ese lugar. En los hechos, el menor había permanecido en Australia durante seis meses, este es un periodo de tiempo importante para un menor de seis años. Mientras que los padres consideraban a Australia de manera diferente, ambos habían acordado mudarse allí, además sus acciones una vez establecidos concordaban con un intento de formar un nuevo hogar con el menor". En sentido similar: EEUU: Cobert v. Tesson (6th Cir. 2007), [Cita INCADAT: HC/E/US 935]. Villalta v. Massie, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999) [Cita INCADAT: HC/E/USf 221].

³⁰ EEUU: Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf 780], Holder v. Holder, 392 F.3d 1009, 1014 (9th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf 777], Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001), [Cita INCADAT: HC/E/USf 482]; Gitter v. Gitter, 396 F.3d 124, 129-30 (2d Cir. 2005), [Cita INCADAT: HC/E/USf 776]; Koch v. Koch, 450 F.3d 703 (7th Cir.2006), [Cita INCADAT: HC/E/USf 878].

³¹ Igualmente, respecto del alcance del término "custodia" en el CH'80, puede consultarse PÉREZ VERA (1985). En relación a la interpretación del término en el Reglamento comunitario, véase *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Comisión europea/Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, versión actualizada a 1 de junio de 2005, P. 35.

³² Los tribunales de una abrumadora mayoría de Estados Contratantes han aceptado que un derecho de veto sobre el traslado del menor de la jurisdicción equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio, ver: Australia *Marriage of Resina* [1991] FamCA 33, [Cita INCADAT: HC/E/AU 257] Oberster Gerichtshof, 05/02/1992 [Cita INCADAT: HC/E/AT 375]; Canadá *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [Cita INCADAT: HC/E/CA 11]; Canadá: *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551 [INCADAT cite: HC/E/CA 11]. El derecho a determinar el lugar de residencia de un menor constituye un derecho de custodia aparte del derecho de cuidar la persona del menor: Reino Unido - Inglaterra y Gales *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989]; Francia *Ministère Public c. M.B.*, 79 Rev. crit. 1990, 529, note Y. Lequette [Cita

desplazamiento puede provenir, además, de diversas fuentes: atribución legal, resolución judicial o administrativa e, incluso, el acuerdo de las partes que tenga fuerza de obligar en el Estado de residencia habitual del menor.³³ Por lo tanto, es necesario comprobar, en cada caso, cuál es el contenido de los derechos relativos a las relaciones paterno-filiales en el ordenamiento jurídico del Estado de origen, o, si existe resolución judicial o acuerdo al respecto, cómo se delimitó el alcance de los derechos de cada uno de los progenitores.³⁴ Es posible que en algunos casos el progenitor que tiene la custodia en exclusiva ostente también en exclusiva el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, pero en otros supuestos el progenitor que tiene sólo un derecho de visita puede tener, a su vez, derecho a

INCADAT: HC/E/FR 62]; Alemania 2 BvR 1126/97, Bundesverfassungsgericht, (Tribunal Constitucional Federal), [Cita INCADAT: HC/E/DE 338]; 10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden, [Cita INCADAT: HC/E/DE 486]; Reino Unido – Escocia *Bordera v. Bordera* 1995 SLT 1176 [Cita INCADAT: HC/E/UKs 183]; *A.J. v. F.J.* [2005] CSIH 36, 2005 1 SC 428 [Cita INCADAT: HC/E/UKs 803]; Sudáfrica *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC), [Cita INCADAT: HC/E/ZA 309]; Suiza 5P.1/1999, Tribunal fédéral suisse, (Swiss Supreme Court), 29 March 1999, [Cita INCADAT: HC/E/CH 427].

³³ Reconociendo legitimación a los abuelos del menor, que ostentaban sólo un derecho de custodia “imperfecto”, es decir, derivado únicamente de la situación de hecho, puesto que llevaban años siendo los cuidadores principales del menor: *Re B. (A Minor) (Abduction)* [1994] 2 FLR 249 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 4], *Re O. (Child Abduction: Custody Rights)* [1997] 2 FLR 702, [1997] Fam Law 781 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 5]; *Re W. (Minors) (Abduction: Father's Rights)* [1999] Fam 1 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 503]; *Re B. (A Minor) (Abduction: Father's Rights)* [1999] Fam 1 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 504]; *Re G. (Child Abduction) (Unmarried Father: Rights of Custody)* [2002] EWHC 2219 (Fam); [2002] ALL ER (D) 79 (Nov), [2003] 1 FLR 252 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 506].

³⁴ El artículo 15 del CH'80 establece la posibilidad de solicitar al Estado de origen un certificado de ilicitud del desplazamiento, siempre que en dicho Estado exista un procedimiento para ello. El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que reforma el procedimiento interno español para la sustanciación de las solicitudes de restitución, incluye esta posibilidad: art. 778 quater de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): “Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el título I del libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158. La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase”.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

participar en la toma de la decisión sobre el lugar de residencia del hijo común.³⁵ Si se concluye que el progenitor que solicita la restitución del menor no tenía derecho a participar en la decisión sobre el lugar de residencia del menor no existirá ilicitud en el desplazamiento, por lo que la solicitud de restitución deberá rechazarse. No obstante, el solicitante podrá presentar una solicitud de acceso, es decir, destinada a organizar las visitas transfronterizas (art. 21, CH'80).

Sin embargo, existen órganos judiciales que interpretan el derecho de custodia atendiendo al alcance que se le otorgue en sus propios ordenamientos internos, lo que conduce a denegar órdenes de restitución a progenitores no custodios a quienes el ordenamiento del Estado de origen reconoce el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.³⁶ Un caso paradigmático es el del ordenamiento jurídico español y su interpretación y aplicación tanto por parte de los órganos judiciales españoles como extranjeros, en determinados supuestos. El Código Civil español no indica si el derecho a decidir sobre la residencia del menor se ubica en la patria potestad o en la custodia.³⁷ Si se concluye que forma parte de la patria potestad, aunque la custodia exclusiva se atribuya a uno de los progenitores, el progenitor custodio no podrá decidir por sí solo sobre el desplazamiento del menor. Pero si se entiende que el derecho a decidir sobre la residencia del niño forma parte de la custodia, el que la ejerza en exclusiva sí podría trasladar al menor sin consentimiento del otro progenitor, en cuyo caso el desplazamiento no podría calificarse como ilícito. Cuando, ante el divorcio o la separación de los padres, se decide el ejercicio

35 En el ámbito de América Latina, por ejemplo, la mayoría de los ordenamientos internos otorgan a ambos padres el derecho a decidir sobre la residencia del menor, al margen de si tienen derechos de custodia exclusiva o sólo de visita (PÉREZ MANRIQUE, 2009)

36 EEUU: *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008), [Cita INCADAT: HC/E/USf 970], en la que se declara que el Estado español ha interpretado los derechos de custodia con arreglo a su ordenamiento interno. Inglaterra y Gales: *Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)* [1995] Fam 224 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 8]. En *Monory v. Hungary & Romania* (2005), 41 E.H.R.R. 37, [Cita INCADAT: HC/E/ 802], el TEDH resolvió que había habido una violación del derecho a la vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH") cuando los tribunales rumanos habían malinterpretado el artículo 3 del Convenio de La Haya de manera tal que las garantías del último instrumento fueran violadas.

37 El "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", presentado por el Ministerio de Justicia español el pasado mes de julio, contempla una reforma del actual artículo 156 del Código Civil estatal que incluye en la regulación del contenido de la patria potestad el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor: "(...) El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos."

compartido de la guarda y custodia es fácil concluir que ambos progenitores mantienen el derecho a participar en la decisión relativa al lugar de residencia del hijo menor, ya sea porque el derecho se ubica en la custodia —compartida por ambos— ya porque lo está en la patria potestad —que ambos siguen ejerciendo conjuntamente—. Sin embargo, cuando se atribuye la guarda y custodia en exclusiva a uno de los progenitores y la resolución judicial que la constituye no indica nada al respecto, puede dudarse acerca de dónde queda ubicado el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor: si en la patria potestad, conjuntamente ejercida por ambos progenitores, o en la custodia, ejercida exclusivamente por uno de ellos.³⁸

La confusión se manifiesta entre los órganos judiciales españoles no sólo a la hora de decidir respecto de desplazamientos internos,³⁹ sino también en la resolución de solicitudes de restitución presentadas en nuestro país. No es infrecuente que los juzgados y tribunales españoles consideren —de forma automática— que si un ordenamiento jurídico extranjero atribuye la “custodia” a uno de los progenitores, el otro no tiene derecho a decidir sobre el lugar de residencia del hijo menor, lo que conduce a denegar la restitución del menor porque el desplazamiento fue lícito.⁴⁰ La falta de previsión legal a nivel estatal y la ausencia de un criterio único de interpretación han propiciado también que resulte problemática la calificación del desplazamiento de un menor desde España hacia otros países.⁴¹

En atención a las reglas sustantivas aplicables, las diferentes situaciones posibles, en relación con el contenido de los derechos de custodia y visita, son las que se describen en el siguiente cuadro:

38 Al respecto puede consultarse GONZÁLEZ DEL POZO (2008) y PRIETO FERNÁNDEZ LAYOS (2008).

39 Diferentes enfoques al respecto, en el foro abierto protagonizado por magistrados y jueces de Familia El Derecho Editores (2009).

40 Entre otras resoluciones, el AAP de Valencia, Sección 10ª, Núm. 14/2006, de 17 de enero, JUR 2007/127967.

41 *Vid.*, como ejemplo, la Sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina (19.05.2010), publicada en *La Ley*, con referencia AR/JUR/17055/2010.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) “Análisis de la resolución judicial de...”, pp. 171-217.

Situación de las relaciones paterno-filiales		Calificación del desplazamiento	
No existe resolución judicial: ambos progenitores ejercen derechos de custodia.		ILÍCITO , cualquiera que sea el progenitor que desplace al menor	
Existe resolución judicial: ambos progenitores son custodios (custodia compartida)		ILÍCITO , cualquiera que sea el progenitor que desplace al menor	
Existe resolución judicial: la custodia se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores; el otro ostenta un derecho de visita.	El ordenamiento interno otorga a ambos el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, o así se ha decidido judicialmente.	ILÍCITO , cualquiera que sea el progenitor que desplace al menor	
	El ordenamiento interno reserva el derecho a decidir el lugar de residencia al progenitor custodio, o así se ha decidido judicialmente.	LÍCITO , si el desplazamiento lo realiza el progenitor custodio. El progenitor con derecho de visita podrá presentar una solicitud de acceso para organizar las visitas transfronterizas.	ILÍCITO , si el desplazamiento lo realiza el progenitor con derecho de visita.

3. Que el progenitor perjudicado por la sustracción no prestara su consentimiento a la alteración de la residencia habitual del menor, cuando tenía derecho a participar en la decisión sobre el lugar de aquélla

Si el progenitor que ha presentado la solicitud de restitución tenía derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, debe comprobarse también que no prestó su consentimiento al desplazamiento, ni de manera inicial, ni sobrevenida. Ahora bien, el consentimiento a un traslado puntual o temporal no implica que se preste para el cambio del lugar de residencia habitual.⁴²

⁴² Sala Tercera, Familia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México (09.02.2009), núm. 2926/2008. El argumento de la juez de primera instancia relativo a que no se concede la restitución de los niños porque existió consentimiento del progenitor al traslado, no consolida el presupuesto que la propia Convención prevé para el rechazo de la restitución, ya que la autorización que el progenitor concedió a los niños para viajar a Venezuela con compañía de su madre no lleva a concluir que hubiera autorizado el cambio de residencia de sus hijos (Ref. INCADAT HC/E/MX 1038); Reino Unido - Inglaterra y Gales, Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 46]: En este caso, la Cámara de los Lores sostuvo que no debía encontrarse aceptación posterior en comentarios pasajeros o cartas escritas por un padre que recientemente hubiera sufrido el trauma inherente al traslado de sus hijos.

4. Que el progenitor perjudicado por la sustracción viniera ejerciendo de manera efectiva su derecho a relacionarse con el menor, o lo hubiera podido ejercer de no haberse producido la sustracción

Si se verifica que el desplazamiento ha supuesto una alteración de la residencia habitual del menor y que el progenitor que presenta la solicitud de restitución, teniendo derecho a decidir sobre el lugar de residencia del hijo desplazado, no prestó su consentimiento, la siguiente condición necesaria para calificar el desplazamiento como ilícito es la de que el progenitor solicitante ejerciera de forma efectiva sus derechos y obligaciones paterno-filiales, o que los hubiera ejercido de no haberse producido la sustracción. Esta condición tiende a evitar restituciones en los casos en los que el solicitante no cumple con un rol mínimamente relevante en la vida de los menores.⁴³ Ante la alegación del sustractor de falta de ejercicio efectivo por parte del solicitante, éste debe demostrar lo mínimo para satisfacer el requisito. Como ejemplos, existe ejercicio efectivo aunque el progenitor reclamante abandonara el domicilio debido a la crisis de la pareja durante un breve lapso de tiempo,⁴⁴ o cuando el contacto era esporádico o puntual durante el tiempo en el que se está decidiendo judicialmente acerca de la atribución de la guarda y custodia de los hijos.⁴⁵

ii. Regla de restitución inmediata y sus excepciones

El mecanismo básico que se articula para conseguir los objetivos prioritarios de las normas sobre SIM se presenta como una regla de aplicación automática, de manera que cuando el desplazamiento de un menor merece la calificación de “ilícito” (por concurrir en él

⁴³ Outer House, Court of Session (Reino Unido, Escocia), S. v. S., 2003 SLT 344, Referencia INCADAT: HC/E/UKS 577. En el mismo sentido, PÉREZ VERA (1982): “[e]n efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor”.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Grand Instance de Pau, Francia (07.03.2006), en CALVO BABÍO (2009).

⁴⁵ En un caso en el que la madre sustractora argumentó que el padre sólo tenía un contacto esporádico con los hijos, el tribunal razonó que la exigencia de “ejercicio efectivo” debe interpretarse de forma amplia. Para demostrar la falta de ejercicio de los derechos de custodia quien sustrae al menor sustractor está obligado a demostrar que el otro progenitor ha abandonado al menor. En el presente caso no era así; al visitar a sus hijos y al contribuir a su manutención económica, el padre estaba ejerciendo derechos de custodia a la fecha en que la madre sustrajo a los menores (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Sealed Appellant v. Sealed Appellee, 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004), Ref. INCADAT: HC/E/USF 779).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

las circunstancias descritas más arriba) procede ordenar la inmediata restitución del menor a su lugar de origen y, al mismo tiempo, se prohíbe que los tribunales del Estado hacia el que se le desplazó se pronuncien sobre el régimen de custodia. El principal modelo de resolución de la SIM se construye, por lo tanto, sobre un razonamiento de reglas, que implica la siguiente subsunción: "si el desplazamiento del menor es ilícito debe ordenarse su inmediata restitución".

Sin embargo, el principio del superior interés del menor impide que la regla de restitución inmediata se aplique en todos los casos. A pesar de que la regla de restitución inmediata es la que se anuncia y se describe en las normas reguladoras como mecanismo principal de respuesta a la SIM,⁴⁶ el superior interés del menor como principio rector en la materia requiere la entrada de elementos valorativos y un margen para la ponderación: si se impide la valoración de determinadas circunstancias, la decisión de restitución inmediata del menor puede ser contraria a su superior interés cuando, por ejemplo, era objeto de malos tratos por parte del progenitor que solicita su regreso. Así, el respeto al principio del superior interés del menor reclama en determinados supuestos utilizar un razonamiento finalista, no de reglas, que permita alcanzar el objetivo de garantizar el bienestar del niño, un razonamiento del tipo: "si el desplazamiento del menor es ilícito debe ordenarse su inmediata restitución, *salvo que* existan circunstancias que lo desaconsejen y su interés se proteja mejor manteniéndolo en el Estado de desplazamiento". Una vez que, a partir de este razonamiento, se deniega la restitución, se ve alterada también la regla de que los órganos judiciales del Estado de origen conservarán la competencia para decidir sobre el fondo del asunto, de modo que las decisiones sobre el régimen de custodia podrán ser tomadas por los órganos judiciales del Estado de destino.

Las circunstancias que pueden fundamentar una decisión judicial que deniegue la restitución del menor —pese a la ilicitud del desplazamiento— son las previstas en los artículos 12, 13 y 20 del CH'80. Muy resumidamente, se trata de circunstancias relativas a la situación de riesgo físico o psíquico del menor, o su sometimiento a una situación intolerable en el Estado de origen, para el caso de que ordenara la restitución⁴⁷ (art. 13), la

⁴⁶ Así se declara en el Preámbulo del CH'80 y se reitera en sus artículos 1, 7, 8 y 12. Igualmente, en el considerando 17, del Reglamento Bruselas II Bis y en su artículo 11.

⁴⁷ Las cifras que ofrece la HCCH indican que en el año 2008 el 21% de las resoluciones judiciales que denegaban la restitución se basaron en esta causa (LOWE, 2011: 28).

voluntad del propio menor contraria a ser retornado⁴⁸ (art. 13), así como su arraigo en el Estado de desplazamiento, transcurrido más de un año desde que se produjo la SIM⁴⁹ (art. 12), junto con la alegación relativa a la vulneración de derechos humanos en el caso de que el menor sea restituido⁵⁰ (art. 20).

La regulación internacional y comunitaria sobre SIM se ha construido, por lo tanto, sobre la tensión que implica reconocer, por un lado, que el superior interés del menor sustraído se protege mediante su restitución inmediata y, por otro, que no en todos los supuestos la restitución será la mejor manera de proteger dicho interés. El modelo de resolución es un modelo de principios y reglas, de manera que el respeto al principio rector y su promoción permiten excepciones a la regla de restitución inmediata. Ahora bien, el elemento valorativo que se introduce en la decisión judicial, necesaria para evitar restituciones perjudiciales para el menor, ha conducido a interpretaciones dispares de las mismas circunstancias por parte de diferentes órganos judiciales, del mismo o de diversos Estados. Ello explica que la concurrencia de circunstancias similares en supuestos semejantes desemboque en algunos casos en la emisión de una orden de restitución y en otros en la denegación de la restitución del menor. El análisis de las resoluciones judiciales disponibles en INCADAT⁵¹ permite concluir que, aunque existen tendencias mayoritarias en algunos aspectos, las cuestiones centrales de la normativa siguen siendo controvertidas y su interpretación y aplicación difieren de un Estado a otro e, incluso, dentro de un mismo Estado, en función del órgano judicial que resuelva. Así, interpretaciones judiciales restrictivas de las excepciones —que son las que resultan acordes con el objetivo de las

⁴⁸ El porcentaje de solicitudes de restitución que fueron denegadas judicialmente con base en esta causa fue del 10% en el año 2008 (LOWE, 2011: 28).

⁴⁹ En el año 2008, el 11% de las resoluciones judiciales que denegaron el retorno del menor lo hicieron sobre la base de esta excepción (LOWE, 2011: 26).

⁵⁰ En el año 2008, en sólo 2 de las resoluciones judiciales que denegaban la restitución se aludió al art. 20 como motivo de rechazo, pero no en solitario, sino en combinación con alguna de las otras excepciones posibles, fundamentalmente la de situación de riesgo para el menor en caso de retorno (LOWE, 2011: 30).

⁵¹ Base datos de la HCCH de resoluciones jurisdiccionales recaídas en materia de SIM [www.incadat.com].

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

normas aplicables—⁵² conviven con interpretaciones amplias que conducen a denegar restituciones en circunstancias similares a otras en las que se ordenó la restitución

Es evidente que un uso laxo de las excepciones a la regla de restitución inmediata contribuye a debilitar la eficacia preventiva de los mecanismos diseñados para luchar contra la SIM. Las diferentes valoraciones que los jueces llegan a hacer de circunstancias similares han generado un mapa en el que los operadores jurídicos especializados en SIM son capaces de identificar a los Estados que más restituyen frente a los que deniegan más restituciones, y las causas por las que normalmente lo hacen. Las instituciones internacionales⁵³ y las comunitarias⁵⁴ trabajan con el objetivo de favorecer una interpretación y aplicación de las normas lo más uniforme posible, y, para ello, han generado bases de datos de Jurisprudencia, foros de trabajo, comisiones de expertos, boletines jurídicos, guías de buenas prácticas y otras herramientas de *soft law*. En particular, destaca la labor realizada por la Red Internacional de Jueces de La Haya, a través de sucesivas reuniones, con el objetivo de establecer cauces para la comunicación, la cooperación y la aplicación uniforme del CH'80 (LORTIE, 2009). Así mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contribuyen con sus resoluciones a suministrar pautas de interpretación para las diferentes circunstancias en las que cabe denegar una restitución apelando al principio del superior interés del menor.⁵⁵

iii. Ejecución forzosa de las órdenes de restitución

Junto con los problemas que se derivan de la disparidad en la interpretación y aplicación de las normas sobre SIM en circunstancias similares, la resolución judicial de las sustracciones encuentra otros obstáculos. Si se acepta —y no parece que pueda discutirse—

⁵² PÉREZ VERA (1982): "... es necesario subrayar que las excepciones [...] al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado" (p. 8).

⁵³ Todas las iniciativas al respecto, en [www.hcch.net], en *Protección internacional del Niño: Sección Sustracción de Niños*.

⁵⁴ Con la financiación de la Comisión Europea, destaca el reciente encuentro *LEPCA (Lawyers in Europe on Parental Child Abduction)*, La Haya, del 7 al 10 de mayo de 2014. Sobre la interpretación judicial de los elementos que determinan la ilicitud del desplazamiento, así como en relación a las causas de denegación de restituciones por parte de los órganos judiciales (BRIEGER y NIETHAMMER-JÜRGENS, 2014).

⁵⁵ Pueden consultarse las resoluciones recaídas en materia de SIM en [www.incadat.com].

que el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁶ exige una eficaz ejecución de las resoluciones judiciales recaídas, se concluye también que la ineficacia en la fase de ejecución de las órdenes de restitución vulnera aquel derecho y debilita los mecanismos judiciales de resolución de la SIM. Un alto porcentaje de las resoluciones judiciales que ordenan el regreso del menor lo hacen en contra de la voluntad del sustractor,⁵⁷ de modo que en muchos casos la ejecución de la orden debe llevarse a cabo de manera forzosa, mediante la puesta en marcha de medidas coercitivas (GONZÁLEZ VICENTE, 2007: 72).⁵⁸ En estas circunstancias, hacer efectiva la orden de restitución resulta muy complicado y, cuando se logra, puede resultar altamente frustrante para el menor, cuando no directamente traumático. El TEDH le ha prestado particular atención en los últimos años a la cuestión de la ejecución de órdenes de restitución y en varias ocasiones determinó que el Estado requerido no había cumplido su obligación de adoptar todas las medidas razonables para ejecutar las órdenes de restitución⁵⁹. Este incumplimiento, a su vez, da lugar a la violación del derecho del progenitor solicitante al respeto de la vida familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

Un instrumento eficaz para evitar que se frustre el cumplimiento de una orden de restitución son las medidas cautelares, que tienden a asegurar la permanencia del menor en el Estado requerido y su más sencilla localización por parte del tribunal y de las autoridades públicas competentes para la ejecución⁶⁰. Idealmente, deberían acordarse desde el inicio del procedimiento judicial de restitución y mantenerse, si fuera necesario, una vez recaída resolución que ordene la restitución del menor e, incluso, durante la tramitación del recurso que, en su caso, se presentara. Entre otras, la *Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la*

⁵⁶ En España, reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

⁵⁷ En el año 2008, del 27% de resoluciones judiciales que ordenaban la restitución, el 15% lo hacía con oposición del sustractor, frente a un 7% de casos en los que el sustractor finalmente había prestado su consentimiento al regreso del menor (del 5% restante no existen datos) (LOWE, 2011: 20).

⁵⁸ Como ejemplo de ejecución frustrada: *Vid.* Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Zaragoza, de 20 abril 2004. AC 2004\420: "Tras dictarse la orden de retorno en 1996, no ha sido sino hasta el 5 de abril de 2004, cuando el menor y su madre han sido localizados por la policía en Huesca".

⁵⁹ TEDH: *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, No. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [Cita INCADAT: HC/E/ 336]; *Sylvester v. Austria*, Nos. 36812/97 and 40104/98, (2003) 37 E.H.R.R. 17, [Cita INCADAT: HC/E/ 502]; *H.N. v. Poland*, No. 77710/01, (2005) 45 EHRR 1054 [Cita INCADAT: HC/E/ 811]; *Karadžić v. Croatia*, No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896 [Cita INCADAT: HC/E/ 819]; *P.P. v. Poland*, No. 8677/03, 8 January 2008 [Cita INCADAT: HC/E/ 941].

⁶⁰ En España, se prevé la adopción de medidas cautelares en los procesos de restitución de menores en el artículo 1903 de la LEC de 1881, y puede acudir también al mecanismo previsto en el artículo 158 del Código Civil estatal.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

Haya de Derecho Internacional Privado (Cuarta Parte: Ejecución) (pp. 5-6) se refiere a las siguientes: a) el depósito de pasaportes u otros documentos de viaje; b) la imposición del requisito de que el progenitor sustractor informe periódicamente a una autoridad determinada, conjuntamente con una restricción de su libertad de movimiento, como podría ser la obligación de residir en un lugar determinado; c) que el progenitor sustractor pague una fianza o un depósito, se le ordene conducir al menor periódicamente a un lugar determinado, bajo pena de multa o detención o la amenaza de que la policía recupere al niño si no cumple con lo ordenado; d) dictar una orden judicial que prohíba el traslado del niño fuera de la jurisdicción, combinada con una alerta en la frontera; e) asignar provisionalmente al niño al cuidado de las autoridades de protección de la infancia, por ejemplo, en una institución o familia de acogida, o al cuidado del solicitante o de un familiar de uno de los progenitores o de cualquier otra persona específica o de cualquier otra forma que el tribunal considere.

Además de las medidas cautelares tendentes a asegurar la localización del menor, también contribuye a una exitosa ejecución de la restitución la claridad de la resolución judicial que la ordene, que debería incluir detalles pormenorizados acerca de cómo y cuándo debe llevarse a cabo la restitución.

iv. Valoración de los mecanismos judiciales de resolución de la SIM

La virtud principal de los instrumentos normativos internacionales y comunitarios reguladores de la SIM reside en haber diseñado un cauce común a todos aquellos Estados en los que se aplican. A partir de este cauce único, con las peculiaridades propias de cada ordenamiento interno, se garantiza un funcionamiento similar y reconocible para resolver los supuestos de sustracción: a) las AACC como receptoras de las solicitudes de restitución; b) la remisión de las solicitudes a los órganos jurisdiccionales de los Estados de desplazamiento; c) la aplicación por éstos de las mismas normas sustantivas para resolver las solicitudes, tanto a la hora de calificación del desplazamiento como en el momento de decidir si procede aplicar alguna de las excepciones a la regla de restitución inmediata, y d) la conservación de la competencia de los órganos judiciales del Estado de origen para decidir sobre las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, se está todavía lejos de una aplicación que garantice resoluciones similares ante situaciones parecidas. Con tendencias mayoritarias en algunos aspectos, las cuestiones centrales de la normativa siguen siendo controvertidas y su interpretación y

aplicación difieren de un Estado a otro y, dentro de un mismo Estado, en función del órgano judicial que resuelva. La disparidad de criterios se manifiesta en la calificación del desplazamiento como ilícito al valorar las circunstancias que determinan el cumplimiento de las condiciones necesarias para que exista ilicitud (especialmente en relación con el concepto de residencia habitual y respecto del alcance de los derechos de custodia) y, si se ha declarado la ilicitud, en la apreciación de circunstancias que merezcan denegar la restitución sobre la base, especialmente, de los artículos 12 y 13 del CH'80. La interpretación extensiva de las excepciones perjudica enormemente la eficacia resolutoria de las normas y, con ello, su efecto disuasorio. Con todo, tampoco puede obviarse que las excepciones a la restitución del menor exigen valorar las circunstancias atendiendo a los particulares contextos, de modo que no puede tratarse igual —como ejemplo— una alegación de malos tratos formulada por una madre española en el extranjero que una alegación de ese tipo formulada en España por una madre nacional de un país en el que no existen medidas legales de protección de las víctimas de violencia de género y en el que la sociedad es patriarcal y machista. Quizás, una herramienta útil podrían ser las “listas de verificación”, generadas para cada excepción, no con la finalidad de que funcionen de manera tasada, impidiendo al juez una ponderación o valoración discrecional de las circunstancias, pero sí con el propósito de proporcionar una guía al órgano judicial acerca de las condiciones que necesariamente deben valorarse, y su intensidad, para que una determinada alegación merezca ser acogida. Por ejemplo, cuando la madre sustractora alega ser víctima de violencia de género por parte del padre —alegación muy frecuente, por otro lado— (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 117; FORCADA MIRANDA, 2007), deberían analizarse, a modo de ejemplo, aspectos como los siguientes: ¿Existe en el Estado de origen una legislación protectora de las víctimas de este tipo de violencia? ¿Funciona eficazmente? ¿Qué medidas concretas se podrían adoptar en el Estado de origen para proteger a la madre y al niño? ¿Instó la madre, antes de abandonar el Estado, algún tipo de medida al respecto? ¿Podría instarlas si se ordena la restitución? ¿Se pueden activar incluso antes de que se produzca el regreso efectivo del menor y la madre al Estado de origen? ¿Existe familia extensa y/o red social de asistencia en el país de origen?

Las respuestas a éstas y a otras cuestiones que se identifiquen como centrales en cada una de las excepciones previstas por el CH'80 deberían ayudar al órgano judicial a tomar una decisión ponderada y, al mismo tiempo, enmarcada en el cumplimiento de unos estándares mínimos. Es razonable pensar que en el ámbito comunitario, como regla general, la madre víctima de violencia de género —siguiendo con este ejemplo— contará en el Estado de origen con medidas legales suficientes para hacer frente a la situación de violencia. No podrá valorarse igual esta alegación en el espacio comunitario, generalmente, que en

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

relación con Estados de otro ámbito que carezcan de un sistema legal de protección a la mujer o cuando, contando con él, resulte completamente ineficaz.

Un contenido similar podría darse a cada una de las excepciones previstas: criterios y cuestiones de verificación que se consideren centrales —a la luz de la experiencia generada y de las resoluciones más acertadas recaídas— en torno a las diferentes alegaciones. Por ejemplo, respecto de la alegación —también frecuente— de que el regreso del menor sin la madre lo pone en situación intolerable, las objeciones del menor con suficiente madurez (criterios para determinar su nivel de madurez y para identificar el fundamento de sus objeciones, así como la necesidad de descartar supuestos de alineación y otros síndromes frecuentes en estos casos), el arraigo del menor en el Estado de desplazamiento, tras haber transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción (identificación de las circunstancias que determinan el arraigo y, sobre todo, identificar las condiciones en las que, pese al arraigo, el retorno puede ser recomendable), etcétera.

Por otro lado, los esfuerzos de las instancias internacionales y comunitarias por generar foros de trabajo e instrumentos de *soft law* que guíen al operador jurídico en la interpretación y aplicación de las normas requieren, además, de una apuesta firme de los Estados en la formación y capacitación de los órganos judiciales llamados a resolver las solicitudes de restitución y de los demás profesionales públicos involucrados en estos procesos. Por último, el adecuado funcionamiento de los mecanismos judiciales de resolución de la SIM exige igualmente de una ejecución eficaz de las resoluciones que ordenen la restitución del menor sustraído.

C) Resolución de la SIM a través de la mediación

i. La mediación como modelo de resolución de la SIM

Junto a la vía judicial de resolución de la SIM se suma la entrada, en los últimos años, de un modelo alternativo de resolución de las sustracciones: la mediación. Explorada inicialmente como vía para resolver los conflictos en los supuestos en los que no existe norma aplicable,⁶¹ en los últimos tiempos se está promoviendo su uso también para la

⁶¹ En el marco del llamado Proceso de Malta, un diálogo entre jueces y funcionarios superiores de gobierno provenientes de determinados Estados parte en el Convenio de La Haya y de Estados no parte cuyas leyes se basan en el derecho islámico (Shariah) o están influenciadas por este. Este Proceso está

resolución de los supuestos de SIM en los que sí existe norma de aplicación. Lo cierto es que la referencia a la *solución amigable* está presente en la mayoría de las normas reguladoras⁶² y, sobre su base, desde las instituciones supranacionales y comunitarias se fomenta el uso de la mediación a partir de numerosas iniciativas y herramientas destinadas a proporcionar pautas a los Estados y a los operadores jurídicos sobre el empleo de la mediación en SIM.⁶³

destinado a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, contacto y sustracción de niños que sean particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. En su marco, se creó, en el año 2009, un Grupo de Trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver disputas transfronterizas relativas a custodia o contacto con los niños. El Grupo de Trabajo lanzó dos Cuestionarios, uno sobre estructuras de mediación existentes y otro sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación, que se hicieron circular entre los diferentes Estados (disponibles en [www.hcch.net], Sección Child Abduction, subapartado *Cross-border Family Mediation*).

⁶² Por lo que se refiere al *ámbito internacional*, el CHH'80 indica en su artículo 7 que es obligación de las Autoridades Centrales de cada Estado adoptar todas las medidas necesarias para "garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable", y en su artículo 10 que "La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor". Por su parte, el 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, vigente para España desde el 1 de enero de 2011, incluye en su artículo 31, relativo al uso de la mediación y su promoción por parte de los Estados, la obligación de éstos de "facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño". Por lo que se refiere a los ámbitos *européo y comunitario*, ha de tenerse en cuenta la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996, cuyo artículo 13, bajo la rúbrica "Mediación u otros procesos de solución de controversias", establece que "A fin de impedir o resolver controversias o de evitar procesos ante una autoridad judicial que afecten a los niños, las Partes alentarán la disposición de la mediación o de otros procesos a efectos de la resolución de controversias y el uso de dichos procesos a fin de llegar a un acuerdo en los casos que deban ser resueltos por las Partes". Igualmente, la Resolución 1921 (2002) de 26 de junio, del Consejo de Europa, en la que se invita a la promoción de la mediación en el marco de la sustracción internacional de menores. Por otro lado, el Reglamento Bruselas II Bis, contempla el uso de la mediación para la resolución de los conflictos familiares en los que están involucrados menores de edad (art. 55). Al igual que la Directiva 2008/52/CE, que sirve de base para los modelos de mediación transfronteriza.

⁶³ Entre las acciones promovidas por la HCCH para favorecer el uso de la mediación en SIM, cabe destacar las siguientes: *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters*, disponible en www.hcch.net, en el apartado de "Trabajos en Curso: Asuntos Generales"; *Guía de Buenas Prácticas en el uso de la mediación en el contexto del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*; *Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta. Memorando explicativo* (Documento preliminar N° 6 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, disponible en [www.hcch.net], Sección Child Abduction, Apartado "Trabajos en curso",

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

De hecho, existen ya diversos organismos, de diferente naturaleza, que en los últimos años están desarrollando mediación específicamente en el ámbito de la SIM⁶⁴, con buenos resultados.⁶⁵

Aceptar que, en determinados casos de sustracción —y pese a la existencia de una norma aplicable para resolverla— la mediación puede ser la mejor solución, presupone la aceptación de que, en esos casos, serán los propios progenitores quienes decidan cómo se protege mejor el superior interés del menor: mediante un acuerdo de restitución a su lugar de residencia habitual o, al contrario, acordando la permanencia del menor en el Estado de destino.

La mediación en conflictos familiares —y la SIM es uno de ellos, de especial complejidad— favorece la reconstrucción del cauce natural para la toma de decisiones relativas a los menores de edad: el debate entre sus progenitores y la obtención de un acuerdo como resultado. En este sentido parece que la mediación puede ser, en los casos en los que resulta apropiada, la mejor manera de garantizar que la decisión que se tome respetará el superior interés del menor. Se entiende que los padres están generalmente en mejor situación para decidir qué resulta más beneficioso para el menor teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, por ello, se desplaza a la decisión judicial para dejar espacio al acuerdo entre los progenitores. Los beneficios de los acuerdos de mediación en este ámbito se constatan fácilmente si se compara su nivel de cumplimiento con las dificultades que existen a la hora de ejecutar forzosamente una orden de restitución en contra de la voluntad del progenitor sustractor.⁶⁶ Con todo, resulta evidente que los

subapartado "Asuntos Generales"). Por su parte, en el marco de la Red Judicial Europea Civil se ha creado un Grupo de Trabajo de Mediación Familiar, cuyo documento más reciente es el *Discussion paper on advancing international family mediation in cases of international child abduction*, adoptado en Dublín, en Junio 2013.

⁶⁴ Un listado orientativo puede ser el siguiente: Reunite (UK) [reunite.org]; Mikk.e.V (Alemania) [mikk-ev.de]; IKKO (Países Bajos) [kinderontvoering.org]; Family Mediation Center (Grecia) [familymediationcenter.gr]; Irish Centre for International Family Mediation (Irlanda) [internationalmediation.ie]; Mediadores Transfronterizos Europeos [crossbordermediator.eu]; Mediadora del Parlamento Europeo [europarl.europa.eu].

⁶⁵ Pueden consultarse los resultados obtenidos por *reunite* en *Mediation in International Parents Child Abduction: The reunite mediation pilot scheme*, October 2006.

⁶⁶ Sobre el nivel de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en mediación y su efectividad, puede consultarse (BUCK, 2012). Igualmente, consúltase "Estudio de viabilidad sobre la mediación transfronteriza en materia familiar – respuestas al Cuestionario", Doc. Preliminar N° 10 de marzo de 2008, a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de

acuerdos derivados de un proceso de mediación pueden presentar los problemas propios de cualquier contrato: interpretación, aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, alegaciones de nulidad, incumplimientos de mayor o menor entidad, etc. Y desde el punto de vista de su reconocimiento y ejecución en los diversos Estados implicados los problemas que pueden surgir no son menores.⁶⁷ Pese a ello, la mediación se presenta como una vía útil para asegurar que la decisión que se adopte sobre la restitución o no del menor sea la más adecuada a sus intereses, por lo que, desde un marco normativo que toma el superior interés del menor como principio informador, lo coherente es promover su uso. Ahora bien, el éxito de este modelo de resolución del conflicto —como se razonará a continuación— depende en gran medida de la eficacia de los otros dos modelos con los que convive, pues sólo si los mecanismos judiciales funcionan adecuadamente los sustractores encontrarán razones para abrirse a la mediación.

ii. Condiciones necesarias para el avance de la mediación en SIM

Como ya se dijo, la unidad familiar se presenta como el escenario natural para la toma de las decisiones que afectan al menor de edad, puesto que se entiende, generalmente, que su superior interés se protege reservando este ámbito a sus progenitores. El Estado tiene, entonces, un espacio residual de intervención en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, en alguna de las siguientes situaciones:

a) El Estado intervendrá a petición de los progenitores cuando éstos han sido capaces de alcanzar un acuerdo relativo al régimen de convivencia y relación con el menor

2008, redactado por la Oficina Permanente, disponible en [www.hcch.net] en “Trabajo en Curso” y “Asuntos Generales”

67 “Sobre la base de una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, en la que se había debatido en detalle el problema de la ejecutoriedad transfronteriza de acuerdos de mediación, el Consejo de 2012 autorizó a la HCCH a establecer un Grupo de Expertos a fin de llevar a cabo trabajos de investigación adicionales acerca del reconocimiento y de la ejecución transfronterizos de los acuerdos a los que se hubiera llegado en el curso de disputas internacionales relativas a niños, incluidos aquellos a los que se hubiera llegado a través de un proceso de mediación, teniendo en cuenta la implementación y el uso del Convenio de 1996 y, al mismo tiempo, señaló que “[d]icho trabajo comprenderá la identificación de la naturaleza y del alcance de los problemas jurídicos y prácticos, incluidas las cuestiones jurisdiccionales, al igual que la evaluación del beneficio de un nuevo instrumento, ya sea vinculante o no vinculante, en la materia” (*Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 de La Haya sobre Aspectos Civiles en la sustracción internacional de Menores: Mediación*, p. 17).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

tras la ruptura y dicho acuerdo se incorpora a un procedimiento judicial.⁶⁸ Las decisiones se han tomado, por lo tanto, en el ámbito de la unidad familiar —directamente, o con la mediación informal de terceras personas, o a través de una mediación extrajudicial— y se someten a aprobación judicial para tener efectos constitutivos del nuevo modelo de relaciones paterno-filiales acordado por los progenitores. En este caso, el papel de los poderes públicos es el de supervisar tales acuerdos y comprobar que no vulneran el superior interés del menor.

b) El Estado intervendrá a petición de los progenitores cuando éstos no han sido capaces de alcanzar un acuerdo en torno a algún aspecto puntual de la vida del menor,⁶⁹ o cuando, ante la ruptura de la relación de pareja, no son capaces de decidir conjuntamente acerca del régimen de convivencia y relación con el menor.⁷⁰ En estos casos, las decisiones que adopte el órgano judicial en sustitución del acuerdo de los padres deberán estar guiadas igualmente por el principio del superior interés del menor. Se produce en estos supuestos una judicialización del conflicto familiar, como "vía alternativa" para la toma de las decisiones relativas a los hijos menores, decisiones que no han podido adoptarse en su ámbito natural.

En este último caso, cuando el nivel del conflicto existente ha hecho imposible que los padres alcancen un acuerdo y el conflicto se ha judicializado, la mediación intrajudicial se presenta como un instrumento útil para generar un contexto en el que, a través del impulso y la guía de la persona mediadora, los progenitores rehabiliten el cauce natural de la toma de decisiones relativas al cuidado y bienestar de los hijos: el acuerdo adoptado por ellos mismos que, se presupone, respetará el superior interés del menor de la manera más adecuada a las peculiares circunstancias de cada familia.

Al igual que en otros tipos de mediación —mercantil, comunitaria o intercultural, por ejemplo—, en la mediación familiar se destaca como valor añadido el de favorecer la reconstrucción y mantenimiento de unas buenas relaciones entre las partes en conflicto, lo

⁶⁸ En España, mediante los procedimientos de mutuo acuerdo de separación y divorcio, previstos también en el Libro IV de la LEC de 2000.

⁶⁹ En España, como ejemplo, mediante el expediente de jurisdicción voluntaria que puede incoarse ante la discrepancia de los padres sobre el ejercicio de la patria potestad (artículos 1811 a 1821 de la LEC de 1881).

⁷⁰ En España, a través de los procedimientos contenciosos sobre separación, divorcio y nulidad previstos en el Libro IV de la LEC de 2000.

que parece fundamental si se tienen hijos en común. Se pone el énfasis también en otras muchas ventajas de la mediación frente a la resolución judicial del conflicto:⁷¹ acorta los tiempos de resolución judicial del conflicto, disminuyen los costes económicos, aumenta la autoestima de las partes, minimiza los efectos negativos de la separación sobre los hijos, favorece un mayor cumplimiento voluntario de lo acordado... Desde un punto de vista racional, el recurso a la mediación como vía de resolución del conflicto familiar aporta numerosas ventajas y, de hecho, se apela a ellas en la información que los juzgados suministran a las partes cuando se las invita o deriva a una mediación intrajudicial⁷². Los datos oficiales más fiables de que se dispone permiten constatar que, en España, ha ido aumentando progresivamente el número de juzgados que ofrecen mediación familiar intrajudicial, así como el número de mediaciones realizadas y el de las que culminan con acuerdo de las partes.⁷³

El paulatino avance de la mediación familiar intrajudicial en España obedece también a la apuesta pública por esta vía de resolución del conflicto, pero, en mi opinión, debe ponerse en relación, igualmente, con el avance del ordenamiento jurídico en materia de relaciones paterno-filiales y con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, correctora de una aplicación de las normas extremadamente conservadora por parte de los órganos jurisdiccionales⁷⁴. La regulación en España de la custodia compartida ha abierto, entiendo, un nuevo escenario para la mediación familiar. Si las normas aplicables a la resolución del conflicto ya no favorecen expresamente a la madre como progenitora custodia y, al mismo tiempo, los órganos judiciales interpretan y aplican las normas como el Tribunal Supremo ha establecido —es decir, sin considerar la custodia compartida como una modalidad excepcional, sino como la mejor manera de proteger el superior de los hijos, salvo que se acredite lo contrario—, el contexto para la resolución judicial del conflicto cambia: la madre ya no puede ser considerada —de forma casi automática— la única

71 Una descripción exhaustiva de las bondades de la mediación familiar en MARTÍN-NÁJERA (2013: 43-6 y 64-5).

72 *Vid.* el “Folleto divulgativo del Servicio de Mediación Intrajudicial”, así como el Documento 3 “Propuesta del contenido para incorporar en la resolución judicial convocando a las partes a la sesión informativa de mediación”, en MARTÍN-NÁJERA (2013), pp. 74 y 80, respectivamente.

73 Si bien, en el año 2012, se produjo una disminución en derivaciones a mediación en los asuntos de familia que se atribuye a la crisis económica y a la menor dotación presupuestaria destinada a los Equipos de Mediación: *Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, 2013: Actividad del Consejo enmarcada en Vocalías Delegadas: Vocalía Delegada para la Coordinación e Impulso del Proyecto de Mediación*.

74 Al respecto pueden consultarse BARRERO ORTEGA (2013: 74-7), y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ (2014).

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

progenitora custodia, de modo que, aunque se oponga a la custodia compartida solicitada por el padre, si esta modalidad resulta ser la más conveniente para los hijos, será la que se decida judicialmente.

En un contexto en el que el resultado del litigio tiene muchas posibilidades de favorecer a una de las partes existen pocas razones para que esta parte —potencialmente vencedora— se sienta a negociar (FISCHER y URY, 1981: 85-6). Por el contrario, en un contexto en el que disminuyen las posibilidades de que la resolución judicial del conflicto resulte favorable a una de las partes y es altamente probable que, ante el desacuerdo de los padres, el órgano judicial decida sobre los detalles que determinarán las relaciones paterno-filiales (el ritmo de alternancia, los detalles del intercambio de los hijos, el uso del domicilio por periodos alternos, etc.), existen muchas razones para que ambas partes prefieran acordar qué pautas regirán sus vidas y sus relaciones con sus hijos en el futuro. En resumen, cuanto mayor es el nivel de certeza acerca de un resultado judicial favorable a los intereses de una de las partes en conflicto, resulta menor el interés de esta parte por someter el conflicto a mediación.

Este esquema de razonamiento resulta trasladable a la mediación en SIM. Por un lado, todas las bondades propias de la mediación familiar existen igualmente en la mediación en SIM e, incluso, dada la extrema complejidad del conflicto que subyace a una sustracción, podría decirse que las ventajas de la mediación tienen una especial fuerza en este ámbito. Promoverla apelando a sus muchas ventajas, frente a los inconvenientes propios de la decisión judicial del conflicto, resulta razonable. Pero, al mismo tiempo, su potencial como vía de resolución de las sustracciones sólo podrá desarrollarse plenamente si los mecanismos judiciales previstos por las normas supranacionales y comunitarias resultan eficaces. Si el contexto de resolución judicial de la SIM se identifica con la emisión de resoluciones dispares en similares circunstancias, la aplicación extensiva de las excepciones que permiten denegar el retorno, la interpretación dispar de los elementos que determinan la ilicitud de un desplazamiento y la escasa eficacia en el cumplimiento forzoso de las órdenes de restitución emitidas en contra de la voluntad del sustractor, las personas sustractoras optarán mayoritariamente por oponerse y formular alegaciones en vía judicial y, si la restitución finalmente se ordena, frustrar con relativa facilidad el cumplimiento de la orden de restitución u obstaculizarlo al máximo. En definitiva, la apuesta por la mediación como vía de resolución de la SIM exige un correlativo impulso en el refuerzo de los mecanismos judiciales previstos en las normas.

Otra cuestión relevante a la hora de analizar el contexto normativo y judicial en el que la mediación en SIM debe desarrollarse es la relativa a la tipificación penal de la conducta sustractora. Son muchos los ordenamientos jurídicos que contemplan en sus códigos penales el delito de sustracción de menores,⁷⁵ entre ellos España.⁷⁶ La tipificación del delito de sustracción de menores está orientada a proteger los intereses de los menores⁷⁷ a través de la función típica de las normas penales: la prevención (FERRAJOLI, 1995). Sin embargo, la eficacia preventiva del delito de sustracción de menores parece mínima y, en el caso de España, creo que no es exagerado afirmar que ha sido prácticamente nula si se tienen en cuenta los datos estadísticos que evidencian un aumento constante de las sustracciones llevadas a cabo desde nuestro país, aún después de haber entrado en vigor la norma penal. En general, existe cierto consenso acerca del obstáculo que supone para la efectiva restitución de los menores la existencia de procesos penales iniciados contra el sustractor en el Estado de origen.⁷⁸

Por lo que se refiere a su incidencia en la mediación, y desde un punto de vista teórico, debe reconocerse que, en principio, resulta extraño abrir a mediación la resolución

⁷⁵ Pueden consultarse las situaciones de los diferentes Estados partes del CH'80 en relación con la tipificación penal en: [hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=24].

⁷⁶ Artículo 225 bis del Código Penal, introducido por 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 menores (B.O.E. 11 diciembre) (TORRES FERNÁNDEZ, 2003).

⁷⁷ Así se declara expresamente, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre.

⁷⁸ Según se indica en la *Guía de Buenas Prácticas: Mediación*, HCCH, las respuestas al Cuestionario de 2006 mostraron que, en general, se considera que los procesos penales tienen un efecto negativo sobre los procedimientos de restitución: véase Pregunta N° 19 del 'Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de la Haya de 28 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (que incluía preguntas acerca de la implementación práctica 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*), redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 1 de abril de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial de octubre/noviembre de 2006, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; véase, asimismo, "Informe sobre la Quinta Reunión de la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica 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* (30 de octubre - 9 de noviembre de 2006)", redactado por la Oficina Permanente, marzo de 2007, p. 56; ambos documentos se encuentran disponibles en [www.hcch.net], Sección "Sustracción de Niños".

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

de un conflicto que puede haber determinado el inicio de actuaciones penales, si bien es cierto que la mediación está avanzando también en el ámbito penal como vía de resolución de los conflictos de esta naturaleza. En todo caso, resulta forzado aceptar que se desarrolle un procedimiento de mediación en torno a la resolución de la situación del menor sustraído y en pro de su superior interés y, al mismo tiempo, se establezcan medidas penales que pueden llegar a desembocar en una pena privativa de libertad para la persona sustractora que, en muchos casos, es el cuidador principal del menor. Por lo demás, ya desde una perspectiva práctica, la existencia de una imputación penal en el Estado de origen dificulta en extremo las posibilidades de alcanzar un acuerdo que implique la restitución del menor, puesto que si el sustractor acompaña al niño en el retorno se arriesga a ser detenido y encausado, por lo que, normalmente, se negará a que el menor regrese al Estado de origen, ya que no puede acompañarlo. Cuestión distinta es que, pese a ello, se emita una orden judicial de restitución, pero es evidente que el acuerdo que implique un retorno será muy complicado —cuando no imposible— en estas circunstancias. En los Estados en los que en el ejercicio de la acción penal rige el principio de oportunidad y cabe, por lo tanto, retirar la acusación o suspender las actuaciones condicionadamente, las disfunciones derivadas de la existencia del delito de sustracción pueden minimizarse e, incluso, introducirse en el proceso de mediación las cuestiones relativas a la retirada de la acusación si se alcanza un acuerdo de restitución.⁷⁹ Pero en aquellos otros Estados en los que la continuación de las actuaciones penales no depende de la voluntad de la parte ni del Ministerio Público correspondiente, el delito de sustracción se convierte en un obstáculo insalvable para la consecución de acuerdos de restitución.

III. Conclusiones

El número de sustracciones internacionales de menores crece año tras año. La mayor movilidad de los ciudadanos y la generación de espacios globales contribuyen al incremento de sustracciones y no parece que las normas penales que tipifican la conducta del sustractor resulten eficaces en la prevención del fenómeno.

El éxito de las normas supranacionales y comunitarias que regulan la SIM, especialmente el CHHC'80 y Reglamento Bruselas II Bis, reside en haber habilitado un cauce

⁷⁹ Vid. *Guía de Buenas Prácticas: Ejecución*, HCCH, cuando se refiere a "la cooperación con las autoridades del Estado requirente a fin de lograr que se retire cualquier orden judicial penal dictada respecto del progenitor sustractor", p. 29, y *Guía de Buenas Prácticas: Mediación*, HCCH, pp. 36-8.

común a todos los Estados en los que se aplican. A partir de este cauce único, con las peculiaridades propias de cada ordenamiento interno, se garantiza un funcionamiento similar y reconocible para resolver los supuestos de sustracción: a) las AACC como receptoras de las solicitudes de restitución; b) la remisión de las solicitudes a los órganos jurisdiccionales de los Estados de desplazamiento; c) la aplicación por éstos de las mismas normas sustantivas para resolver la solicitudes, y d) la conservación de la competencia de los órganos judiciales del Estado de origen para decidir sobre las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, se está todavía lejos de una aplicación que garantice resoluciones similares ante situaciones parecidas. Como ya se dijo, con tendencias mayoritarias en algunos aspectos, las cuestiones centrales de la normativa siguen siendo controvertidas y su interpretación y aplicación difieren de un Estado a otro y, dentro de un mismo Estado, en función del órgano judicial que resuelva. La disparidad de criterios se manifiesta en la calificación del desplazamiento como ilícito y, una vez declarada la ilicitud, en la apreciación de circunstancias que merezcan denegar la restitución sobre la base, especialmente, de los artículos 12 y 13 del CH'80.

La entrada de la mediación como modelo de resolución de este tipo de conflictos encaja perfectamente en un ámbito en el que el superior interés del menor se configura como el principio básico. Aceptando que los progenitores del menor son quienes se encuentran —generalmente— en mejor posición para decidir qué situación se compadece en mayor medida con el interés del niño, el recurso a la mediación para resolver la SIM favorece que la mejor resolución del conflicto sea decidida por los padres.

Para que las partes del conflicto derivado de una SIM decidan resolverlo a través de un proceso de mediación, y en especial para que la persona sustractora encuentre razones para acudir a mediación, es necesario que los modelos de resolución judicial del conflicto funcionen adecuadamente, de modo que se genere un contexto en el que exista un alto nivel de certeza acerca de que la decisión judicial ordenará la restitución y, una vez ordenada, que ante la falta de cumplimiento voluntario se ejecutará forzosamente de manera eficaz. El alto nivel de certeza requerido en estos dos aspectos exige reforzar los compromisos de los Estados en torno a una aplicación uniforme de los criterios que determinan la calificación del desplazamiento, por un lado, y, por otro, acerca de una interpretación restrictiva de las excepciones que permiten denegar el retorno.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

El refuerzo de la aplicación uniforme de las normas sobre SIM contribuirá no sólo a mejorar el carácter preventivo de las normas y su eficacia resolutoria, sino también a generar un contexto en el que las partes implicadas en una SIM —sobre todo la persona sustractora— encontrarán razones para preferir decidir por sí mismas las condiciones más adecuadas de resolución del conflicto, mediante la guía de las personas mediadoras especializadas en la materia.

Por último, se concluye que los procesos penales abiertos contra el sustractor en el Estado de origen complican sobremanera las posibilidades de recurrir a la mediación como vía para alcanzar un acuerdo que implique la restitución del niño.

Bibliografía

BARBERO ORTEGA, A. (2013) "¿A quién quieres más? (Interés del menor y custodia compartida)", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 39, pp. 74-7. Madrid, lustel.

BRIEGER, S., y NIETHAMMER-JÜRGENS, K. (2014) "The Hague 1980 Abduction Convention: Grounds of Refusal", *LEPCA Conference in The Hague*, May 2014, pp. 7-10.

BUCK, T. (2008) "An evaluation of the long-term effectiveness of mediation in cases of international parental child abduction", editado por *reunite*, junio 2012.

CALVO BABÍO, F. (2009) "Taller II: Ejercicio efectivo de la custodia", en *Sustracción Internacional de Menores: los nuevos desafíos*, Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, directora: FORCADA MIRANDA, F. Disponible en [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REFJ/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REFJ_EJTN/ci.Curso_sustraccion_internacional_de_menores_Los_nuevos_desafios_2009.formato3].

CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011) "Sustracción internacional de menores: una visión general", en GAMARRA CHOPO, Y. (Coord.) *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, p. 117. Zaragoza, (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza.

FORCADA MIRANDA, F. (2007) "El fenómeno de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes y la normativa internacional vigente en esta materia", en *Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres: segunda reunión de expertos gubernamentales*. Buenos Aires, Palacio San Martín, 19, 20 y 21 de septiembre de 2007.

DE LA ROSA CORTINA, J. (2010) "Sustracción parental de menores (Aspectos civiles, penales e internacionales)". Valencia, Tirant Lo Blanch, Monografías, Número 707.

DEHTLOFF, N. (2003) "Arguments for de unification and harmonisation of Family Law in Europe", en AA.VV. *Perspectives for de Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, pp. 39-7. Amberes, Oxford, Nueva York, Interetia.

EL DERECHO EDITORES (2009) "Posibilidades del concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales", *Boletín del Derecho de Familia*.

EUROSTAT (2014). Consultado en [<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>].

FERRAJOLI, L. (1995) "Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)" Madrid, Trotta.

FISHER, R., y URY, W. (1981) *Getting to yes (Negotiation an agreement without giving it)*. Random House Business Books. Penguin Group.

FORCADA MIRANDA, F. (2006) "Normativa de la Unión Europea en materia de Derecho de Familia. El Reglamento sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental", en *Práctica de Tribunales (Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil)*, número. 28, junio 2006, La Ley, pp. 1-22..

GARCÍA REVUELTA, C. (2014) "El papel de la Autoridad Central española", conferencia impartida en *I Jornada-Taller sobre Convenio de la Haya de 1980 y Mediación en Sustracción Internacional de Menores*. CLAMÍS, Barcelona, 10 y 11 de abril de 2014.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. (2008) "La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores", *Diario La Ley*, Nº 6886, Sección Doctrina, Año XXIX, (*La Ley* 1089/2008).

GONZÁLEZ VICENTE, P. (2007) "La sustracción internacional de menores y su nueva regulación", en *Revista jurídica de Castilla y León*, número 11, enero 2007, p. 72.

INCASTAT (2011) *International Child Abduction Statics*, año 2011. Consultado en 29.05.2014.

LLORIA GARCÍA, P. (Coord.) (2008) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Iustel, Monografías,.

LORTIE, P. (2009) "Cooperación internacional y sustracción de menores: Comunicaciones Judiciales Directas en materia de sustracción de menores, dos ejemplos prácticos, y la Red

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, S. (2015) "Análisis de la resolución judicial de...", pp. 171-217.

Internacional de Jueces de la HCCH, descripción, designación y lista de miembros. Introducción al borrador de Principios Generales", en *Sustracción Internacional de Menores: los nuevos desafíos*. Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, directora FORCADA MIRANDA, F.. Disponible en [www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REF_J_/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REF_EJTN/ci.Curso_sustraccion_internacional_de_menores_Los_nuevos_desafios_2009.formato3].

LOWE, N. (2011) *A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 october 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I – Global Report*, Preliminary Document No. 8 A (update) of November 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011, p. 9.

MARTÍN-NÁJERA, M. (Coordinadora) (2013) "Protocolo de Mediación Familiar", en *Guía para la implantación de la mediación intrajudicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

MONTÓN GARCÍA, M. (2013) *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia, Tirant Lo Blanch, Colección Abogacía Práctica, número 26.

MORENO MÍNGUEZ, A., y CRESPO BALLESTEROS, E. (2010) *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, febrero 2010.

NEUSTADT, R. (2014) "My child have been abducted and the government doesn't care", en *TheGuardian.com*. Disponible en [www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/27/children-abducted-russia-court-order].

PÉREZ MANRIQUE, R. (2009) "El fenómeno de la sustracción internacional de menores. Normativa americana y mundial: una visión global. Puntos de fricción entre América y Europa.", en Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, directora FORCADA MIRANDA, F. Disponible en [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REF_J_/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REF_EJTN/ci.Curso_sustraccion_internacional_de_menores_Los_nuevos_desafios_2009.formato3].

PÉREZ VERA, E. (1985) *Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. HCCH. Consultado en [www.oas.org] el 29.05.2014.

— (1982) *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. HCCH.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J. (2008) “¿Es jurídicamente necesario el consentimiento del progenitor no custodio o la autorización judicial para que el hijo menor pueda cambiar de residencia junto al progenitor custodio?”, en *Boletín de Derecho de Familia*, enero 2008, El Derecho Editores.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2014) “La atribución de la guarda y custodia compartida en los proceso de familia en España”, en AA.VV. *Memoria del III Coloquio Internacional de Investigación en Derecho*, Marcial Pons, México, 2014 (en prensa).

THORPE, M. (2009) “Activismo judicial en la Sustracción Internacional de Menores”, en *Sustracción Internacional de Menores: los nuevos desafíos*. Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, FORCADA MIRANDA, F. (dir), 2009. Disponible en [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REFJ/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REFJ_EJTN/ci.Curso_sustraccion_internacional_de_menores_Los_nuevos_desafios_2009.formato3].

TORRES FERNÁNDEZ, M. (2003) “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al cumplimiento del régimen de custodia (I)”, en *La Ley*, volumen 24, número 5857 (2014), pp. 1-8. Sección Doctrina, 25 Sep. 2003, Año XXIV, ref. D-210. Madrid, La Ley.