

La mediación ante el secuestro internacional de menores

Mediation in international child abduction

Celia M. Caamiña Domínguez*

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

celiamaria.caamina@uc3m.es

Fecha de presentación: enero, 2010. Fecha de publicación: marzo, 2011.

Resumen

El presente artículo trata sobre la mediación en casos de secuestro internacional de menores. El estudio comienza examinando diversos convenios internacionales, basados en ejercitar acciones ante las autoridades competentes del Estado requerido, para lograr el retorno del menor que ha sido ilícitamente trasladado o retenido. El estudio tiene como objetivo exponer las ventajas de la mediación como medio para prevenir el secuestro internacional de menores y para ayudar a resolver tales conflictos.

Abstract

This article deals with mediation in cases of international child abduction. The study starts analyzing some international conventions, based on applying to the competent authorities in the requested State to deliver a judgment, in order to obtain the return of a child that has been wrongfully removed or retained. This study is aimed at examining the advantages of mediation as a means of preventing international child abduction and helping to resolve those conflicts.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN.

- II. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO REQUERIDO.
 1. EL CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 1980.
 - A) CONCEPTOS BÁSICOS: MENOR Y SECUESTRO INTERNACIONAL
 - B) LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN
 2. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980.
 - A) CONCEPTOS BÁSICOS: MENOR Y SECUESTRO INTERNACIONAL
 - B) LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN
 3. EL REGLAMENTO 2201/2203.
 - A) CONCEPTOS BÁSICOS: MENOR Y SECUESTRO INTERNACIONAL
 - B) LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN
 - C) EL PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN
 4. EL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ DE 1997.
 - A) CONCEPTOS BÁSICOS: MENOR Y SECUESTRO INTERNACIONAL

B) LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

III. LA MEDIACIÓN ANTE EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.

IV. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Secuestro internacional de menores, restitución del menor, mediación.

Keywords

International child abduction, return of the child, mediation.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto examinar los mecanismos que, en diversas normas convencionales y comunitarias, se contemplan para luchar contra el fenómeno del secuestro internacional de menores.

Como se verá, las normas cuyo estudio va a ser realizado se basan fundamentalmente en el ejercicio de una acción de restitución ante los tribunales del Estado en el que el menor se encuentra como consecuencia del secuestro internacional. La exposición de las características esenciales de las mencionadas acciones de restitución se utilizará como base para, a continuación, poner de manifiesto aquellos aspectos de las mismas que pueden hacer aconsejable el recurso a la mediación.

Las normas cuyo examen se propone son las siguientes:

a) Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (en adelante, Convenio de Luxemburgo de 1980)¹.

* Texto de la comunicación presentada en las I Jornadas de Mediación, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 13 y 14 de diciembre de 2010.

Artículo realizado en el marco del Proyecto JLS/2209/JPEN/OG/0802/30-CE-0357274/00 de Mediación conectada con los Tribunales.

1 BOE nº 210, de 1 septiembre 1984.

b) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)².

c) Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante, R 2201/2003)³.

d) Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (en adelante, Convenio hispano-marroquí de 1997)⁴.

II. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO REQUERIDO.

A continuación expondremos las características esenciales de las acciones de restitución que contemplan los instrumentos mencionados. Seguiremos en el análisis de todos ellos una estructura similar, que comenzará con una definición de dos conceptos básicos: menor y secuestro internacional. Con posterioridad señalaremos las condiciones para que se proceda a la restitución del menor a su Estado de origen, lo que implica referirnos fundamentalmente a los posibles

2 BOE nº 202, de 24 agosto 1987, págs. 26099; rect. BOE nº 155, de 30 junio 1989; BOE nº 21, de 24 enero 1996, pág. 2144.

3 DOCE nº L 338, de 23 diciembre 2003, págs. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) nº 2116/2004 del Consejo de 2 diciembre de 2004 (DOCE nº L 367, de 14 diciembre 2004); versión consolidada en

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF)

4 BOE nº 150, de 24 junio 1997, págs. 19348 y ss.

motivos con base en los cuales puede el tribunal del Estado requerido denegar su retorno.

Los instrumentos en cuestión parten como regla general de que, ante un caso de secuestro internacional, el menor debe regresar al Estado de origen, siendo la excepción –con base en los mencionados motivos de denegación-, la permanencia del mismo en el Estado requerido⁵. Como veremos, los motivos de denegación del retorno que pueden ser apreciados dependen del tiempo transcurrido entre el secuestro y la solicitud de retorno.

1. EL CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 1980

A) Conceptos básicos: menor y secuestro internacional

En virtud del art. 1.a) del Convenio de Luxemburgo de 1980, se considera menor a aquél que reúne, cumulativamente, dos condiciones: a) edad inferior a los dieciséis años; y b) carecer del derecho a elegir su residencia según una de las siguientes leyes: la Ley de la residencia habitual del menor, la Ley de la nacionalidad del menor o la Ley interna del Estado requerido.

Conforme al art. 1.d) del Convenio de Luxemburgo de 1980, se entiende por secuestro internacional –en los términos del Convenio, por traslado ilícito-, aquél que corresponde a una de las siguientes modalidades:

a) El traslado a través de una frontera internacional que se produce infringiendo una resolución en materia de custodia, dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado.

⁵ Vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, "Protección de menores", en Derecho Internacional Privado, vol. II, 11ª ed. (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), Granada, 2010-2011, pág. 301.

b) El no retorno del menor a través de una frontera internacional tras haber expirado el período de tiempo permitido para el ejercicio de un derecho de visita u otra estancia temporal en país distinto de aquél en que se ejerce el derecho de custodia.

c) El traslado a través de una frontera internacional que es declarado ilícito tras haberse producido, mediante una resolución dictada en un Estado contratante en materia de custodia que así lo determine.

Por lo tanto, el traslado puede ser ilícito por llevarse a cabo infringiendo una resolución previa en materia de custodia; por exceder el período asignado para el ejercicio del derecho de visita u otra estancia temporal; o por haber sido declarado ilícito con posterioridad⁶.

B) La acción de restitución

Como hemos señalado con anterioridad, los instrumentos cuyo análisis se propone contemplan una serie de motivos de denegación del retorno del menor, distinguiendo para ello en función del plazo transcurrido entre el traslado ilícito – en sus diversas modalidades- y la presentación de la solicitud de retorno.

En el caso del Convenio de Luxemburgo de 1980, el plazo que se toma de referencia es de seis meses.

a) Presentación de la solicitud de retorno dentro del plazo de seis meses a partir del traslado

a') Restitución inmediata (art. 8)

⁶ Vid. Gallant, “La Convention de Luxembourg”, en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 127.

El Convenio de Luxemburgo de 1980 contempla tres supuestos en los que, en sentido estricto, cabe hablar de restitución inmediata, dado que el menor regresará al Estado de origen sin que sea posible apreciar motivos de denegación⁷.

a) Internacionalización ficticia⁸: Procede restituir inmediatamente al menor si, cuando se inició el procedimiento que en el Estado de origen dio lugar a la resolución en materia de custodia que fue infringida por el traslado –motivo por el cual se califica como ilícito- o, en el momento del traslado –para el caso de que haya sido previo a la resolución-, el menor y sus progenitores eran nacionales exclusivamente del Estado de origen y, cumulativamente, el menor tenía la residencia habitual en el Estado mencionado⁹.

b) Si ha sido vulnerado un acuerdo existente entre el titular del derecho de custodia y el titular del derecho de visita –acuerdo homologado por la autoridad competente-, de tal manera que el menor no ha regresado tras finalizar el período de visita.

c) El mismo tratamiento recibe el supuesto en que, dándose las circunstancias anteriores, lo que ha sido infringido no es un acuerdo entre las partes, sino una resolución judicial.

b') Exequátur (art. 9)

7 Vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, "Protección de menores", en Derecho Internacional Privado, vol. II, 11ª ed. (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), Granada, 2010-2011, pág. 294.

8 Ibidem, pág. 294.

9 Vid. Gallant, "La Convention de Luxembourg", en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 127.

Salvo en los casos anteriormente mencionados, el Convenio de Luxemburgo de 1980 exige que la resolución en materia de derecho de custodia que determina la ilicitud del traslado supere el exequátur en el Estado requerido, el cual puede ser denegado por los siguientes motivos¹⁰:

a) En primer lugar, cabe denegar el exequátur –y, por lo tanto, no procederá el retorno del menor al Estado de origen- si, en el procedimiento que en el Estado de origen dio lugar a la resolución en materia de custodia -en virtud de la cual el traslado es ilícito-, tal resolución fue dictada en ausencia del demandado o de su representante legal y, cumulativamente, el escrito de incoación del procedimiento o equivalente no fue notificado en forma y tiempo suficiente para la defensa.

No constituye motivo de denegación el supuesto descrito en caso de que la falta de notificación se deba a que el demandado ha ocultado su paradero.

b) En segundo lugar, cabe denegar el exequátur si el tribunal del Estado de origen dictó la resolución en materia de custodia -en virtud de la cual el traslado es ilícito- en ausencia del demandado o de su representante legal, sin basar su competencia judicial internacional en alguno de los siguientes foros: residencia habitual del demandado, última residencia habitual común de los progenitores siempre que al menos uno de ellos continúe residiendo en tal Estado, o residencia habitual del menor.

c) Por último, también cabe alegar la incompatibilidad de la resolución en materia de custodia del Estado de origen, con una resolución sobre la misma materia que era ejecutoria en el Estado requerido con anterioridad al traslado.

¹⁰ En virtud del art. 11 del Convenio de Luxemburgo de 1980, el exequátur de las resoluciones en materia de derecho de visita o de las disposiciones que al respecto contemplan las resoluciones de custodia se regirá por las mismas condiciones.

La incompatibilidad de resoluciones no opera como motivo de denegación en caso de residencia habitual del menor en el Estado de origen durante el año previo al traslado.

b) Presentación de la solicitud de retorno en un plazo superior a seis meses desde el traslado: exequátur (art. 10)

El transcurso de un plazo superior a seis meses entre el traslado y la solicitud de retorno supone el incremento de las posibilidades de que el retorno sea denegado. Así, además de poder ser alegados los motivos de denegación anteriormente expuestos, cabe también basar la denegación del retorno en alguno de los siguientes supuestos:

a) Incompatibilidad manifiesta de los efectos de la resolución cuyo exequátur se pretende con los principios fundamentales del Derecho que en el Estado requerido rige en materia de familia e hijos.

b) Modificación de las circunstancias, como consecuencia de las cuales los efectos de la resolución cuyo exequátur se solicita no concuerdan ya con el interés del menor.

Para apreciar la mencionada modificación de las circunstancias cabe tomar en consideración el transcurso del tiempo pero no el mero cambio que en la residencia del menor ha producido el traslado ilícito.

c) Cierta vinculación del menor con el Estado requerido en el momento en que se entabló el procedimiento en el Estado de origen. La mencionada vinculación ha de consistir en que el menor era nacional o residente habitual en el Estado requerido, sin existir ninguno de los mencionados vínculos con el Estado de origen; o bien que el menor tenía tanto la nacionalidad del Estado de origen como la del Estado requerido pero su residencia habitual se encontraba en este último.

d) Incompatibilidad de la resolución cuyo exequátur se pretende con una resolución ejecutoria en el Estado requerido, fruto de un procedimiento iniciado con anterioridad a la presentación de la solicitud de exequátur. En este caso, señala expresamente el Convenio que la denegación del retorno debe responder al interés del menor.

2. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

A) Conceptos básicos: menor y secuestro internacional

Conforme al art. 4 del Convenio de La Haya de 1980, se considera menor a aquél que, teniendo su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, no ha alcanzado la edad de dieciséis años¹¹.

El art. 3 define el traslado o retención ilícitos, exigiendo dos condiciones: infracción de un derecho de custodia y, cumulativamente, el ejercicio efectivo del mencionado derecho. Así, la ilicitud del traslado o retención viene determinada por la infracción de un derecho de custodia que en el momento del traslado o retención se estaba ejerciendo de manera efectiva o se habría ejercido de no haberse ello producido¹².

Con respecto al mencionado derecho de custodia, el Convenio cubre diversas posibilidades. Así, la custodia puede venirle atribuida al titular por disposición legal, por una decisión judicial o administrativa, o en virtud de un acuerdo

11 Vid. Miralles Sangro, El secuestro internacional de menores y su incidencia en España, Madrid, 1989, págs. 135-138.

12 Sobre el concepto de desplazamiento o retención ilícita en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, vid. Miralles Sangro, El secuestro internacional de menores y su incidencia en España, Madrid, 1989, págs. 124-131.

vigente entre las partes; todo ello conforme al Derecho vigente en el Estado de residencia habitual del menor anterior a su secuestro.

B) La acción de restitución

En el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, el período de tiempo transcurrido entre el secuestro y la presentación de la solicitud de retorno que se toma como referencia es de un año. Cabe alegar motivos de denegación del retorno si se ha superado o no el mencionado plazo, si bien en el primer caso se incrementan las posibilidades de denegación al contemplarse un motivo adicional.

a) Presentación de la solicitud de retorno dentro del plazo de un año a partir del traslado o retención

En este supuesto, el retorno del menor puede ser denegado en virtud de los motivos de denegación que el Convenio contempla en su art. 13, así como en virtud de su art. 20¹³.

a) En primer lugar, cabe denegar el retorno del menor si el titular del derecho de custodia no llevaba a cabo un ejercicio efectivo del mismo en el momento del secuestro (art. 13.a). Como hemos señalado al definir el concepto de traslado o retención ilícitos, el Convenio de La Haya de 1980 se refiere al derecho de custodia ejercido de manera efectiva. Del mismo modo, cabe denegar el retorno del menor en caso de que el titular del derecho de custodia preste su consentimiento al traslado o retención o lo acepte con posterioridad.

b) En segundo lugar, cabe denegar el retorno del menor debido a una serie de circunstancias por las que se vería afectado a su regreso al Estado de

13 Vid. Miralles Sangro, El secuestro internacional de menores y su incidencia en España, Madrid, 1989, págs. 186-208.

origen. En concreto, se trata del grave riesgo de exposición a un daño físico, psíquico o situación intolerable (art. 13.b)¹⁴.

c) En tercer lugar, también puede operar como motivo de denegación la oposición del menor a su retorno, siendo en este caso necesario que la edad del menor y su grado de madurez justifiquen que su opinión pueda ser valorada.

d) En general, el retorno puede ser denegado también cuando aquél sea incompatible con los principios fundamentales del Estado requerido sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 20).

b) Presentación de la solicitud de retorno en un plazo superior a un año a partir del traslado o retención

Habiendo transcurrido más de un año entre el traslado o retención ilícitos y la presentación de la solicitud de retorno, cabe denegar el retorno del menor al Estado de origen con base en los motivos anteriores y, además, con base en que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12, apartado segundo).

3. EL REGLAMENTO 2201/2203

A) Conceptos básicos: menor y secuestro internacional

El Reglamento 2201/2003 regula las sustracciones intracomunitarias de menores. Para ello, no contempla el R 2201/2003 una regulación comunitaria específica, sino que, tomando como base el Convenio de La Haya de 1980,

¹⁴ Con respecto al empleo del término “daño” y no de “peligro”, vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Protección de menores”, en Derecho Internacional Privado, vol. II, 11ª ed., (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), Granada, 2010-2011, págs. 302-305.

refuerza los mecanismos entre los Estados comunitarios¹⁵. Por ello se ha dicho que el Reglamento sigue la denominada tesis de la alteración del Convenio de La Haya de 1980¹⁶.

El Reglamento 2201/2003 no establece qué se entiende por “menor” a los efectos del mismo, razón por la cual la doctrina ha planteado diversas tesis, entre las que cabe destacar las siguientes: sostener una interpretación autónoma del Reglamento, en virtud de la cual sería menor el que no ha alcanzado la edad de dieciocho años; remitir a la legislación de los Estados miembros; o mantener en el ámbito comunitario el concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980¹⁷.

15 Vid. Fulchiron, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dirs. Fulchiron y Nourissat), París, 2005, pág. 231.

16 Vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Protección de menores”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), 11ª ed., Granada, 2010-2011, pág. 308.

17 Sobre la edad que debe tomarse en consideración en el ámbito del R 2201/2003, vid. Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, págs. 116-119; Caamiña Domínguez, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, págs. 26-33. Con respecto a la remisión a la legislación de los Estados miembros con carácter general en materia de responsabilidad parental, vid. *Comunidades Europeas, Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, pág. 10. En relación al empleo del concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980, vid. Devers, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, págs. 35-36; Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, págs. 158-159; Maestre Casas, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (coord. Llamas Pombo), Madrid, 2009, pág. 511; Quiñones Escámez, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003”, en *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo* (Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004), (coords. Quiñones Escámez, Ortuño Muñoz y Calvo Babío), Madrid, 2005, pág. 106; de la Rosa Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos*

Como el Reglamento 2201/2003 sigue la citada tesis de la alteración del Convenio de La Haya de 1980, cabe sostener que resulta aplicable el concepto de menor que hemos expuesto en el ámbito del mencionado Convenio, puesto que, como señala el sector doctrinal partidario de esta interpretación, así se evitan las incoherencias derivadas del hipotético empleo de un concepto más amplio¹⁸.

Para determinar qué se entiende en el ámbito comunitario por traslado o retención ilícitos, cabe acudir al art. 2, apartado 11 del R 2201/2003. La ilicitud se aprecia cuando el traslado o retención se produce con infracción de un derecho de custodia que se ejercía de forma efectiva –separada o conjuntamente- o que se habría así ejercido de no haberse producido aquél. El derecho de custodia vulnerado puede haberse adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, todo ello de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención¹⁹. Se observa así que nos encontramos ante un concepto tomado del Convenio de La Haya de 1980²⁰. Precisa además el R 2201/2003 que se entiende por custodia ejercida de manera conjunta aquella conforme a la cual, en virtud de una

civiles, penales, procesales e internacionales, Valencia, 2010, pág. 196. La doctrina apunta que es preciso un pronunciamiento en esta materia del TJUE (vid. Nourissat, “Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application”, en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dirs. Fulchiron y Nourissat), París, 2005, pág. 5).

18 Vid. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pág. 159; Devers, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, págs. 36.

19 Vid. STJUE 5 octubre 2010, J. McB. v. L.E., asunto C-400/10 PPU, Rec. 2010.

20 Vid. Devers, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 35; Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, págs. 101 y ss.

resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental precisa el consentimiento del otro para decidir el lugar de residencia del menor²¹.

B) La acción de restitución

Como hemos señalado, en lo que respecta a la acción de restitución que cabe ejercitar ante una sustracción intracomunitaria de menores, cabe acudir al Convenio de La Haya de 1980, si bien aplicando las reglas puntuales de los apartados 2 a 8 del art. 11 R 2201/2003²².

En virtud del Reglamento, el tribunal del Estado miembro requerido debe actuar con urgencia en el procedimiento en el que ha de decidirse si procede el retorno del menor, recurriendo para ello a los procedimientos más expeditivos que contemple su legislación. En concreto, se precisa que, salvo que concurren circunstancias excepcionales que lo imposibiliten, debe ser dictada la resolución en un plazo máximo de seis semanas tras la interposición de la demanda.

En virtud del apartado 2 del art. 11, en el procedimiento que en el Estado miembro requerido se sustancie como consecuencia del ejercicio de la acción de restitución, ha de velarse por darle al menor la posibilidad de audiencia, salvo en caso de que no sea conveniente por la edad o grado de madurez de aquél²³. Como en el Considerando decimonoveno del Reglamento se dispone que no resultan modificados los procedimientos que al respecto se contemplan en la legislación interna de cada Estado miembro, se entiende que tal

21 Vid. Maestre Casas, "Sustracción y restitución internacional de menores", en Nuevos conflictos del Derecho de Familia (coord. Llamas Pombo), 2009, págs. 508-509 y pág. 518.

22 Vid. Devers, "Les enlèvements d'enfants et le Règlement "Bruxelles II bis", en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 40.

23 Vid. Comunidades Europeas, Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, Bélgica, 2005, pág. 53.

legislación será la que determine ante qué autoridad se llevará a cabo la mencionada audiencia, en caso de que ésta proceda²⁴.

Junto a la audiencia del menor, también se contempla la necesidad de dar audiencia a la persona que solicitó su restitución, de tal manera que no cabe denegar el retorno del menor al Estado miembro de origen si no se da al solicitante la posibilidad de audiencia (art. 11, apartado 5 R 2201/2003)²⁵.

Por lo que respecta a los motivos que permiten denegar el retorno del menor al Estado miembro de origen, en el ámbito comunitario se mantiene la aplicación de los motivos que hemos expuesto en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, así como el plazo de referencia de un año entre el traslado o retención ilícitos y la presentación de la solicitud de retorno²⁶.

Cabe señalar en este punto una excepción al motivo de denegación consistente en el grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable (art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980), ya que el art. 11.4 R 2201/2003 dispone que no cabe basar en el mismo la denegación del retorno "...si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución"²⁷. Se observa así una

24 Ibidem, pág. 53. Vid. Gouttenoire, "L'audition de l'enfant dans le règlement "Bruxelles II bis", en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dirs. Fulchiron y Nourissat), París, 2005, pág. 206.

25 Vid. Comunidades Europeas, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, pág. 41.

26 Vid. González Beilfuss, "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional* (dirs. Adam Muñoz y García Cano), Madrid, 2004, pág. 113; Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, págs. 144-146.

27 Vid. Fulchiron, "La lutte contre les enlèvements d'enfants", en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dirs. Fulchiron y Nourissat), París, 2005, pág. 235.

inclusión en el ámbito comunitario de los denominados undertakings o engagements²⁸. La adopción de las medidas en cuestión permite así llevar a cabo la denominada “restitución sin peligro”²⁹.

C) El procedimiento posterior a la acción de restitución

Como novedad con respecto a los instrumentos hasta ahora mencionados, el Reglamento dispone que, si el Estado miembro requerido decide que no procede el retorno del menor al Estado miembro de origen, cualquier resolución judicial posterior de un órgano competente que ordene la restitución del menor, será ejecutiva de acuerdo con la Sección 4 del Capítulo III. Ello se traduce en que la mencionada resolución será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, siempre que haya sido certificada en el Estado miembro de origen conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

El Reglamento 2201/2003 contempla así el que ha sido denominado como “sistema de certificación” o de “declaración de ejecutividad automática”³⁰.

El mencionado certificado debe ser emitido por el Estado miembro que ha dictado la resolución que lleva implícito el retorno del menor (art. 45.1.b), siendo

28 Vid. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pág. 160 y págs. 87-95.

29 Vid. Herranz Ballesteros, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, n° 34, 2004, págs. 354-355. Para el período posterior a la restitución del menor en el marco del Convenio de La Haya de 1980, vid. González Beilfuss, “International Child Abduction in Spain”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, n° 15, 2001, págs. 340-342.

30 Vid. Devers, “Le droit de visite”, en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dirs. Fulchiron y Nourissat), París, 2005, pág. 107 (para el “sistema de certificación”); y para la “declaración de ejecutividad automática”, vid. Garau Sobrino, “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?”, *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, págs. 95 y ss.

preciso para su emisión que concurren los siguientes requisitos, que se refieren al procedimiento sustanciado en el Estado miembro de origen³¹: a) que se haya dado audiencia al menor –salvo que no hubiera sido conveniente por su edad o grado de madurez-; y a las partes; y b) que se hayan tenido en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 –que por lo tanto, llevaron previamente al Estado miembro requerido a denegar el retorno-.

4. EL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ DE 1997

A) Conceptos básicos: menor y secuestro internacional

Conforme al art. 2 del Convenio hispano-marroquí de 1997, es preciso que se den tres requisitos para ser considerado menor a los efectos del mismo: a) tener una edad inferior a los dieciséis años; b) no encontrarse emancipado; c) ser nacional español o marroquí³².

31 La doctrina ha señalado que se trata garantías mínimas que debe reunir el procedimiento (vid. Quiñones Escámez, "Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]", *InDret*, noviembre 2004, n° 250, pág. 15). Vid. también STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau, Rec. 2008, pág. I-05271, apartado 67.

Conforme al art. 43 R 2201/2003 cabe solicitar la rectificación del certificado –siendo aplicable al respecto el Derecho del Estado miembro de origen-; no siendo admisible la interposición de recurso contra su expedición.

32 Con respecto al requisito de la nacionalidad, vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, "Protección de menores", en *Derecho Internacional Privado*, vol. II (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), 11ª ed., Granada, 2010-2011, pág. 297; Montón García, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, pág. 148; Pías García, "Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional* (dirs. Adam Muñoz y García Cano), Madrid, 2004, pág. 80; Sabido Rodríguez, "Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997", en *Mundialización y familia* (eds. Calvo Caravaca y Iriarte Ángel), Madrid, 2001, págs. 350-351; Velázquez Sánchez, "El

Por lo que respecta al concepto de secuestro internacional, cabe señalar en primer lugar que el Convenio hispano-marroquí de 1997 emplea el término desplazamiento ilegal. En el art. 1, apartado 1 del Convenio se establece que el mismo tiene por objeto "a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente...". Por ello, aunque en el resto de su articulado sólo se mencione el "desplazamiento", se considera que resultan cubiertos por el Convenio hispano-marroquí de 1997 también las retenciones ilícitas³³.

Con base en su art. 7, cabe señalar que, a los efectos del Convenio hispano-marroquí de 1997, nos encontramos con un desplazamiento ilegal cuando se produce una de las siguientes situaciones:

a) El desplazamiento tiene lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y que tiene carácter ejecutivo en el Estado requirente. La infracción de la mencionada resolución sólo permite calificar el desplazamiento como ilícito si se dan una serie de condiciones adicionales, referidas al menor –que en el momento de presentarse la solicitud de devolución, tenía que residir habitualmente en el Estado de origen-; y tanto al menor como a los progenitores, siendo exigido que todos ellos, en el momento del desplazamiento, fueran nacionales en exclusiva del Estado de origen³⁴.

Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita", *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, pág. 502.

33 Velázquez Sánchez apunta que, si bien se entiende incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, no habría estado de más una referencia explícita a los casos de retención ilícita (Vid. Velázquez Sánchez, "El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita", *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, pág. 501).

34 Para una valoración de las mencionadas condiciones, vid., entre otros, Sabido Rodríguez, "Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997", en *Mundialización y familia* (eds. Calvo Caravaca y Iriarte Ángel), Madrid, 2001, pág. 353; y

b) El desplazamiento que constituye una vulneración de un derecho de custodia que, en virtud del Derecho del Estado de la nacionalidad del menor, correspondía solamente a uno de los progenitores.

c) El desplazamiento que vulnera un acuerdo entre las partes, refrendado por los tribunales españoles o marroquíes³⁵.

B) La acción de restitución

En el Convenio hispano-marroquí de 1997 se toman seis meses como plazo de referencia entre el desplazamiento ilegal y la solicitud de retorno.

a) Presentación de la solicitud de retorno dentro del plazo de seis meses a partir del desplazamiento

Si han transcurrido menos de seis meses entre el desplazamiento y la solicitud de retorno del menor, existen dos supuestos en los que los tribunales del Estado requerido no están obligados a ordenar el retorno del menor (art. 8.2):

a) El menor ostenta en exclusiva la nacionalidad del Estado requerido y, cumulativamente, según el Derecho interno del Estado mencionado, el progenitor que ha protagonizado el desplazamiento ilícito es el único titular de pleno derecho de la patria potestad³⁶.

Velázquez Sánchez, "El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita", *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, págs. 498-499; Montón García, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, pág. 163.

35 Vid. Velázquez Sánchez, "El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita", *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, pág. 499.

36 Para una valoración de este supuesto, vid. Sabido Rodríguez, "Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial", en *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales* (dirs. Calvo Caravaca y Castellanos

b) Se alega que en el Estado requerido existe una resolución ejecutiva en materia de custodia del menor, resolución que es anterior al desplazamiento³⁷.

b) Presentación de la solicitud de retorno en un plazo superior a seis meses desde el desplazamiento

El art. 9 del Convenio hispano-marroquí contempla dos motivos de denegación si han transcurrido más de seis meses entre el desplazamiento del menor y la solicitud de devolución: a) Integración del menor en su nuevo entorno; y b) Exposición del menor a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

Como en el caso de los instrumentos anteriormente mencionados, la superación del plazo que se toma como referencia en el Convenio supone que cabe denegar el retorno del menor con base en los nuevos motivos mencionados – que sólo pueden operar si el plazo ha sido superado-; así como en los motivos previstos para el caso de el período de tiempo transcurrido haya sido inferior – motivos que, como hemos visto, se contemplan en su art. 8-³⁸.

Ruiz), Madrid, Colex, 2004, pág. 734; García Cano "Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional* (dir. Adam Muñoz y García Cano), Madrid, 2004, pág. 22.

³⁷ Sobre este segundo supuesto, vid. Sabido Rodríguez, "Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial", en *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales* (dirs. Calvo Caravaca y Castellanos Ruiz), Madrid, Colex, 2004, pág. 734; Velázquez Sánchez, "El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita", *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, pág. 510.

³⁸ En esta línea, vid. Montón García, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, pág. 165.

III. LA MEDIACIÓN ANTE EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.

Ya en el punto trigésimo de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, al objeto de lograr un “mejor acceso a la justicia en Europa” se indica que “Los Estados miembros deberían instaurar... procedimientos extrajudiciales alternativos”³⁹. A este objetivo responde la elaboración de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁰. Se ha dicho que con esta Directiva “las instituciones comunitarias refuerzan su compromiso con la promoción de la cultura de los ADR (Alternative Disputes Resolution)”⁴¹.

También el Consejo de Europa, en su Resolución 1291 (2002), adoptada el 26 de junio de 2002, indica que debe promoverse la mediación como medio de prevenir el secuestro internacional de menores y como medio para resolver los conflictos familiares⁴².

39 Estas conclusiones pueden ser consultadas en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

40 DOCE n° L 136, de 24 mayo 2008, págs. 3-8.

41 Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 368.

42 El texto de la Resolución 1291 (2002), adoptada el 26 de junio de 2002, puede ser consultado en: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta02/ERES1291.htm> Vid., entre otros, Ganancia, “La médiation familiale internationale: une solution d’avenir aux conflits familiaux transfrontaliers”, en Les enlèvements d’enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 334; Monéger, “La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d’enfants”, en Les enlèvements d’enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 320; Orejudo Prieto de los Mozos, “El empleo de la mediación en

La mediación, como procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan alcanzar voluntariamente por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de aquél con la ayuda de un mediador (art. 3.a) Directiva 2008/52); puede luchar contra el fenómeno de la sustracción internacional de menores en dos fases: en la fase previa a la producción del traslado o retención ilícitos –con carácter preventivo-, o bien, una vez que aquéllos han tenido lugar⁴³.

Dentro de la mediación que tiene lugar una vez que se ha producido el secuestro internacional del menor, cabe distinguir además entre la mediación a la que se acude cuando se encuentra pendiente el procedimiento ante el tribunal para decidir si procede el retorno del menor; y la mediación posterior al

situaciones de secuestro internacional de menores”, en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 369.

43 Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 370. En el caso de Francia, destaca la actividad de MAMIF (Mission d’Aide à la Médiation Internationale pour les Familles). Al respecto, vid. Ganancia, “La médiation familiale internationale: une solution d’avenir aux conflits familiaux transfrontaliers”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, págs. 328-329 y págs. 331-333; Orejudo Prieto de los Mozos, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 371.

mencionado procedimiento⁴⁴. Con respecto a esta última posibilidad, se ha señalado que la mediación puede permitir llegar a un acuerdo entre los progenitores sobre el ejercicio de la responsabilidad parental⁴⁵.

Según se ha señalado por la doctrina, la mediación internacional precisa un doble grado de cooperación, entendida como cooperación entre los Estados y cooperación entre los progenitores⁴⁶.

44 Vid. Monéger, « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág.322; Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 370-371.

45 Vid. Monéger, « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 322. Como hemos mencionado al examinar los instrumentos en materia de restitución de menores, la responsabilidad parental puede venir determinada por un acuerdo entre las partes homologado por la autoridad competente. Ganancia señala que no se trata de excluir el procedimiento judicial, sino que puede consistir en un paréntesis en el proceso, para ayudar a los progenitores a llegar a un acuerdo cuya homologación se solicitará posteriormente al tribunal (vid. Ganancia, "La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers", en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 327).

46 Vid. Monéger, « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », en Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 321. Con respecto a la valoración de los progenitores de la mediación en casos de secuestro internacional de menores, Vid. "Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme" elaborado por reunite International Child Abduction Centre, octubre 2006, en <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf>. Sobre las conclusiones a las que se ha llegado en los estudios realizados por reunite, vid. Calvo Babío, "La mediación en la sustracción

Como hemos señalado al exponer el concepto de secuestro internacional que manejan los instrumentos examinados, el traslado o retención del menor adquieren el carácter de ilícito al llevarse a cabo infringiendo un derecho de custodia. Así, en el tradicionalmente denominado por la doctrina como caso tipo del secuestro internacional de menores, correspondiendo el derecho de custodia a un sujeto y el derecho de visita a otro, el titular del derecho de visita lleva consigo al menor a un Estado distinto, impidiendo que el otro sujeto ejerza su derecho de custodia⁴⁷.

La mediación podría actuar al respecto como mecanismo para que el progenitor que no está conforme con el derecho de custodia atribuido al otro progenitor, acuda a tal vía para poner de manifiesto sus objeciones a la atribución de la responsabilidad parental, en lugar de manifestar su rechazo a tal atribución mediante el secuestro internacional del menor.

Una vez que el secuestro internacional del menor se ha producido, la mediación constituye una vía para resolver la situación de manera amistosa⁴⁸. En esta

internacional de menores”, en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, pág. 173.

47 Vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Protección de menores”, en *Derecho Internacional Privado* (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pág. 291.

48 Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 370-371. La autora señala que la mediación, además de lograr un acuerdo amistoso con respecto al retorno del menor, también puede tratar otros aspectos relevantes para las partes implicadas, más allá de la orden de restitución. Sobre las ventajas de una solución amistosa, vid. Calvo Babío, “La mediación en la sustracción internacional de menores”,

línea se sitúan diversos preceptos que en los instrumentos anteriormente examinados hacen referencia a la solución amistosa en el ámbito de las medidas a adoptar por las Autoridades Centrales.

Así, el art. 7 Convenio de La Haya de 1980 establece un deber de colaboración entre las Autoridades Centrales de los diversos Estados Contratantes, así como entre las autoridades que, dentro de cada Estado Contratante, son competentes en materia de secuestro internacional de menores, con el objetivo de lograr su retorno a los Estados Contratantes de origen⁴⁹.

Para ello, el Convenio de La Haya de 1980 señala que deben ser tomadas una serie de medidas para lograr diversos objetivos, pudiendo actuar directamente las Autoridades Centrales o recurrir a intermediarios. Cabe destacar que, entre las mencionadas medidas, señala el art. 7 Convenio de La Haya de 1980 en su letra c) la de "Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable"⁵⁰. En esta línea, en su art. 10 se indica que la Autoridad

en Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, pág. 173.

49 Vid. Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, elaborado por Pérez Vera, § 88 y ss. (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>); y Gómez Bengoechea, Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Madrid, 2003, págs. 103 y ss.

50 Vid. Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el 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, adoptadas por la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (30 de octubre a 9 de noviembre 2006), en http://www.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf. Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en La protección de los

Central del Estado requerido adoptará también o hará que se adopten las medidas que sean adecuadas para lograr la “restitución voluntaria del menor”⁵¹.

Por su parte, en su art. 55, el R 2201/2003 se refiere a la cooperación entre Autoridades Centrales en los casos de sustracción intracomunitaria de menores. Al respecto se señala que dichas autoridades, directamente o a través de las autoridades públicas u otros organismos, deben adoptar las medidas adecuadas para, entre otros aspectos, “facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza” (art. 55.e) R 2201/2003)⁵².

Según dispone el art. 4.2 del Convenio hispano-marroquí de 1997, la Autoridad Central adoptará o hará que sean tomadas medidas, entre otros aspectos, para “c) Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita”.

Cuando se pretende lograr el retorno del menor secuestrado al Estado de origen, cabe señalar, en primer lugar, que los instrumentos anteriormente examinados no tienen carácter erga omnes. Así, el Convenio de La Haya de 1980, como hemos comentado, se aplica a los menores que tienen su

niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 376.

51 Sobre la distinción entre retorno “voluntario” y retorno “amistoso”, vid. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, págs. 157-158.

52 Vid. Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pág. 184-187; Monéger, “La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d’enfants”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 319.

residencia habitual en un Estado contratante con anterioridad al traslado o retención ilícitos. Dicho instrumento resulta aplicable para lograr el retorno del menor de un Estado Contratante a otro Estado Contratante.

Por su parte, el R 2201/2003 cubre las sustracciones de menores en lo que él define como Estados miembros, de tal manera que resulta aplicable cuando el menor, que tenía su residencia habitual en un Estado miembro, es trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado miembro.

En el caso del Convenio hispano-marroquí de 1997, se trata de lograr el retorno del menor que se encuentra desplazado ilegalmente en el territorio de uno de los dos Estados Contratantes al otro Estado Contratante. En este caso el menor, como hemos señalado, tiene que ser además nacional de uno de los Estados Contratantes.

Al tratarse de instrumentos que operan inter partes, la doctrina ha destacado la utilidad de la mediación cuando aquéllos no resultan aplicables⁵³.

53 Vid. Calvo Babío, "La mediación en la sustracción internacional de menores", en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, págs. 169-170; Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 372, que señala que, en caso de menores con residencia habitual en España, también cabe la posibilidad de acudir a mecanismos en materia penal. Vid. también Ganancia, "La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 325.

En segundo lugar, aun resultando aplicables los instrumentos examinados, existe un obstáculo fundamental al éxito de los mismos, como es el hecho de que no se conozca el paradero del menor⁵⁴. Ya en la Tercera Conferencia de Malta, como se puso de manifiesto en la Declaración de marzo de 2009, se destaca que es fundamental el papel de las Autoridades Centrales en la búsqueda de los menores, ya que se precisa que, si no pueden ser localizados, no resulta posible la adopción de medidas para la protección de sus intereses⁵⁵.

También en este aspecto puede la mediación resultar útil, dado que el sujeto que ha protagonizado el traslado o retención ilícitos puede mostrarse más dispuesto a iniciar contactos con el mediador en lugar de comunicar el paradero del menor a una autoridad judicial.

En tercer lugar, aun habiendo localizado al menor y siendo aplicable alguno de los instrumentos anteriormente examinados, los motivos de denegación del retorno que pueden ser alegados constituyen un importante obstáculo para el retorno del menor al Estado de origen. Así, motivos de denegación como la exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable, han sido empleados en excesivas ocasiones de por los tribunales de los Estados

54 Vid., entre otros, Pías García, "Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional* (dirs. Adam Muñoz y García Cano), Madrid, 2004, pág. 80; de la Rosa Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, pág. 226.

55 Apartado tercero, Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, marzo 2009, http://www.hcch.net/index_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161. Vid. Van Loon, "The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law", *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, nº 1 (marzo 2010), pág. 266.

requeridos⁵⁶. El recurso a la mediación puede permitir un acercamiento de las posturas de las partes para que, aspectos que en sentido estricto no merecen la activación de tal motivo de denegación, sean fruto de acuerdo entre las partes y no se dé pie así al tribunal a un uso indebido de tal motivo de denegación del retorno.

Además, en el concreto ámbito del R 2201/2003, como hemos comentado, dicho motivo de denegación no opera si se demuestra la adopción de medidas adecuadas en el Estado de origen para su protección tras la restitución. La mediación, en este ámbito, puede permitir un acuerdo entre las partes con respecto a las medidas que para el sujeto que ha protagonizado el traslado o retención son adecuadas para garantizar la que la doctrina denomina “restitución sin peligro”.

También en el ámbito de los motivos de denegación debe hacerse una importante precisión. Como hemos señalado, algunos de los instrumentos examinados contemplan como motivo de denegación del retorno el consentimiento o aceptación posterior del traslado o retención del titular del derecho de custodia. Como ha apuntado la doctrina, el recurso a la mediación no puede considerarse equivalente al mencionado consentimiento⁵⁷.

56 Para un análisis de la jurisprudencia sobre el art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980, vid. Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Protección de menores”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II (dirs. Calvo Caravaca y Carrascosa González), 11ª ed., Granada, 2010-2011, págs. 304-305. Sobre la utilidad de la mediación en los casos en que se pretende alegar ante los tribunales el art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980, vid. Ganancia, “La médiation familiale internationale: une solution d’avenir aux conflits familiaux transfrontaliers”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 330.

57 Vid., entre otros, Ganancia, “La médiation familiale internationale: une solution d’avenir aux conflits familiaux transfrontaliers”, en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 334; Monéger, « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d’enfants », en *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron),

Por último, hemos expuesto con anterioridad que, en el ámbito del R 2201/2003, se señala que, como regla general, el tribunal del Estado requerido debe decidir si procede o no el retorno del menor en un plazo máximo de seis semanas.

La mediación no debe provocar un retraso en la restitución del menor⁵⁸. Por ejemplo, no puede utilizarse para lograr que así se supere el plazo de referencia de un año que expusimos en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980⁵⁹.

Bruselas, 2004, pág. 321; Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 374.

58 Centre de Droit de la Famille, "Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire en Europe", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 166; Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, elaborado por Pérez Vera, § 92. (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>); y Gómez Bengoechea, Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Madrid, 2003, pág. 106. Vid. por ejemplo los plazos de actuación de la ONG reunite en "Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme", elaborado por reunite International Child Abduction Centre, octubre 2006, en <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf> y en "Questionnaire concerning the practical operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction" en http://www.hcch.net/upload/abd_2006_uke.pdf

Sobre reunite, vid., entre otros, Calvo Babío, "La mediación en la sustracción internacional de menores", en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, págs. 165-178; Hutchinson, "The nature and role of voluntary and non-governmental organisations", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 94; Monéger, "La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, págs. 320-321; Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en *La protección de los niños en el*

Al respecto cabe entonces plantearse cómo evitar el uso de la mediación con el propósito de retrasar el retorno del menor⁶⁰. Por un lado, existe la vía de exigir que el procedimiento judicial haya comenzado para proceder a la negociación⁶¹. Parte de la doctrina considera más adecuado, si resulta factible, evitar la intervención del tribunal señalado. No obstante, señala este sector doctrinal que, en tal caso, son precisas garantías para impedir que la restitución se demore, como establecer límites a la duración del proceso de mediación y que, en el supuesto de que no se haya logrado una solución amistosa, el procedimiento judicial se inicie inmediatamente⁶².

Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 377.

59 Vid. Ganancia, "La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 333; Monéger, "La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 321.

60 Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 375; Calvo Babío, "La mediación en la sustracción internacional de menores", en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, pág. 173.

61 Vid., entre otros, Monéger, "La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants", en *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* (ed. Fulchiron), Bruselas, 2004, pág. 322.

62 Vid. Orejudo Prieto de los Mozos, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los*

IV. CONCLUSIONES.

Como se ha expuesto a lo largo de este análisis, el éxito de los mecanismos convencionales y comunitarios que contemplan el ejercicio de acciones de restitución en los casos de secuestro internacional de menores, puede verse obstaculizado por circunstancias derivadas de su ámbito de aplicación, de la no localización del menor, así como de la operatividad de los motivos de denegación del retorno que contemplan.

La mediación puede constituir un mecanismo de solución en los casos mencionados, siempre que se establezcan garantías para que el recurso a la misma no sea empleado con el único objetivo de retrasar el retorno del menor al Estado de origen.

Derechos del Niño (dirs. Aldecoa Luzárraga y Forner Delaygua), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 375-377.