

LA TUTELA CIVIL EN ESPAÑA EN LOS CASOS DE
SUSTRACCIÓN DE MENORES INTERPARENTAL
CIVIL PROTECTION IN SPAIN IN CASES OF INTERPARENTAL
CHILD ABDUCTION

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 168-191



F. Javier
JIMÉNEZ
FORTEA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 20 de febrero de 2015

RESUMEN: La sustracción interparental de menores no es un problema social menor, que exige una respuesta desde diferentes ámbitos. En particular, desde el Derecho debe ser una respuesta tanto nacional como internacional, dependiendo del carácter de la misma, y que debe concretarse en la aprobación de normas específicas que establezcan mecanismos eficaces de prevención de las sustracciones y, en caso de comisión, que garanticen el retorno de los menores con su progenitor custodio. Este artículo describe las medidas que el ordenamiento jurídico español ha previsto para su evitación y, en su caso, solución.

PALABRAS CLAVE: Familia, derechos de custodia y visita, sustracción de menores interparental.

ABSTRACT: The interparental child abduction is not one minor social issue, which demands a response from different areas. In particular, from Law, it should be a national and international response, depending on the character of it. And that should translate into the adoption of specific rules that establish effective mechanisms for prevention of these subtractions. Besides, in case of their commission, guaranteeing the return of children with their parent custodian. This article is describing the measures that the Spanish legal system has provided for their avoidance and solution, wherever it might be suitable.

KEY WORDS: Family, custody and visitation rights, interparental child abduction.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La protección de los menores frente a la sustracción interparental.- I. El marco legal aplicable.- 2. El sistema de protección interno contra las sustracciones interparentales.- A) Las medidas específicas previstas en el art. 103 CC para los procesos de nulidad, separación y divorcio.- B) Las medidas específicas del art. 158 CC.

I. INTRODUCCIÓN.

Según se ha publicado recientemente, en España no se sabe el paradero de 667 menores desde 2013, pero es que en total ese año el Ministerio del Interior contabilizó más de 12.000 denuncias de desaparición de menores que, afortunadamente, terminaron resolviéndose con su hallazgo por la Policía en compañía de alguno de sus progenitores que los escondía o fugados de casa por iniciativa propia¹. Estas cifras, desde luego, demuestran que no estamos ante un problema social “menor”, que además está creciendo en el mundo² y que en nuestro país, sólo en el primer semestre de 2014, ha supuesto la presentación de más de 7.000 denuncias, no sabiéndose en este momento nada de 199 menores³.

En cuanto a sus causas, se encuentran en situaciones muy diversas, que van desde las escapadas de los adolescentes de sus domicilios familiares, hasta su secuestro por terceros para entregarlos en adopciones ilegales, explotarlos sexualmente, vender

- 1 Noticia publicada en el periódico on line El Confidencial, el 3 de julio de 2014 (consultada el 22 de enero de 2015): http://www.elconfidencial.com/espana/2014-07-03/un-total-de-667-menores-están-en-paradero-desconocido-en-espana-desde-2013_156141/
- 2 La preocupación sobre esta cuestión ha llevado a la Comisión Europea a elaborar un documento en 2013, que recoge los datos de los países que formamos la UE, denominado *Missing children in the European Union Mapping, data collection on statistics*, el cual cifra en unas 250.000 denuncias las desapariciones de menores en el ámbito de la Unión. Por su parte, en 2011 el *International Centre for missing and exploited children*, en colaboración con UNICEF, publicó el informe “Niños desaparecidos en Centroamérica: Investigación sobre prácticas y legislación para la prevención y la recuperación”, en el cual se recoge información, por supuesto de Centroamérica, pero también de otras partes del continente Americano y que evidencia igualmente el incremento de los casos. También es interesante, por la aportación de datos que hace de diversos países de Latinoamérica y enlaces web de referencia, la noticia publicada por la BBC en internet el 19 de noviembre de 2013 (consultada el 22 de enero de 2015): http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/11/131106_ninios_perdidos_desaparecidos_explotados_america_latina_men
- 3 Vid. al respecto la noticia arriba citada: http://www.elconfidencial.com/espana/2014-07-03/un-total-de-667-menores-están-en-paradero-desconocido-en-espana-desde-2013_156141/

• F. Javier Jiménez Fortea

Doctor por la Universidad de Valencia con una tesis dirigida por el profesor Dr. D. Juan Montero Aroca, sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral y por el que le fue otorgado el premio extraordinario de doctorado. Desde el año 2000 es Profesor Titular de Derecho procesal en la Universidad de Valencia (España) y ha participado en diversos proyectos de investigación nacionales e internacionales, habiendo publicado trabajos sobre aspectos procesales de la Corte penal internacional, la protección de los consumidores, el proceso penal de menores, el derecho indígena o el terrorismo internacional, entre otros. Correo electrónico: francisco.jimenez@uv.es

sus órganos o convertirlos en niños-soldado, entre otras. Concretamente, una de las que más está creciendo en los últimos años es la llamada sustracción interparental, que es la perpetrada por los mismos padres de los niños o personas vinculadas a ellos por lazos de consanguinidad o afinidad, así como la inducción al abandono del domicilio familiar al menor, cometida también por una de esas personas⁴.

Esta realidad, desconocida por gran parte de la opinión pública, salvo cuando algún caso llama la atención de los medios de comunicación, tiene su origen en razones siempre complejas y no extrapolables de un supuesto a otro. Con todo, no cabe duda, está favorecida por la globalización, la facilidad en las comunicaciones y los movimientos migratorios masivos, que ha llevado a un incremento de los matrimonios o uniones de hecho entre personas de diferentes países, culturas y religiones, lo que provoca que cuando se produce una crisis o la ruptura de su relación, algunos padres traten de conseguir por su propia mano la guarda y custodia, que los tribunales les han negado. O bien, cuando el régimen y desarrollo de las visitas no es el óptimo, según una de las partes, en lugar de utilizar los mecanismos legales previstos –como, por ejemplo, solicitar la modificación del régimen adoptado o recurrir a los puntos de encuentro, entre otras posibilidades–, deciden secuestrar a los niños o inducirlos a que abandonen el domicilio familiar en el que conviven con el otro progenitor. Muchas veces, en especial cuando se trata de secuestros internacionales, la finalidad es privarle al otro progenitor del contacto con sus hijos, tratando de eludir la acción de los tribunales, o utilizar las “vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con vistas a obtener su custodia”⁵.

En cuanto a las dimensiones de este problema, su importancia no deriva del número de casos que se produzcan a lo largo de un año, aunque si se cae en la cuenta de que detrás de estas situaciones hay siempre una familia (hermanos, abuelos, etc.), el número de afectados crece considerablemente. En concreto, en España en 2013 se han producido 236 nuevos casos de sustracción de menores por alguno de sus padres⁶, suponiendo un incremento del 12,9 % más que en el año anterior y viéndose afectados 313 menores (un 22 % más que en 2012), si bien la mayoría de los casos (197) se han podido resolver⁷. Su verdadera trascendencia,

4 Sin perjuicio de que podríamos extendernos en el concepto de “sustracción”, a efectos de este trabajo, partiremos de la definición que el Código Penal español hace en su art. 225 bis, que lo establece cuando el progenitor que, sin causa justificada para ello, traslade a “un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia” o lo retenga “incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa” (art. 225 bis 1 y 2).

5 PÉREZ VERA, E.: “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”, en http://www.iin.oea.org/2007/SIM/redic/Textos_claves_ponencias.htm, consultado el 22-01-2015, p. 3.

6 En la Comunidad Valenciana, según información periodística que cita fuentes del Ministerio de Interior español, se habrían producido 26 casos. Vid.: <http://www.lasprovincias.es/v/20140319/sucesos/policia-detecta-secuestros-ninos-20140319.html> (consultado el 22 de enero de 2015).

7 Según se publicaba en El Mundo digital el 17 de marzo de 2014 (consultado el 22 de enero de 2015), citando fuentes del Ministerio de Interior español: <http://www.elmundo.es/espana/2014/03/17/5326bffd22601dae318b456c.html>

pensamos, se encuentra en el hecho de que estamos hablando de los niños, es decir, de las personas más débiles y dependientes de nuestras sociedades –junto con los mayores-, que constituyen además nuestro futuro y a los cuales se les infligen importantes daños de toda índole, cuando se les priva ilegítimamente de su derecho a mantener la relación personal y el contacto directo con cada uno de sus progenitores.

En esta cuestión, lo determinante no son los intereses –deseos o sentimientos- de los cónyuges, sino el interés del menor, que es superior a cualquier otro, tal como proclama el ordenamiento jurídico⁸. En este sentido, qué duda cabe, que el interés superior del menor es crecer al lado de sus padres, de ambos, y que cuando eso no sea posible, por una decisión de éstos o de la autoridad judicial o administrativa competente, todos están obligados no sólo a garantizar la asistencia económica sino, en especial, el apoyo y la cercanía personal y afectiva de los padres, que exigen

Como se ha podido observar, los datos aportados se han obtenido de “fuentes estadísticas” que son secundarias. Concretamente y a excepción del estudio realizado a instancia de la Comisión Europea, la hemos conocido a través de diversos medios de comunicación y fundaciones privadas (en particular, de la Fundación ANAR -<http://www.anar.org/>- y Child Care -http://recuperacion-menores.org/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=101-), a pesar de que la Administración española dispone de información. De hecho, si se leen las Memorias de la Fiscalía General del Estado que se publican anualmente, se hace referencia a los casos de sustracción interparental en el apartado de la Fiscalía especializada en menores, cuando desarrolla su actividad en el ámbito de la protección de los mismos.

Asimismo, como se ha podido constatar por las noticias reseñadas, el Ministerio de Interior también dispone de información al respecto, que no publica oficialmente. Sin embargo, la ONG *Save the children* señala en su Informe “Menores desaparecidos. Análisis de su situación en España” (<http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/104/informe%20menores%20desaparecidos%202003.pdf>, consultado el 22 de enero de 2015), que el Ministerio de Interior le proporcionó los datos referidos a expedientes por desaparición de menores en los años 2001 y 2002.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, del que depende la Comisión Nacional de Estadística Judicial, no publica información alguna al respecto, salvo error u omisión por nuestra parte. Y en cuanto al Ministerio de Justicia, llama la atención que siendo la autoridad central, designada en el Convenio de 1980, no publique los expedientes en los que ha intervenido como tal. Es más, conteniendo en su web oficial un apartado dedicado a la sustracción interparental internacional -<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional>-, se limita a una información insuficiente –basta compararla, por ejemplo, con la que contiene la Fundación Child Care- para una persona cuyo hijo haya sido sustraído. A pesar de lo anterior y también por información periodística, he podido saber que el Ministerio de Justicia tramitó en 2012 un total de 214 expedientes, en los cuales España actuó como requirente en 133 y en 81 como requerido. Y que en 2013 fueron 243 los expedientes, en 148 como requirente y en 95 como requerido (http://politica.elpais.com/politica/2014/10/02/actualidad/1412241668_215624.html).

No obstante lo anterior, existe un interesante estudio que realizó una investigadora española para la Autoridad Central española durante 2001, preparatorio de la reunión de la Comisión Especial para el seguimiento de la aplicación del Convenio de La Haya [GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid (2002): pp. 23-38]. El trabajo abarca el período 1997-1999 y en algunos aspectos hasta el año 2000, contiene tablas comparativas y gráficos de esta clase de secuestros a niños y establece la tendencia creciente de los mismos.

Con todo, la falta de información y de una estadística precisa no es un problema sólo de nuestro país, sino que la mayoría tampoco la tienen y los que disponen de ella, no la tienen actualizada. Resulta llamativo que incluso en la Sección de sustracción de niños que dedica la página web de la HCCH (Hague Conference on Private International Law) -http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21- y, particularmente, de la INCADAT, la base de datos de la sustracción internacional de menores, dependiente de la HCCH, tampoco se incluya información estadística o estudios al efecto - <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3>-.

- 8 De acuerdo con el art. 3.1 de la Convención *sobre los Derechos del Niño* de 1989, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte, el art. 154 CC dice que “la patria potestad se ejerce en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”, lo que imbuye toda la legislación al efecto. Para más sobre el interés del menor, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007).

el crecimiento y la maduración equilibrada de los menores⁹. Correlativamente, el Derecho ha articulado todo esto a través de la institución jurídica de la filiación y de las consiguientes relaciones paterno-filiales, principalmente de la patria potestad¹⁰.

Por último, sin restar importancia a los demás enfoques, desde el punto de vista jurídico, la sustracción de menores en el ámbito familiar constituye un tema susceptible de ser abordado de una forma interdisciplinar, en el que el Derecho Civil, Penal, Administrativo, Internacional o Procesal, entre otros, todos tienen mucho que aportar. En este sentido, por lo que a los aspectos procesales se refiere, esta cuestión es susceptible de estudiarse desde la doble perspectiva procesal civil y penal, si bien nosotros en este momento sólo vamos a desarrollar la tutela civil por los tribunales españoles cuando exista el riesgo de que se produzcan esta clase de situaciones, particularmente las medidas previstas en los arts. 103 y 158 del Código Civil español (en adelante, CC).

II. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES FRENTE A LA SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL.

I. El marco legal aplicable.

De acuerdo con el art. 39 de la Constitución española (en adelante, CE), corresponde a los poderes públicos “la protección integral de los hijos”, los padres tienen el deber de prestarles “asistencia de todo orden... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, así como que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”¹¹. Por su parte, aunque sin valor vinculante, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en 1959, ya destacaba la necesidad de que los niños recibieran una protección especial, tanto antes como después del nacimiento, y sugería una serie de derechos y condiciones de su ejercicio, entre los que se encontraba el de que el menor “siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”. Más adelante, en 1989 y también

9 Según la Declaración de Derechos del Niño de 1959, aprobada por Naciones Unidas, “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole” (Principio 6).

10 A tenor del art. 154 CC, el contenido de la patria potestad es: 1º Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. En cuanto a los límites a la misma, se disponen en los arts. 158 y 167 CC, incluyéndose en el primero las medidas preventivas de la sustracción interparental y que veremos más adelante. Por su parte, los hijos, tal como prevé el art. 155 CC, deben “obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre” y “contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

11 De acuerdo con este mismo precepto, los hijos son iguales ante la ley con independencia de la filiación y que hayan sido habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.2 y 3 CC).

por Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta sí con valor vinculante y ratificada por nuestro país en 1990, la cual establecía en su art. 11, que “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”, promoviendo para alcanzar este fin “la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Todo lo anterior, hace patente la conciencia que tienen el legislador constitucional y la comunidad internacional de que, siempre que sea posible, los niños se han de desarrollar y crecer bajo el amparo de sus padres, el deber de éstos y de los poderes públicos de otorgarles la protección necesaria en todos los sentidos, así como que, de las sustracciones a las que pueden verse sometidos –que al no distinguir, hay que entender incluidos los interparentales-, los que más dificultades plantean para su resolución son los internacionales, deduciéndose la necesidad de la complementariedad legislativa –también es imprescindible la administrativa y judicial- en los planos nacional e internacional para afrontar con éxito esta lacra.

Ha sido precisamente por esta razón, por lo que se han ido aprobando a lo largo de los últimos años importantes instrumentos internacionales con el fin de facilitar esa cooperación entre Estados. Los más importantes, ratificados por España, son los siguientes¹²:

a) El Convenio de Luxemburgo, *relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia*, de 20 de mayo de 1980, elaborado por el Consejo de Europa y ratificado por nuestro país en 1984. El cual parte de la existencia de una decisión administrativa o judicial sobre el derecho de guarda y custodia y del “traslado ilícito” de un menor de dieciséis años de un país a otro, estableciendo que para su retorno al lugar de residencia el Estado firmante del Convenio aplique un procedimiento simple, rápido y gratuito para el reconocimiento y la ejecución de la resolución sobre la custodia (arts. 5, 7 y 14), así como devolver, en su caso, el menor a su legítimo guardador (art. 8).

b) El Convenio de la Haya, *sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980, es el que mayor número de ratificaciones ha recibido (93) y España lo hizo en 1987, siendo el más utilizado en la práctica. Tiene carácter *self executing*¹³ y supone un importante paso más respecto del anterior, al tratar de superar las limitaciones -de tiempo y por el resultado-, que

12 Aparte de estos convenios, existe otro sobre la misma materia al que nuestro país no se ha adherido, pero que habría que valorar su conveniencia de hacerlo, y que ha sido confeccionado al amparo de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Se trata de la *Covención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 - <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

13 Este carácter no excluye, desde luego, las normas que cada Estado quiera otorgarse para facilitar su aplicación.

conlleva el procedimiento de exequátur, aunque se hayan acelerado y reducido sus formalidades¹⁴.

c) El 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, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*.

Este Reglamento es también conocido con el nombre de *Bruselas II bis* y, en lo que a la sustracción interparental se refiere, se dictó bajo la influencia del Convenio de La Haya de 1980, con el fin de avanzar en el espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular en la protección de los menores en el seno de la UE¹⁵.

Nos encontramos así con dos sistemas para los países de la Unión, dependiendo de si la sustracción es intra o extracomunitaria, rigiendo en el primer caso el Reglamento 2201/2003 y en los demás, dependerá de qué convenios sean parte los Estados en cuestión. No obstante, las diferencias son relativas, dado que el Reglamento se ha confeccionado a partir del Convenio de La Haya y matizar algunos aspectos del procedimiento de éste en sus artículos 10 y 11¹⁶.

d) Convenio entre España y Marruecos *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*, de 30 de mayo de 1997.

El valor de este Convenio se encuentra en el hecho de que Marruecos no ha firmado los anteriores y es el único bilateral que aborda específicamente esta materia de la sustracción de menores interparental¹⁷. Respecto al contenido,

14 De hecho, en la práctica el Convenio de Luxemburgo antes citado ha sido casi inoperante. Sobre las causas de esta inoperancia, ver: PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia y legislación* (2002), núm. 16, p. 262.

15 Se aplica a todos los países de la Unión, excepto a Dinamarca, en virtud de los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de dicho país, anejo al Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la CEE.

16 La inclusión de la sustracción de menores en este Reglamento suscitó un importante enfrentamiento en el seno del Comité de Derecho Civil, la cual se dividió entre los países que consideraban suficiente el Convenio de La Haya y aquéllos que no, entre los que se encontraba el nuestro. Al final, terminó saliendo adelante, al considerar que era una oportunidad para superar los problemas procesales que el Convenio de La Haya planteaba y que el Reglamento permite en su art. 36 la derogación de las disposiciones de aquél, cuando favorezcan el regreso de los menores [GONZÁLEZ BELFUS, C.: "Regulación comunitaria de la sustracción interparental de menores", en AA.VV., *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 82-83; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: "Incidencia procesal de las recientes reformas introducidas en el Derecho de Familia: aspectos procesales", en *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005* (con MARTÍN NAJERA, M^a.T.; PALAY VALLESPINÓS, M.; DELGADO MARTÍN, J.). Madrid (2007): pp. 131-132].

17 En el Foro euromediterráneo sobre la sustracción internacional de menores celebrado en Roma los días 12 y 13 de marzo de 2001, la representante del Ministerio de Justicia argelino, expresó el deseo de su país de adherirse al Convenio de la Haya de 1980, pero no lo ha hecho, al igual que los restantes países musulmanes. Así las cosas, las vías posibles son los convenios bilaterales, en su caso, o bien ejercitar los mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones correspondientes. Para más sobre el Convenio de Marruecos y,

pretende además de la restitución de los menores de dieciséis años sustraídos, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre los derechos de custodia y visita y hacer efectivo el ejercicio del derecho de visita. Para todo ello prevé en la misma línea que los Convenios anteriores que los Estados apliquen procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos (arts. 6 y 14). Por lo demás, destacar la creación de una Comisión Mixta Consultiva (art. 5), compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia de ambos países, con el fin de facilitar la solución de los casos que se planteen en la aplicación del Convenio.

Por otro lado, contrariamente a su actuación en el plano internacional, el legislador español no ha actuado en el ordenamiento jurídico interno con la diligencia exigida. En este sentido, es significativo que en 1989 el único país citado en la resolución final de la Comisión especial sobre funcionamiento del Convenio de La Haya fuera el nuestro¹⁸.

Asimismo, el TEDH condenó a España en su sentencia de 29 de abril de 2003 [Caso Iglesias Gil et alii c. España (TEDH 2003, 15)] y se reconocía que el problema de fondo era la insuficiencia de la legislación española, destacando como positiva, la introducción en nuestro ordenamiento del delito de sustracción interparental en 2002, a la que luego nos referiremos.

Siendo esa la situación en aquel momento, hay que reconocer que en los últimos años se ha avanzado, primero con la aprobación de un procedimiento de devolución de los menores, cuando el retorno se solicite al amparo de una norma internacional y el país requerido sea el nuestro. Después, aunque no exento de críticas, con la tipificación penal del secuestro de menores por sus propios padres y familiares, pero también con la aprobación de una serie de medidas específicas de naturaleza civil tendentes a evitar la sustracción. Todo lo cual, debe llevarnos a concluir que el balance actual es positivo, sobre todo porque esta actividad legislativa evidencia una concienciación de los poderes públicos del problema que suponen las sustracciones interparentales. A la vez, hay que reconocerlo también, el sistema adolece de problemas y dificultades, no sólo de configuración y sistemática, sino principalmente prácticos, que deberían resolverse. Entre otros, la falta de aprobación de las leyes de jurisdicción voluntaria o de cooperación jurídica internacional en materia civil, que el recurso contra la decisión en la instancia sobre el retorno del menor sea en un

en general, sobre las dificultades y posibles medios de solución cuando afectan a países islámicos, puede verse: MOYA ESCUDERO, M.: "El secuestro internacional de menores", en AA.VV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid (2002): Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VIII, pp. 411-460.

18 En concreto, se nos exhortaba "a tomar sin demora todas las medidas internas apropiadas para asegurar que se den a su autoridad central y a sus autoridades judiciales y administrativas los poderes necesarios y los medios adecuados" que le "permitan cumplir completamente sus obligaciones convencionales" [Nota 22 del trabajo de BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en AA.VV., *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces*. Madrid (1997): Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, pp. 159-198, consultada versión electrónica en B.D. *Cuadernos y Estudios del CGPJ*: 2006].

solo efecto, o la falta de coordinación entre las administraciones para una aplicación eficaz de las medidas cautelares y preventivas¹⁹.

Si resumimos la evolución legislativa que en nuestro ordenamiento ha experimentado la sustracción interparental, hay que destacar dos normas. En primer lugar, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor que, aunque no era específica, pretendió poner fin a una etapa caracterizada por los retrasos en la resolución de los casos de sustracciones de menores y la incertidumbre respecto al procedimiento a seguir, que los tribunales habían suplido por uno *ad hoc*, partiendo de las previsiones de los convenios de Luxemburgo y de La Haya ratificados por España, los cuales exigían que fuera rápido y sencillo. En concreto, lo más importante es que su Disposición Final 19ª.2 estableció que el procedimiento de restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, cuando fuera aplicable un convenio internacional y se encontrara en nuestro país, procedente de otro, se resolvería de acuerdo con los arts. 1901 a 1909 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 1901 LEC-1881).

Las características principales de este procedimiento, que sigue vigente todavía en la actualidad, es que tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria, su competencia se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia o, en su caso, de Familia del lugar en el que se encuentre el menor reclamado y la legitimación es muy amplia, ya que incluye a la persona, institución u organismo titular de la guarda, así como a la Autoridad central o persona en quien delegue. Se prevé la intervención del MF, se puede ir asistido por abogado y el procedimiento tiene carácter preferente, debiéndose concluir en el plazo de seis semanas desde la solicitud al juez. Rige básicamente la oralidad, desarrollándose por medio de diferentes compareencias, en las que cabe practicar prueba y resolviéndose finalmente por auto, el cual es recurrible en un solo efecto en apelación, el cual deberá decidirlo la Audiencia Provincial en un plazo improrrogable de veinte días. Por último, en el caso de que hubiera oposición, el

19 El Defensor del Pueblo, partiendo de las actuaciones en las que ha intervenido, ya puso de manifiesto en su Memoria de 2006 (<http://www.defensordelpueblo.es/>, pág. 219) que “en los casos en los que hay indicios razonables de que se produzca la sustracción de un menor, es preciso que se adopten judicialmente las medidas preventivas previstas legalmente y se asegure su efectividad, pues independientemente del continente en el que se encuentre el país destinatario de los menores sustraídos, se ha demostrado que, por mucho interés y dedicación que pongan las autoridades y administraciones, las actuaciones posteriores no logran resultados positivos”.

Por su parte, el Informe de la ONG *Save the children* antes citado, recoge las sugerencias realizadas por la antes denominada Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su País, hoy Fundación *Child Care*:

- “1. Creación del Centro Nacional de Desaparecidos que coordine los departamentos competentes y elabore estadísticas fiables.
2. Ayudas a los padres para que puedan recuperar a sus hijos en el extranjero constituyendo un Fondo de coste o gastos para ellos.
3. Controlar la expedición de pasaportes de niños, de forma que en caso de traslado de un menor al extranjero quede constancia expresa de que ambos progenitores tienen conocimiento del hecho.
4. Firmar convenios en el marco de la Unión Europea y bilaterales de colaboración sobre esta materia.
5. Mayor coordinación entre los ministerios implicados, Justicia y Asuntos Exteriores.
6. Extremar las medidas preventivas para evitar los secuestros de niños.
7. Entender el secuestro parental como violencia de género”.

expediente de jurisdicción voluntaria se convertiría en contencioso, tramitándose por el procedimiento del juicio verbal (art. 1907 LEC-1881)²⁰.

En segundo lugar, la siguiente norma a destacar en la evolución legislativa interna de la sustracción interparental es la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. Una reforma que, como su título indica, acometió esta cuestión desde dos frentes. Por un lado, el penal, con la inclusión del delito de sustracción de menores en el art. 225 bis del Código Penal (en adelante, CP), un nuevo párrafo en el art. 224 CP, relativo a cuando sea uno de los progenitores el inductor a que abandone el domicilio habitual el menor y el art. 622 del mismo texto legal, por el que se establece una falta para castigar a los padres que vulneren el régimen de custodia, cuando los hechos no sean constitutivos de los delitos contra las relaciones familiares o de desobediencia. Y por otro, el civil, en el que la Ley 9/2002 introdujo en especial tres medidas evitadoras de la sustracción para cuando surja el riesgo de la misma, tanto en el art. 103 CC, relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, como en el art. 158 CC, relativo a las relaciones paterno-filiales: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada, en su caso; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor²¹.

20 Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de ley de la jurisdicción voluntaria que modificaría, en caso de aprobación, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC) en este punto, introduciendo un nuevo procedimiento de restitución de menores en los casos de sustracción internacional (Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 5 de septiembre de 2014, núm. 112-1).

21 La justificación de tales medidas, según la Exposición de Motivos de la Ley, era la de "prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores". Una justificación que, como en el caso de las medidas penales adoptadas, es muy escueta y, además, incorrecta técnicamente, porque su naturaleza jurídica no es en todo caso cautelar. Pero, lo que es más importante, era innecesaria, porque el art. 158 CC contenía desde 1981 una norma que permitía al juez adoptar de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal (en adelante MF), las medidas que considerase oportunas, "a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios", lo que permitía la aprobación de cualquier medida cautelar o preventiva —entre las que se podían incluir las arriba mencionadas, sin lugar a dudas—, si surgía el riesgo de una sustracción interparental. Sorprendentemente y por razones que se nos escapan, esta posibilidad no ha sido prácticamente utilizada. Aún más, la Ley Orgánica de 1996 reformó el art. 158 CC, modificación que suele pasar desapercibida, y que consistió en añadirle un último párrafo en el que se establecía que las medidas contenidas en ese precepto podían adoptarse "dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria" (Disposición Final 4ª y Disposición Adicional 1ª), lo que despejaba cualquier duda sobre su aplicación.

No es exacto, por lo tanto, como se ha afirmado [ALONSO CARVAJAL, A.: "Sustracción interparental de menores", *Cuadernos de Derecho Judicial* (2005), núm. XXIV, p. 374] que legalmente no existieran medidas cautelares o preventivas aplicables a los casos de sustracción de menores antes de 2002. Teníamos, como se ha dicho, el art. 158 CC, pero también las medidas cautelares *stricto sensu* de la LEC. Primero, las indeterminadas del art. 1428 de la LEC-1881 y, después, las que se puedan adoptar con base en el art. 727.11ª LEC. Otra cosa es la aplicación que de esas normas hicieran -y hacen- los tribunales, que en términos generales suelen ser restrictivos en su adopción.

2. El sistema de protección interno contra las sustracciones interparentales.

Como se acaba de ver, la evitación y, en su caso, solución de los secuestros de menores interparentales admiten en nuestro país dos vías de actuación: la civil y la penal. En cuanto a la civil, lo que existe es la posibilidad de acordar, entre otras, las medidas arriba citadas cuando surja el riesgo de una sustracción -ya sea nacional o internacional-, las cuales podrán adoptarse en el curso de un proceso civil -por ejemplo, uno matrimonial, sobre filiación o capacidad de las personas-, uno penal -por ejemplo, por violencia doméstica o por una falta del art. 622 CP-, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 103 y 158 CC).

Sobre la penal, sin embargo, siempre han habido reticencias, al cuestionar si es la vía más apropiada para obtener la finalidad perseguida, que es en definitiva el retorno del menor con el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, así como la normalización del régimen de visitas. De hecho, los convenios internacionales se circunscriben al ámbito civil exclusivamente, aunque no excluyen, desde luego, el que los Estados parte de los mismos prevean en sus ordenamientos soluciones de esta naturaleza²².

La objeción más importante que se le puede hacer a la solución penal se encuentra en los principios de subsidiariedad y de intervención mínima, que se derivan del mismo Derecho Penal, entendido como *ultima ratio*²³. Utilizar esta parcela del Derecho para resolver problemas familiares, no parece lo más apropiado; aún menos en aquellos supuestos en los que ni siquiera ha habido una resolución judicial de naturaleza civil y, por lo tanto, no se ha tratado en esta sede el conflicto que separa a las partes. No obstante, si bien la Comisión Especial de seguimiento del Convenio de La Haya en 1993 y 1997 ha considerado poco beneficiosa la criminalización de la sustracción, por considerarla contraproducente para la restitución del menor; entre sus ventajas ha apuntado el carácter disuasorio que va a desplegar frente a los posibles sustractores o que en algunos países sólo la existencia de un proceso penal permite la adopción de determinadas medidas cautelares y diligencias policiales²⁴.

Cabría, además de las anteriores, otra vía, discutible ciertamente por lo que ahora diré, pero que puede ser muy útil en algunos casos; me estoy refiriendo a la mediación familiar. Con todo, los problemas para su aplicación son principalmente legales, por cuanto la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

22 Además de España, han tipificado penalmente estas conductas EE.UU., Gran Bretaña, Australia, Canadá, Suecia, Noruega o Israel.

23 Entre otros, TORRES FERNÁNDEZ, M.: "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos «menores» al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley* (2003), núm. 5857, epígrafe VIII, consultada versión electrónica en B.D. *La Ley*; LLORIA GARCÍA, P.: "La sustracción de menores por sus propios padres. (Comentario a la LO 9/2002, de 10 de diciembre)", *RGDP* (2005), núm. 3, p. 25, consultada versión electrónica en B.D. *Iustel*.

24 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, cit., pp. 117-118.

mercantiles, establece en su art. 2.1 la imposibilidad de su utilización para los casos en que se vean afectados “derechos y obligaciones que no estén a disposición de la partes en virtud de la legislación aplicable”, por lo que la tipificación penal constituye un claro límite a la posibilidad de su utilización. Con todo y sin perjuicio de que el tema exigiría un desarrollo específico, sí que quiero señalar que esta solución ha empezado a abrirse camino en Europa. Así, el Parlamento Europeo ha designado a una mediadora para los casos de sustracciones interparentales internacionales, apoyándose para ello en diversos instrumentos jurídicos²⁵.

No obstante los obstáculos, quiero manifestar mi posición favorable de entrada y matizada, en función de las circunstancias del caso, a la posibilidad de mediar en estos supuestos. El fundamento de dicha posición parte del valor social de la familia y de la necesidad de su respeto y desarrollo, así como de que todo lo relativo a ella debería resolverse, en principio, en el seno de la misma. Los padres serían, de esta forma, los primeros responsables con el derecho y el deber de decidir lo que a ellos y a sus hijos atañe, sin que el Estado pueda inmiscuirse (vid. arts. 14, 16, 17, 18, 19, 27, 33, 38, 39, 41 y 43 CE). En este sentido, lo que los postulados constitucionales establecen (art. 39 CE), instando a los poderes públicos a que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, es la materialización de una política sostenida de promoción de la misma desde los diversos frentes y por todas las administraciones, lo que no excluye, sino al contrario, la atención concreta a las situaciones problemáticas que puedan surgir; en particular, cuando se trata de los hijos menores o incapaces, que se encuentren en una situación de riesgo o desamparo a la que no quiera o no pueda hacer frente su familia. La intervención, por lo tanto, debería ser en todo caso subsidiaria, puntual y como *ultima ratio*, sólo justificada en la protección de bienes e intereses superiores. Consistente, inicialmente, en la ayuda y el apoyo directo a la familia, en especial a los padres, para que fueran éstos quienes resolvieran por sí mismos sus problemas y los de sus hijos.

A) Las medidas específicas previstas en el art. 103 CC para los procesos de nulidad, separación y divorcio.

Dentro del Título IV del Libro I –“de las personas”- dedicado al matrimonio del Código civil español y más en concreto en relación con los procesos de nulidad, separación y divorcio, la mencionada Ley 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo en el art. 103 CC un nuevo párrafo, que establecía contra la sustracción interparental, además de “las medidas necesarias”, concretamente las de prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del

25 Puede verse al respecto, la web <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/000c205a13/Mediador-para-la-sustracci%C3%B3n-de-menores.html> (consultada el 22 de enero de 2015), destacando entre la información allí contenida, por su interés, el *Handbook* del mediador europeo. Para más sobre esta posibilidad, vid. CASO SEÑAL, M.: “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación* (2011), año 4, núm. 8, 2º semestre.

pasaporte al menor o la retirada, en su caso; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor:

Estas medidas se han incardinado en las llamadas por el Código Civil “medidas provisionales” de los arts. 102 a 106, y cuya naturaleza jurídica, es la de medidas cautelares²⁶, atendido su carácter instrumental, garantizador y/o anticipatorio, no tanto del pronunciamiento sobre la relación matrimonial, sino de las consecuencias que se deriven del mismo, y pueden adoptarse en los procesos matrimoniales apuntados, así como en los de modificación de las medidas definitivas, según el art. 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, actualmente vigente (en adelante, LEC). Como su nombre indica, las medidas provisionales no tienen vocación permanente y son sustituidas por las que determine la sentencia estimatoria que se dicte (arts. 106 CC y 773.5, 774.4 LEC), las cuales pueden o no coincidir con las establecidas por los cónyuges provisionalmente, en la medida que el juez no está vinculado (arts. 773.1, 774.3 y 4 LEC).

En cuanto a qué medidas se pueden adoptar, aparte de las citadas expresamente, como hemos señalado, el art. 103 CC habla en primer lugar de que “podrán adoptarse las medidas necesarias”, por lo que, partiendo de la naturaleza cautelar apuntada, pensamos que cabría cualquiera de las cautelares previstas en el art. 727 LEC, si bien como la mayoría de éstas tienen contenido patrimonial y no son las idóneas, deberíamos ir al número 11 de este artículo, que se refiere a cualquiera que se estime necesaria “para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria” y decidir entonces qué medida podría ser la más adecuada.

Respecto a la legitimación para solicitarlas, si bien no hay duda de que se pueden adoptar a instancia de los cónyuges –lógicamente, del que tenga el temor de que se produzca la sustracción y que puede ser tanto el que tiene la titularidad de la guarda como el que disfruta del derecho de visitas-, dado el tenor literal del precepto –“podrán adoptarse”- y los bienes en juego, cabe preguntarse si es posible hacerlo también de oficio. La respuesta no es sencilla²⁷, al no existir una norma que lo determine y la casuística existente, que varía tanto por el momento como por los procedimientos de adopción de las medidas provisionales. Así, si se trata de las previas a la demanda –arts. 104 CC y 771.1 LEC-, sólo cabe la solicitud a instancia de parte, pero en las coetáneas, el tenor del art. 773.3 LEC, cuando dice que el tribunal “acordará lo que proceda”, deja abierta la adopción de oficio. A lo que habría que añadir el hecho de que el art. 721.2 LEC, referido a la solicitud de las medidas

26 Por lo tanto, cabría la aplicación supletoria de los arts. 721 y siguientes de la LEC.

27 Seguimos aquí a CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*. Valencia (2002): pp. 124-128.

cautelares en general, afirma que en ningún caso podrán ser acordadas de oficio por el tribunal “sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales”.

Partiendo de este marco legal, la jurisprudencia se ha inclinado por reconocerlo, si bien sólo en los casos en los que se trate de medidas relativas a los hijos menores o incapacitados, pudiéndose concluir, por lo tanto, que se adoptarán de oficio, cuando se trate de medidas coetáneas a la demanda, que afecten directamente a los menores o incapacitados o estén relacionadas con ellos –caso de la adjudicación de la vivienda familiar-. Ahora bien, tratándose de las medidas específicas contra la sustracción interparental, es difícil –por no decir imposible-, que el órgano jurisdiccional pueda hacerlo de oficio, si no se le pone en su conocimiento los hechos que puedan justificar cualquiera de las medidas. A partir de ahí, el juez, si lo cree oportuno, convocará a las partes –incluyendo al Ministerio Fiscal (en adelante, MF) y a los hijos menores e incapaces- a la comparecencia del art. 773 LEC, la cual se desarrolla de acuerdo con lo previsto en el art. 771 LEC, donde oír a las partes y, en su caso, se practicará prueba sobre los hechos que justificarían la aprobación de la medida provisional, incluso de oficio. Al final, el juez decidirá la medida –o medidas- a imponer más oportuna.

Siguiendo con la legitimación, cabe preguntarse ahora si el MF o, en su caso, la administración pertinente encargada de la protección de menores e incapaces, podrán solicitar cualesquiera de esas medidas. En cuanto al primero, en el caso de las medidas específicas sobre sustracción interparental, en virtud del art. 749.2 LEC, su intervención es preceptiva²⁸. Respecto a la administración, es posible que si hay malos tratos de por medio o situaciones de riesgo para los menores, los servicios sociales correspondientes puedan estar interviniendo, pero sin asumir responsabilidad tutelar alguna. No obstante, valorándose la conveniencia de su inclusión, la Ley no la prevé, por lo que no es posible concluir afirmativamente. Pero la administración tampoco podría, aunque fuera la titular de la guarda o custodia, puesto que el art. 103 CC se circunscribe a los procesos matrimoniales y en éstos no son parte otros sujetos que los ya señalados. Con todo, si se diera una situación de riesgo en su opinión, podrían informar de la misma al MF o al propio juez, para que éstos actuasen en consecuencia, si así lo estimaran.

La siguiente consideración, aunque general sobre las medidas provisionales, adquiere una especial trascendencia en relación con las medidas específicas para el secuestro interparental del art. 103 CC y se refiere a la audiencia de los cónyuges que, como regla general, es imprescindible para su adopción. Excepcionalmente, sin embargo, el art. 733.2 LEC permite que el juez apruebe una medida cautelar y, por lo tanto, también una medida provisional, sin esa audiencia, por razones de urgencia

28 Además, el art. 773.3 LEC habla de que, a la comparecencia para la adopción de las medidas, se convocará al MF, en su caso, con lo que queda claro que se parte de su posible legitimación en estos procesos.

o por que se podría ver comprometido el buen fin de la medida a adoptar. Ahora bien, en esos casos habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 739 y siguientes LEC, que desarrollan la oposición a las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*²⁹.

Por último, cabe preguntarse por las consecuencias del incumplimiento de las medidas evitadoras de la sustracción adoptadas³⁰. A falta de disposición expresa al respecto, el art. 776 LEC regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre las medidas sin distinguir, por lo que habrá que entender aplicable tanto a las provisionales como a las definitivas. En primer lugar, hace una remisión al Libro III de la LEC (arts. 517 y ss.), que se refiere a la ejecución forzosa definitiva y provisional, así como a las medidas cautelares, por lo que con carácter general sería aplicable cualquier mecanismo de los allí previstos, pero teniendo en cuenta que los intereses en juego nos llevan a la necesidad de que la ejecución ha de ser en sus propios términos. En segundo lugar, además, el art. 776 establece tres especialidades para los casos en que uno de los cónyuges no cumpliera con el pago de las obligaciones pecuniarias que le correspondan, con las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo o, finalmente, incumpliera de forma reiterada el régimen de visitas. Aplicadas estas disposiciones a las tres medidas específicas contra la sustracción interparental, habrá que distinguir, según se tratara de una u otra.

En cuanto a la prohibición de salida del territorio nacional, al igual que la de la prohibición de expedición del pasaporte³¹, se trata de obligaciones personalísimas de no hacer, por lo que, en aplicación del art. 710 LEC, la ejecución forzosa consistiría en requerir al obligado a que cumpliera lo ordenado, apercibiéndole de desobediencia e imposición de multas coercitivas, en caso contrario. Si, a pesar de ello, hiciera caso omiso, de acuerdo con los arts. 710 y 776.2ª LEC, la ejecución consistiría en instarle a que deshiciera lo mal hecho, que en estos casos pasaría por devolver al menor al titular de la guarda y custodia u, obtenido el pasaporte, lo pusiera a disposición judicial, así como que pagara la indemnización por los daños y perjuicios causados que correspondiera. Además, en aplicación de la medida 3ª del art. 776 LEC, dada la gravedad de los hechos, en particular si se ha producido el secuestro del menor,

29 MONTÓN REDONDO, M.: *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia (2003): p. 2, consultada versión electrónica en B.D. Tirant on line, ref.TOL317.101.

30 Sobre la eficacia práctica de las medidas descritas, la experiencia arroja un resultado dispar que, en el caso de las sustracciones interparentales internacionales, es claramente negativo. En particular, la prohibición de salida del territorio nacional y la expedición del pasaporte son muchas veces incumplidas. Por un lado, los problemas de coordinación entre administraciones y, por otro, la dificultad del control de las fronteras en el actual sistema Schengen, lo facilitan. De hecho, como ya se señaló, el Estado español ha sido condenado varias veces por responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 CE).

31 Dado que quien expide el pasaporte es el Estado, es claro que la prohibición se ha de referir a la prohibición del progenitor de dirigirse a los órganos del Estado solicitando el pasaporte del menor. Será el órgano jurisdiccional, por su parte, el que emitirá los correspondientes mandamientos a la Policía Nacional y Guardia Civil para que no lo expidan y, en su caso, impidan su salida del territorio nacional. Recientemente y en aras de la evitación de sustracciones interparentales, se ha reformado el procedimiento de expedición del pasaporte, en virtud del Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, el cual exige la comparecencia de ambos progenitores ante el funcionario competente para la expedición (art. 4.2).

podría producirse un cambio del régimen de visitas³². En su caso, penalmente cabría plantearse la posibilidad de abrir diligencias por los delitos de desobediencia (art. 556 CP) y quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), respetando siempre el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, y, por lo tanto, para aquellos supuestos en que las circunstancias lo requirieran – piénsese, por ejemplo, cuando la vulneración de esas obligaciones sea reiterada-

Para los casos de retirada del pasaporte, por tenerlo ya expedido, estaríamos ante una obligación de dar que se resolvería aplicando el art. 701 LEC, lo que se concretaría en que el órgano jurisdiccional le dará un plazo para dicha entrega que, de no cumplirlo, le facultará para ordenar la entrada en los lugares cerrados que corresponda, auxiliándose de la fuerza pública, si fuera necesario. Si se desconoce dónde puede estar, el tribunal puede interrogar al ejecutado o a terceros, apercibiéndoles de desobediencia. Y si, a pesar de todo, no aparece, entendemos que por analogía podríamos aplicar las multas coercitivas del art. 776.2^a, puesto que no tendría sentido la transformación en la indemnización prevista en el art. 701.3 LEC.

Finalmente, cuando el órgano jurisdiccional haya impuesto la obligación de que se le pida autorización con carácter previo a un cambio de domicilio, nos encontraríamos ante una obligación de hacer personalísima. Hay que tener en cuenta que, a lo que aquí se obliga, es a pedir la autorización judicial, la cual puede ser positiva o negativa, pero no se prohíbe el cambio de domicilio en sí. En cuanto al incumplimiento de esa obligación, si se produce antes del cambio efectivo de domicilio, la ejecución forzosa consistirá en instarle a que se dirija al órgano jurisdiccional solicitando la autorización correspondiente, apercibiéndole, en caso contrario, de desobediencia, además de imponerle multas coercitivas durante el tiempo que tarde en hacerlo (art. 776.2^a LEC)³³. Si el cambio de domicilio se ha producido efectivamente y el órgano jurisdiccional no ha tenido la posibilidad de autorizarlo, lo lógico es que se inste al progenitor en los mismos términos que antes a pedir la autorización judicial. Si el juez se pronuncia positivamente sobre el cambio de domicilio, cabría imponerle una indemnización por los daños y perjuicios causados, pero cabría plantearse la posibilidad de abrir diligencias por los delitos de desobediencia y/o quebrantamiento de condena. Por el contrario, si el juez se pronunciara negativamente, el progenitor debería deshacer lo mal hecho, lo que supondría volver al domicilio anterior –si es posible, y si no lo es, a uno en las mismas condiciones³⁴–, indemnizar por los daños

32 El precepto se refiere a los casos de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, pero nos parece que la sustracción constituye per se una alteración lo suficientemente grave, que debería llevar a un replanteamiento. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad, siempre abierta, de acudir al art. 775 LEC.

33 También en estos casos y con los límites que venimos repitiendo al respecto, cabría plantearse la oportunidad de abrir diligencias por desobediencia (art. 556 CP) y/o quebrantamiento de condena (art. 468 CP).

34 No cabe duda de que esta consecuencia plantea muchos problemas prácticos, si no se pudiera retornar al domicilio anterior, pero lo que no es admisible es que no tenga ninguna trascendencia la vulneración de esa obligación y, mucho menos, suponga un beneficio patrimonial para el cónyuge infractor.

y perjuicios al otro cónyuge y, de igual modo, valorar la posibilidad de iniciar un proceso penal por los delitos apuntados, si se dieran las condiciones a que antes hacíamos referencia.

B) Las medidas específicas del art. 158 CC.

Por su parte, dentro del Título VII del Libro I del Código Civil, que versa sobre las relaciones paterno-filiales, se han previsto en el art. 158 diversas medidas para salvaguardar los derechos personales y patrimoniales del menor³⁵. Específicamente, referido a la sustracción de menores, la Ley 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo en ese artículo un párrafo con las mismas medidas que las del art. 103 arriba comentado³⁶, pero existen importantes diferencias entre estos preceptos. Al respecto, su ubicación sistemática determina que las del art. 103 CC sólo se puedan adoptar en el marco de un proceso matrimonial y las del art. 158 CC en cualquier momento durante el transcurso de las relaciones entre los padres y los hijos menores o incapaces, siempre que se cumpla el presupuesto del riesgo de sustracción por alguno de los progenitores o de terceras personas. En cuanto al procedimiento, mientras que aquéllas se adoptaban, previa o coetáneamente a la presentación de una demanda de separación o divorcio, por los procedimientos previstos en los arts. 771, 772 y 773 LEC, las del art. 158 CC pueden solicitarse durante la vigencia de un proceso civil –por ejemplo, en uno sobre filiación o en el que exclusivamente se reclame la guarda y custodia de un menor³⁷, de uno penal –por ejemplo, en uno por malos tratos- o de un expediente de jurisdicción voluntaria –por ejemplo, una adopción-. Pero, además, si no hubiera procedimiento alguno pendiente, podrían solicitarse y acordarse de forma autónoma, a través de uno *ad hoc* de jurisdicción voluntaria, tal como prevé el Código Civil³⁸.

35 En el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, de 28 de abril de 2014, se prevé la reforma del artículo 158 CC e incluir otras medidas complementarias. Concretamente:

“4) La medida de prohibición a los padres, tutores, a otros parientes o terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5) La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los padres, tutores, a otros parientes o terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”.

36 En el derecho comparado también se han adoptado medidas evitadoras de la sustracción interparental. Concretamente, en el *Common Law* se han desarrollado varios instrumentos: la fianza, un acuerdo notarial, el juramento religioso o la llamada “orden espejo”, por la que el país de destino asume la resolución del del origen de devolver al menor, acabado el período por la que se otorgó [BEEVERS, K.; PÉREZ MILLA, J. J.: “Comentario de jurisprudencia española sobre ejercicio transfronterizo de derechos de visitas y estancias de menores”, *Aranzadi Civil* (2005), núm. 13, epígrafe 2 c, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*].

37 Cabe preguntarse, si en uno matrimonial también podrían adoptarse, dado que el art. 158 CC no lo excluye y habla de procedimiento civil, en general. Ahora bien, entendemos que no sería posible, al existir una norma especial para esta clase de procesos y que primaría sobre aquélla, que es precisamente la del art. 103 CC.

38 A primera vista, la lectura del artículo 158 *in fine* podría inducir a pensar que la interpretación correcta es que las medidas pueden pedirse en procesos civiles o penales vigentes, o bien hay que iniciar uno de jurisdicción voluntaria para conseguirlo. Sin embargo, pensamos que podría entenderse más ampliamente, como hacemos en el texto. Es decir, que se solicitase y adoptase, en su caso, en el contexto de un procedimiento civil o penal en marcha, pero también en uno de jurisdicción voluntaria o que, ante la inexistencia de procedimiento alguno, se solicitara la medida a través de uno de jurisdicción voluntaria *ad hoc*.

Sobre la naturaleza jurídica de las medidas, a diferencia de las del art. 103 CC, no se puede afirmar que las del art. 158 sean cautelares. Si atendemos a los diferentes supuestos, podría pensarse en atribuirles dicha naturaleza en los casos en los que se solicitaran pendiente un proceso civil o penal, sin embargo, el hecho de que se puedan acordar de oficio, en principio, debe hacernos dudar³⁹. Por su parte, si se adoptaran durante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria, no cabría atribuírsela tampoco, porque no se trata de un proceso y lo mismo podría decirse para los casos en los que se solicitaran en un procedimiento de jurisdicción voluntaria *ad hoc*. Pero la razón fundamental para descartar dicha naturaleza se encuentra en la configuración del propio art. 158 CC, que establece unas medidas en sí mismas, desprovistas de algunas características fundamentales de las medidas cautelares, como son la instrumentalidad y la provisionalidad, así como que, entre sus fines, no se encuentren asegurar la ejecución, anticipar el resultado del proceso o la efectividad del mismo⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de medidas que, aunque iguales materialmente, son diferentes por su finalidad. Las del art. 103 CC están en función de un proceso matrimonial y tratan de evitar, además, los perjuicios que la ruptura del vínculo conyugal conlleva para los hijos menores, mientras que las del art. 158 CC, tienen como único fin el interés superior del menor y no están ligadas a ninguna clase de proceso –o procedimiento– en concreto, que sólo los utilizan –ya sea civil, penal o de jurisdicción voluntaria–, en su caso, por economía procesal.

Nos encontramos, de este modo, ante unas medidas, que no son cautelares, pero que tienen difícil encuadre. Así las cosas, elevando la vista se comprueba que el legislador ha emprendido una senda de futuro incierto, jurídicamente hablando, cuando se trata de cuestiones socialmente muy sensibles; por ejemplo, en violencia sobre la mujer o delincuencia juvenil. En estos supuestos, estamos asistiendo a la proliferación de medidas jurídicas muy variadas, cuya sistematización ha de partir de una configuración genérica⁴¹, que podría ser la de “medidas coercitivas” y que a su vez pueden ser precautelares –la detención policial–, cautelares, preventivas –la orden de alejamiento, la privación del carnet de conducir o del permiso de armas– e interdictivas –la retirada de la patria potestad, la suspensión provisional de ejercicio profesional, el deber de realizar una actividad social–. Pues bien, entendemos, que las medidas que estamos comentando entrarían en la categoría de las preventivas e interdictivas, pero en definitiva en la de medidas restrictivas de derechos, cuya

39 De acuerdo con el art. 721.2 LEC, las medidas cautelares no se pueden adoptar de oficio, “sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales”.

40 Sobre la distinta naturaleza jurídica de unas y otras medidas, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 18 de abril de 2005 (B.D. Aranzadi-Westlaw JUR 2005/138201), aunque algunos de los argumentos utilizados puedan ser discutibles.

41 Seguimos aquí a BARONA VILAR, S.: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?”, *Poder Judicial* (2006), número especial XIX, pp. 255 y ss.

adopción por lo tanto exigiría un proceso, dadas las garantías que ofrece el mismo. Sin embargo, no es ésta la solución a la que ha llegado nuestro legislador; derivando en algunos casos la adopción de estas medidas a un procedimiento como el de la jurisdicción voluntaria.

Respecto a la legitimación, el art. 158 CC la configura de manera más amplia que el art. 103, al hacer referencia de forma expresa al juez de oficio, a “cualquier pariente”⁴², sin concretar grado de consanguinidad o afinidad, al propio menor y al MF, lo que posibilita que cualquiera se dirija a éste –o al juez- denunciando la situación, como por ejemplo la administración de servicios sociales, que tenga conocimiento del asunto. Sobre la postulación procesal, de acuerdo con el art. 4, I, 5º LEC-1881, no será necesario acudir representado por procurador; pero sí defendido por abogado, excepto cuando la medida se pida con carácter urgente (art. 10, II, 3º LEC-1881).

Finalmente, en relación a las consecuencias de su incumplimiento, se podrían abrir diligencias por los delitos de desobediencia (art. 556 CP) y quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), aunque respetando siempre el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho Penal, y, por lo tanto, únicamente cuando las circunstancias obligaran a ello -por ejemplo por la reiteración en la conducta-. Diferenciando los supuestos en los que se pueden adoptar las medidas del art. 158 CC, cuando sea en el seno de un proceso civil, habrá que acudir a las normas sobre ejecución de sentencias (Libro III LEC), distinguiendo a su vez, tal como hemos hecho para las del art. 103 CC, según se trataba de una medida u otra, por lo que al desarrollo que hemos hecho de las mismas, nos remitimos. No obstante, dado que se trata de procesos civiles en general, cuando no fueran matrimoniales, no se podrían aplicar las previsiones del art. 776 LEC, dada su especialidad, salvo que fuera uno en el que se ejercitara exclusivamente la pretensión de guarda y custodia o alimentos de menores (art. 770.6ª LEC). Con todo, tanto en las condenas de hacer personalísimo como en las de no hacer, se podrían imponer multas coercitivas (arts. 709.I y 710.I, II LEC)

Si se tratara de medidas evitadoras de una sustracción interparental aprobadas en un proceso penal, igualmente tendríamos que acudir a la LEC, puesto que las medidas de naturaleza civil se aplican según esta norma⁴³, aparte de la supletoriedad general de la LEC en todo tipo de procesos (art. 4 LEC), por lo que asimismo nos

42 El art. 225 bis CP se refiere a los parientes hasta el segundo grado consanguinidad o afinidad, pero entendemos que, en este caso, tal limitación no cabe, por cuanto el CP no nos puede servir como criterio interpretativo y porque la finalidad buscada en el CC es darle la mayor amplitud posible, en aras a defender convenientemente los intereses del menor, que son los que han de primar; por encima de todo.

43 La Ley 1/2004 introdujo el art. 49 bis en la LEC para delimitar las competencias entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los de Primera Instancia o Familia, a favor de los primeros, cuando se dé un supuesto de violencia de género. Pues bien, en su apartado 5 establece que ejercerán la competencia en materia civil “en todo caso, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

remitimos a lo que desarrollamos en relación con el art. 103 CC, con los matices arriba apuntados.

Para acabar, cuando el incumplimiento se produzca respecto a medidas del art. 158 CC adoptadas en un expediente de jurisdicción voluntaria, las normas vigentes de la LEC de 1881 no prevén nada al respecto, lo cual es consecuente con la concepción original de la jurisdicción voluntaria y el que sus resoluciones tengan –mayoritariamente- naturaleza mero declarativa o constitutiva, por lo tanto, no necesitadas de ejecución propiamente. El problema es que el legislador ha optado por utilizar la jurisdicción voluntaria para las cuestiones más diversas y cada vez, con mayor profusión, en asuntos contenciosos, cuyas resoluciones son de condena y, por consiguiente, necesitadas de ejecución.

Nos encontramos de *lege data*, por lo tanto, ante un vacío que debemos colmar y, en este sentido, partiendo de que la competencia de estos expedientes corresponde a un órgano jurisdiccional, en concreto a los Juzgados de Primera Instancia, que tradicionalmente la jurisdicción voluntaria ha estado regulada en la LEC y que el art. 517.2.9° LEC admite como títulos ejecutivos “las demás resoluciones y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”, podríamos concluir la aplicación de la normas sobre ejecución de la LEC a estos casos, remitiéndonos en consecuencia a lo ya expuesto.

BIBLIOGRAFÍA⁴⁴.

ALONSO CARVAJAL, A.: "Sustracción interparental de menores", *Cuadernos de Derecho Judicial* (2005), núm. XXIV, pp. 365-393.

ALONSO CARVAJAL, A.: "Los aspectos penales", en AA.VV.: *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 105-136.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA Y LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *La Sustracción Interparental De Menores*. Madrid (2005).

AA.VV.: *Secuestro de menores en el ámbito familiar: Un estudio interdisciplinar* (dir. LLORIA GARCÍA, P.), Madrid (2008).

BEEVERS, K.; PÉREZ MILLA, J. J.: "Comentario de jurisprudencia española sobre ejercicio transfronterizo de derechos de visitas y estancias de menores", *Aranzadi Civil* (2005), núm. 13, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en AA.VV.: *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces*. Madrid (1997): Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, pp. 159-198, consultada versión electrónica en B.D. *Cuadernos y Estudios del CGPJ*: 2006.

CASO SEÑAL, M., "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación* (2011), año 4, núm. 8, 2º semestre.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: "El nuevo delito de sustracción parental de menores", en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Profesor Ruiz Antón*. (2004), consultada versión electrónica en B.D. *Tirant on line*, ref.TOL 464501.

ESPINAR VICENTE, J. M.: "Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de la Ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de la Haya de 1980", *Actualidad Civil* (1999), núm. 2, pp. 31-47.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Resoluciones contradictorias sobre la guarda de los hijos. Fraude de Ley: Derecho a la tutela judicial efectiva", *Tribunales de Justicia* (1999), núm. 3, pp. 268-272.

⁴⁴ En esta nota sólo se recoge una selección de la bibliografía en español sobre la sustracción de menores interparental, habiéndose excluido las obras de Derecho civil, internacional o procesal de carácter general consultadas e incluso las citadas en el texto del trabajo que no tratan específicamente esta clase de sustracciones.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid (2002).

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Regulación comunitaria de la sustracción interparental de menores", en AA.VV.: *La sustracción interparental de menores*. Madrid (2005): pp. 77-103.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: "La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002", *Revista de Derecho Privado* (2002), núm. 86, pp. 754-770.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: "Los desplazamientos ilícitos internacionales de *menores*. El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales", *La Ley* (2000), núm. 4965, consultada versión electrónica en B.D. *La Ley*.

JIMÉNEZ BLANCO, P., "Medidas cautelares y sustracción de menores", *La Ley* (2011), núm. 7601.

LLORIA GARCÍA, P.: "La sustracción de menores por sus propios padres. (Comentario a la LO 9/2002, de 10 de diciembre)", *RGDP* (2005), núm. 3, pp. 1-25, consultada versión electrónica en B.D. *Iustel*.

MONTÓN REDONDO, M.: *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia (2003), consultada versión electrónica en B.D. *Tirant on line*, refs.TOL317.099 y ss.

MOYA ESCUDERO, M.: "El secuestro internacional de menores", en AA.VV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid (2002): Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VIII, pp. 411-460.

PALAO MORENO, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia y legislación* (2002), núm. 16, pp. 251-284.

PÉREZ VERA, E.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980", en http://www.iin.oea.org/2007/SIM/redic/Textos_claves_ponencias.htm, consultado el 20-07-2007.

PÉREZ VERA, E.: "Informe explicativo del Convenio núm. XVIII de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (2000), suplemento al núm. 1865, pp. 33-88.

PULIDO QUECEDO, M.: "Sustracción de menores y respeto efectivo a la vida familiar ante el TEDH. (Caso Iglesias Gil contra España)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2003), núm. 1, pp. 1847-1850.

PULIDO QUECEDO, M.: "TEDH y legislación sobre secuestro de menores", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2003), núm. 578, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

PULIDO QUECEDO, M.: "La doctrina del TS sobre las leyes de acompañamiento a la luz del principio de seguridad jurídica", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2002), núm. 21, consultada versión electrónica en B.D. *Aranzadi Westlaw*.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007).

SAVE THE CHILDREN: "Menores desaparecidos. Análisis de su situación en España", en <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/104/informe%20menores%20desaparecidos%202003.pdf>, consultado el 22-01-2015.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L., "El secuestro interparental", *La ley* (2014), núm. 8418.

TORRES FERNÁNDEZ, M.: "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos **menores** al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley* (2003), núm. 5857.