



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche



GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

Curso 2020-2021

EL PAPEL DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES DE FAMILIA

Alumna: Estefanía López Macanás

Tutora: Dña. Lerdys Saray Heredia Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho internacional privado

**El papel de la mediación como mecanismo de solución de los
conflictos internacionales de familia.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I: APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN MATRIMONIAL	6
I.1.-Divorcio internacional, separación	7
I.2.-Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura con elementos internacionales.....	10
CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE FAMILIA RESPECTO A LOS HIJOS.....	10
II.1. La sustracción internacional de menores.....	18
II.2. Regulación de la sustracción internacional de menores en España.....	17
II.3. Sustracción entre países que tienen Convenio firmado.....	18
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES.....	20
III.1. La mediación familiar en España:.....	22
III.2. La mediación familiar en la Unión Europea:	25
III.3. Introducción a los Convenios Internacionales sobre sustracción internacional de menores y la mediación en los Convenios de la Haya de 1980 y 1996.....	29
III.4. Breve reseña de la Regulación en España.....	36
III.5. Reglamento Bruselas II bis, Espacio Schengen.....	37
III.6. Comparativa y relación con otros Países.....	42
4. CONCLUSIONES	46
5. BIBLIOGRAFÍA	47
6. WEBGRAFÍA.....	49
7. JURISPRUDENCIA CENDOJ.....	50

ABREVIATURAS

Ap.: Apartado

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

FFCCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Nº: Número

OMCT: Organización Mundial Contra la Tortura

RB II-bis: Reglamento Bruselas II bis

SIM: Sustracción Internacional de Menores

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Resumen: Un conflicto se convierte en internacional cuando, de una manera u otra, afecta a individuos situados en diferentes países. Lo mismo ocurre cuando el conflicto se circunscribe al ámbito familiar y, de alguna forma, tiene implicaciones en varios países; véase como ejemplo, un núcleo familiar en el que los progenitores son de nacionalidades diferentes o, simplemente, viven en distintos países. Examinaremos, en este sentido, el uso de la mediación como medio de resolución de conflictos en el ámbito familiar, principalmente en su relación con los menores, destacando los supuestos de sustracción internacional de estos.

Palabras clave: Mediación internacional, familia, menores, Convenio de la Haya, hijos, matrimonio.

Abstract: A conflict becomes international when, in one way or another, it affects individuals located in different countries. The same occurs when the conflict is confined to the family sphere and, in some way, has implications in several countries; see as an example, a family nucleus in which the parents are from different nationalities or simply live in different countries. We will examine the use of mediation as a dispute resolution mechanism related to the family environment, mainly in relation to the minor, pointing out the cases of their abduction.

Key words: International mediation, family, minors, Hague Convention, children, marriage.

INTRODUCCION

El objetivo del presente trabajo es analizar desde el punto de vista práctico, el papel de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos internaciones en materia de familia, dentro del Derecho Internacional Privado.

Se analizará la Mediación internacional en sede del Derecho Internacional Privado, específicamente en materia familiar, con sus aspectos generales y ciertas particularidades, incluyendo, en este sentido, un supuesto práctico que será analizado.

La finalidad del presente examen es analizar e intentar determinar si la mediación, como vía alternativa de resolución de conflictos, es un cauce alternativo a los Tribunales en aras de solucionar los conflictos descritos. Las partes en conflicto se convierten en las verdaderas protagonistas de su gestión y posible resolución. En la mediación, las partes acuden de forma voluntaria al procedimiento sin que puedan ser obligadas a ello. Esta forma de resolver los conflictos, mediante el dialogo, es aconsejable en aquellas situaciones en las que la relación entre los implicados se vaya a prolongar en el tiempo y se derive en un proceso complejo.

Con tal fin, la estructura del trabajo es la siguiente: una vez sentado el contexto general, que nos explica cómo se aplica la mediación a conflictos internacionales en materia de familia, procederemos a centrarnos en aquellos conflictos que versan sobre los menores, esto es, analizaremos las diferentes casuísticas que, en este sentido, pueden producirse en el ámbito internacional y cómo la mediación puede configurarse como una herramienta muy eficaz para llegar a una solución amistosa al conflicto planteado.

Tras analizar algunas de las problemáticas suscitadas en materia de derecho internacional con respecto a los conflictos de familia y, en concreto, cuando existen menores, nos centraremos en un supuesto determinado: el de la sustracción de menores por parte de uno de los progenitores y que tiene incidencia en el plano internacional. Para ello, propondremos una solución desde esta perspectiva de la mediación de conflictos y cuál es el importante panel que tiene en el caso analizado.

El esquema analítico planteado, enriquecido con valoraciones doctrinales y con resoluciones en materia de mediación familiar, se completa a través de unas conclusiones personales motivadas y soportadas en los argumentos mantenidos durante el desarrollo de los diferentes epígrafes del proyecto que acabamos de desarrollar.

CAPÍTULO I.1: APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIAL DE FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN MATRIMONIAL.

Es interesante comenzar la presente aproximación a los conflictos internacionales en materia de familia, aludiendo a las reflexiones de LORENTE MARTÍNEZ, I.1 “*La Mediación es una materia emergente, actual y de honda trascendencia social y jurídica, y su desarrollo, al igual que el del resto de las denominadas ADR (Alternative Dispute Resolution), responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como apuesta política de la Unión europea*”. A pesar de las diferencias que puedan suscitar en el ámbito internacional privado, en ningún Estado hubo una institucionalización de la mediación hasta el siglo pasado. Es, a nivel internacional, en la Convención de la Haya 1907 sobre solución de controversias donde se reconoce por primera vez la mediación. La insatisfacción y la frustración hacia el sistema formal de justicia ha llevado a exigir respuestas alternativas a la delincuencia y el desorden social, focalizando en la idea de que no todos los conflictos son idénticos. De igual modo, podemos describir un posible modelo de estructuración de la mediación, puede ser una forma de organizar la mediación, y que variará en la práctica de acuerdo con las necesidades de las partes, el enfoque del mediador y el devenir de ambas cuestiones durante la mediación.

Los matrimonios de carácter internacional son aquellos que, por norma general, integra elementos y relaciones privados fuera. Hay que tener en cuenta la norma en cuestión para saber si lo considera internacional. No hay norma de origen supranacional, que se aplique a varios estados. Es una materia sensible sin acuerdo entre estados por la diferencia, ideologías, religiones, historia de países, etc.

Debemos saber qué matrimonios internacionales van a ser válidos y surten efectos en el ordenamiento español. El artículo 9.1. del CC sirve para comprobar la capacidad de los cónyuges o en el momento en que se celebró en el extranjero. Esto origina dos situaciones: tiene en cuenta la capacidad cuando se celebró en el extranjero o en el momento en que se va a celebrar en España, para saber si es válido. Si no tiene capacidad es porque le concurre algún impedimento matrimonial que le dificulta el matrimonio. Se le aplica la ley nacional de cada cónyuge salvo la ley extranjera que atente

¹ Lorente Martínez, I. (2019). *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Madrid: Dykinson.

contra el orden público internacional. Si es así, se aplicaría en su lugar la ley nacional al cónyuge extranjero. Cuando puede atentar contra el orden público internacional: Los impedimentos de esa capacidad se hallan en los artículos 46, 47 y 48 del CC. En cuanto a la competencia judicial internacional, hablamos de situaciones que suponen crisis matrimoniales. Además, cabría señalar que hay normas supranacionales que nos permiten conocer qué tribunales serán competentes en la UE y qué derechos aplicarán europeos competentes.

Por otra parte, como apunta LORENTE MARTINEZ los operadores jurídicos del S. XXI se enfrentan a incesantes retos que derivan de una realidad indiscutible: la internacionalización de la sociedad. Hoy día resulta relativamente fácil desplazarse a lo largo y ancho del globo terráqueo. En la actualidad todo está interconectado y el mundo se encuentra fuertemente globalizado. Resulta muy sencillo traspasar las fronteras y realizar desplazamientos internacionales, gracias, fundamentalmente, a la disminución o eliminación de barreras geográficas y el significativo crecimiento de los avances técnicos y tecnológicos de la revolución digital. Se observa, cada vez con más frecuencia, que existen familias con una vida altamente internacional. Matrimonios o parejas en las que sus miembros poseen distintas nacionalidades y con mucha frecuencia, distintas culturas. Fruto de esas relaciones nacen hijos que también se desplazan con sus padres, viajan, viven en distintos lugares, en los últimos tiempos se ha observado un crecimiento exponencial de casos en los que se producen secuestros internacionales de menores, el operador jurídico debe de estar formado y preparado para aportar soluciones jurídicas a estos casos internacionales y para de este modo, satisfacer el interés superior del menor en el caso concreto.¹

En un mundo globalizado, en el que cada vez más personas viajan o viven fuera de su país de nacionalidad, los matrimonios entre personas de diferentes nacionalidades están a la orden del día.

Desde el punto de vista jurídico, esto supone que el Derecho Internacional Privado deba solventar aquellos conflictos que se susciten dentro del matrimonio. Los casos más comunes son los siguientes:

I.1- Matrimonio y Divorcio internacional y separación.

El tratamiento y la celebración del matrimonio en el Derecho internacional privado establece una diferenciación, en España, entre los matrimonios celebrados ante las autoridades españolas y aquellos celebrados conforme a lo establecido en el Derecho Extranjero, ya que reciben un tratamiento normativo diferente.

En España la AC es el Ministerio de Justicia a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Actúa un abogado del Estado donde inicia el procedimiento solicitando la devolución de ese menor.

En efecto, los matrimonios celebrados en el extranjero tendrán validez en España si, a su vez, fueron válidamente constituidos conforme a la normativa del país en el que se celebraron y que España entiende como competentes.

Haciendo énfasis en la idea del auge los matrimonios internacionales, hay que señalar que, la configuración de la institución del matrimonio ha variado en los últimos años por diversas razones (matrimonio entre extranjeros, matrimonio entre personas del mismo sexo...), haciendo que, en la actualidad, se trate desde el prisma del reconocimiento.

Para que un matrimonio sea válido tienen que concurrir unos requisitos. Uno de ellos es la capacidad matrimonial. Hay muchos problemas para saber la Ley que rige, sobre todo problemas de calificación, como, por ejemplo: el contrato matrimonial islámico. Sobre esto se plantean dudas de aplicación, por una parte, la *lex fori* que es una teoría muy sencilla y cómoda, y por otra la ley nacional de los sujetos (art. 9.1 Cc). Este principio de conexión de la nacionalidad es muy útil, sobre todo en los matrimonios claudicantes ya que se evitan éstos y el fraude de ley. Esto es porque el matrimonio claudicante es válido en el país en que se celebre, pero no en lo demás. Mucha gente viajaba a otros países para que se le aplicase la *lex fori* y así poder casarse ya que en su país de origen no se podía casar. Por consiguiente, al aplicar la Ley nacional no se les puede casar en ningún país. Cuando se trate de leyes personales, nacionales que contravengan el ordenamiento jurídico español esa ley no se podrá aplicar (excepción del orden público). En este caso se sustituirá esa Ley personal del contrayente por la Ley nacional española.

Estas modificaciones están también presentes en el ámbito de la Unión Europea, de modo que el Tribunal de Luxemburgo hace alusión a la articulación de la “efi-

cacia” de los matrimonios celebrados en un estado miembro por parte de otro estado del que proceda uno de los cónyuges; la eficacia es, en este sentido, de gran importancia si la mencionada eficacia es precisa para que al cónyuge se le conceda una nacionalidad diferente a la propia.

En España, por lo que a la separación de cónyuges de diferente nacionalidad se refiere, entra en juego el art. 107.1 Código Civil, (en adelante CC): “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.” El conflicto es una realidad latente en todos los países y tiene un alcance internacional e interpersonal. En relación con el ámbito de la Unión Europea, en palabras del Profesor FONT I SEGURA, “la unificación comunitaria de normas de Derecho Internacional Privado aparece en la actualidad como un resorte especialmente útil que permite guardar la cohesión sin renunciar a la diversidad”. 2

Si bien es cierto que no se ha pautado un reconocimiento uniforme para la “entrada en el matrimonio”, sí se ha hecho, en cambio para su salida. Su desarrollo se basa en el “Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre”. Éste “origina con una fuerza explosiva, el alumbramiento de un extenso cúmulo de situaciones y relaciones precisadas de regulación y de certeza jurídica; en el ámbito de la capacidad –no solo nupcial, sino general– de los cónyuges divorciados, del destino de los bienes que les pertenecieron en común durante el matrimonio, de los derechos y obligaciones nuevos surgidos entre ellos por obra de la disolución matrimonial, de las relaciones paterno filiales, del nombre y apellidos, *et sic coeteris*, situaciones y relaciones que tienen que encontrar su asiento, o bien en la “*lex divorcii*”, o bien en otra distinta”³.

Por su parte, la Comisión Europea ha decidido renovar la regulación en la materia por medio del “Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental”. La mencionada norma atribuye “la competencia general en asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges”.

2 Font i Segura, A. (2007). *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela. Pág. 212.

En resumen y a la vista que, en sucesivos epígrafes se analizará la regulación de Derecho Internacional Privado, nos limitamos ahora a establecer los instrumentos normativos aplicables para España cuando se dicta una separación de divorcio en un país extranjero:

- 1) El Reglamento Bruselas II bis.
- 2) Los Convenios internacionales firmados por España sobre la materia.
- 3) La normativa de producción interna española.

No se va a entrar aquí a valorar los diferentes foros que establece el Reglamento Bruselas II bis en aras de establecer el Tribunal competente en materia de divorcio, ya que el propósito del presente trabajo es establecer la viabilidad de la mediación familiar como alternativa para la resolución de estos conflictos.

I.2.-Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura con elementos internacionales.

La proliferación de matrimonios entre cónyuges que no comparten nacionalidad es bastante frecuente. Como contrapartida, también son frecuentes los divorcios y, cada vez más, el establecimiento de pactos prematrimoniales.

El régimen pactado (capitulaciones matrimoniales) son aquellos negocios jurídicos de derecho de familia en que los otorgantes pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón de este (art. 1325 CC). El supuesto del art. 9.3 CC atiende únicamente al régimen económico matrimonial pactado, es decir, a las capitulaciones matrimoniales dejando los demás a un margen. Haciendo referencia al ya mencionado Art. 9.3 CC: “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.” El estudio del régimen pactado en el Derecho Internacional Privado ha de realizarse en torno a los problemas similares a los que se plantean en cualquier contrato (referencia a las obligaciones contractuales) con independencia de la capacidad para otorgarlas.

En este sentido, “los acuerdos prematrimoniales no son pactos fáciles desde una perspectiva jurídica. En primer lugar, una de las incertidumbres que se plantean es acerca de su naturaleza: ¿es un mero contrato civil o tiene naturaleza especial? A esto se le une que, salvo en determinados ordenamientos forales, como el catalán, no está expresamente regulado en el ordenamiento jurídico español. Pero, quizás, estas cuestiones enunciadas no son tan problemáticas como hasta dónde podría llegar la autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, el pacto sobre el reparto de bienes, la renuncia a la pensión compensatoria o incluso a la pensión de alimentos por uno de los cónyuges son cuestiones que han sido estudiadas por la doctrina y también por la jurisprudencia, para llegar a la conclusión de que los cónyuges tienen reconocida una amplia autonomía de la voluntad para pactar lo que consideren oportuno”. Todo lo anterior, se magnifica si tenemos en cuenta que el matrimonio puede adquirir una dimensión internacional.

Por otro lado, la LOPJ copió el Reglamento de Bruselas II, por tanto, los foros son los mismos que en Bruselas II. Tanto en RBII como en LOPJ se establece un sistema de foros alternativos (podrá conocer de la demanda cualquiera de ellos); en particular en el RBII nos encontramos con 7 foros que nos indican cual es el tribunal competente en estos supuestos (art. 3 RBII); todo están basados en la residencia habitual o nacionalidad de las partes.

Como se ha anticipado en líneas anteriores, lo fundamental es establecer si la mediación familiar tiene cabida en conflictos de este tipo, de modo que nos hemos limitado aquí a realizar una breve introducción a la problemática de las capitulaciones matrimoniales cuando afectan al ámbito internacional.

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE FAMILIA RESPECTO A LOS HIJOS.

La mayor parte de las disputas que surgen en sede familiar son las relativas a los hijos, principalmente en el momento de la separación o divorcio de la pareja, así como las que surgen a raíz de su custodia.

El conflicto consustancial al ser humano nos ha acompañado siempre, de forma habitual y a lo largo del tiempo hemos resuelto nuestras disputas mediante el uso de la fuerza, siendo la guerra la máxima expresión. De una forma más civilizada, aparecen los juzgados y tribunales, en los que un tercero imparte justicia entre las partes, a través de una resolución o sentencia: es la forma más conocida y que nos enseñan en las universidades de España para abordar los conflictos. Pero al igual que ocurre con el uso de la fuerza, estos métodos son útiles para llegar a una solución del problema y se acaba definitivamente con el conflicto, aunque en ocasiones lejos de acabar con el conflicto, lo agravan.

La Mediación recientemente está siendo una de las formas más novedosas de solución de conflictos, problemas y disputas. En el año 1996 surge la Ley de la Mediación en nuestro país. Ello ha facilitado la resolución de conflictos y ha llevado al acuerdo mutuo de las partes. En la actualidad se trabajan otros casos como los relacionados con el maltrato doméstico o las relaciones interpersonales. La mayoría de los casos vienen de familia, como: alimentos, cuidado parental, régimen de visitas, donde las dos partes no sólo desean cumplir con la finalidad de satisfacer las necesidades, sino que es tarea del mediador llegar a una solución exitosa en la cual lleguen a un acuerdo consensuado, cuyo fin último es velar por la protección de los derechos de los menores y discapacitados, ya que los hijos constituyen un vínculo fuerte que los une de por vida.

Según FAUBER (recogida por el psicólogo *Miguel Clemente*, autor de la obra “Fundamentos de la Psicología Jurídica) y otros profesionales de prestigio internacional, crearon un modelo de mediación de conflictos matrimoniales, y en el que se distinguió la conducta de los padres con los hijos de tres formas diferentes: en primer lugar; se hace ver que los conflictos parentales pueden desembocar en una disminución de la disciplina de los hijos, la cual puede provocar conductas antisociales de los menores o discapacitados, el segundo caso versa sobre el descuido o rechazo de los descendientes en

las confrontaciones que tengan sus progenitores, y en tercer y último lugar: los resultados de los dos puntos anteriores pueden terminar produciendo a sus hijos síntomas o trastornos, como la ansiedad o la depresión.

En la práctica, existen numerosos recursos normativos en pro de la salvaguardia de los menores. Cabe mencionar el art.12 del “Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, el cual establece lo siguiente:

- 1) “Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.
- 2) “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”³.

En concreto, la inclusión del menor en el proceso “les ofrece la oportunidad de hablar sobre su situación en un entorno seguro y apto para menores y a expresar sus opiniones y sentimientos, preocupaciones y problemas sin que se les pida tomar parte o tomar decisiones”⁴.

En Europa, existen una amplia variedad de convenios que persiguen la protección de los menores:

La ya mencionada “Convención sobre los Derechos del Niño” firmada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989”⁵, como máximo exponente internacional en relación con la protección de los ni-

³ *En sede de mediación familiar, como a continuación se desarrollará, estas normas aseguran que, si tanto los progenitores como el mediador estiman que el menor tiene la suficiente madurez o las circunstancias son propicias para ello, éste puede aportar su opinión en relación con el conflicto objeto de la Mediación.*

⁴ *Código Deontológico de la “International Family Mediation”. Pág. Web Mediación para el Acuerdo (UNAF).*

⁵ *A ésta, fueron anexados con posterioridad “tres protocolos facultativos supervisados por el Comité de los Derechos del Niño”.*

ños y que establece como principio rector el del “interés superior del niño” en su principio n. 7.

- La propia Constitución Española (en adelante CE) establece en su art. 39.4 que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

- Siguiendo con la normativa española, la “LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia” proclama en su última redacción del art. 2 que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. Prosigue estableciendo que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Volviendo, por tanto, a reproducir el “interés superior del menor” que ya propugnaba la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

En este sentido y, aunque en el artículo se referencia a los Tribunales u órganos legislativos, entendemos que “el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado” y “la intervención en el mismo de profesionales cualificados o expertos” aplica igualmente a un procedimiento de mediación familiar (tal y como se describirá en sucesivos epígrafes).

En España, derivado de la regulación mencionada, “el interés superior del menor” deja de ser en nuestro ordenamiento un concepto jurídico indeterminado y pasa a tener una triple dimensión:

1. Como Derecho sustantivo.
2. Como principio jurídico interpretativo fundamental.
3. Como norma de procedimiento”⁶.

⁶ *García, N. (2017). ¿Conocemos bien el marco jurídico que arroja el interés del menor? Sepín Familia.*

- Fiel reflejo del principio del “interés superior del niño”, al que venimos aludiendo, es el contenido de la “Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial”.

Para la temática objeto del presente proyecto, resulta de interés el párrafo 67 de la presente Observación General, el cual manifiesta (si bien, aplicado de nuevo a las resoluciones judiciales) que “el Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”.

Aparte de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, existen otras normativas o recomendaciones a nivel europeo que deben ser tenidas en cuenta en pro de una correcta protección del menor en un proceso de mediación familiar.

Como hemos manifestado el “interés superior del menor” es una constante en la regulación tanto nacional como internacional, al igual que en abundante jurisprudencia⁷.

Por lo que al “interés superior del menor” se refiere, existe quizás falta de determinación de la figura en términos jurídicos, en palabras de DÍAZ MARTÍNEZ, A⁸. “más controvertida resulta, sin embargo, a mi juicio, la aplicación del criterio del interés superior del menor, entendido estrictamente como protección de su estabilidad en un determinado hábitat o medio vital, para solucionar los conflictos derivados del incumplimiento de las medidas judicialmente acordadas, cuando ello impide completamente las relaciones del menor con uno de los progenitores, desde luego dignas de protección

⁷ Véase como ejemplo la STS de 21 febrero de 2011: “la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. (...) Y destaca que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS 31 julio 2009)”.

⁸ Díaz Martínez, A. (2013). *La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional*. Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, ISSN 2174-1840, Vol. 2, N.º. 1 (abril), 2013.

no sólo desde la perspectiva del padre o la madre, sino principalmente desde la del propio menor. Quizá debiera ponerse más énfasis en la valoración del interés del menor ante los primeros incumplimientos de uno de los progenitores y no realizar únicamente ex post la valoración de tal interés, centrándolo entonces tan solo en no alterar su alteración al medio”.

De esta forma, “es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que, para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego”.⁹

II.1 LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La sustracción de menores por parte de uno de los progenitores no es un hecho aislado. Por ejemplo, en el año 2016 se sustrajeron en España alrededor de 300 menores; de ellos, el 90% de los casos se produjo tras el divorcio de los progenitores que son de dos nacionalidades diferentes¹⁰.

⁹ Yeomans Maldonado, D. (s.f.). Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio de 25 de octubre de 1980. *Revista Perspectiva Jurídica* n.12.

¹⁰ <https://cronicaglobal.elespanol.com/> El 90% de los casos se da tras el divorcio de parejas cuyos miembros son de distinta nacionalidad.

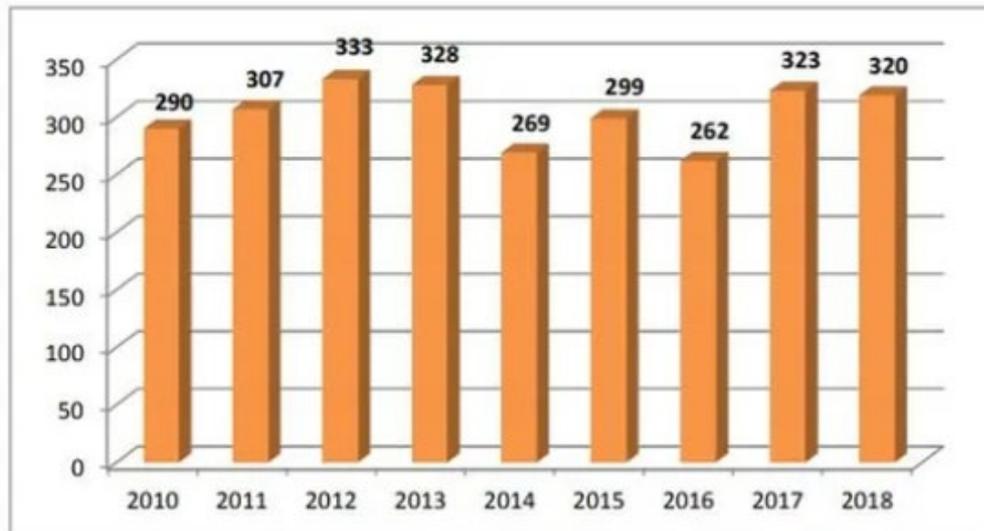


Ilustración 2- Número de sustracciones internacionales de menores. Años 2010-2018. Fuente: Niusdiario.

En España la AC es el Ministerio de Justicia a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Actúa un abogado del Estado donde inicia el procedimiento solicitando la devolución de ese menor.

El Ministerio de Justicia, en su página web oficial, define la sustracción internacional de menores de la forma que sigue: “Se entiende por sustracción internacional de menores aquella situación en la cual, uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin el consentimiento del otro progenitor (el progenitor privado del menor) sin autorización judicial, traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo”¹¹.

Por su parte, el ya mencionado Reglamento de Bruselas II bis, define esta sustracción en su art. 2.11 como “Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o

¹¹ www.mjusticia.gob.es *Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya.*

retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.”

En parecido sentido, se pronuncia la Circular 6/2015 de la Fiscalía, “sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”: “La sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”.

En el próximo capítulo analizaremos nuevamente la posibilidad de someter a mediación aquellos casos familiares en los que el menor se vea directamente afectado, haciendo especial énfasis en los casos de sustracción internacional de menores.

II.2. Regulación de la sustracción internacional de menores en España

La sustracción se resuelve hoy en día principalmente a través de la cooperación entre las autoridades de numerosos países del mundo que se plasma en la forma de Convenios internacionales y, desde el 1 de marzo de 2005 en el ámbito de los Estados comunitarios a través de un sistema desarrollado en el nuevo Reglamento de familia 2201/2003 que pretende implantar un sistema expeditivo, tanto de devolución de los menores indebidamente sustraídos, como de garantía de los derechos de visita transfronterizos.

El art. 255 bis del Código Penal español tipifica el siguiente ilícito: “El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

Como se ha reiterado, el bien jurídico aquí protegido es el “interés superior del menor”.

En caso de traslado ilícito, la sustracción comienza con el primer acto que constituye una vulneración del derecho de custodia. En caso de retención, la sustracción se inicia cuando se supera el período de tiempo durante el que el sustractor tenía asignado al menor. Por ejemplo; si nos fijamos en Estados Unidos, por regla general, en muchos de los casos, se aplica una acción directa de retorno a Estados Unidos; y si, por ejemplo, se trata de menos de un año desde la sustracción sería de aplicación automática, si el padre lo hubiera instado pasado el año, tendría que presentar carga probatoria. Sin embargo, existen unas reglas excepcionales por las cuales ese retorno no lo efectúe al país de residencia habitual, entre otros, cuando pueda existir un grave riesgo de daños físico o psíquico o de situación intolerable para el menor (art. 13.b). Pero ello, en parte, depende de la evaluación de la situación con respecto a la posible violencia del padre, podría no lograrse el retorno de los menores si se observa que puede ponerse en riesgo su integridad física o psíquica. En el caso de no observarse esta situación, podría producirse el retorno.

Por otra parte, también se suscitan problemas en el ámbito internacional relacionados con la obligación alimenticia cuando bien el deudor, o bien el acreedor, residen en el extranjero.

Ya, desde mediados del siglo pasado la cooperación internacional, particularmente la desarrollada en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr, se materializó en distintos convenios que, de forma sucesiva, han regulado la obligación internacional de alimentos abordando, entre otras, las cuestiones relacionadas con la designación del Derecho aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones:

-El Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que sustituye al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores.

El Tribunal comprueba que se cumplen los criterios en el Convenio definidos y, como conclusión, apela de nuevo al mencionado principio del interés superior del menor, comprobando en este caso, el tiempo transcurrido desde la sustracción, el arraigo de la menor en el país de destino y, si en caso de volver a su país de origen, sería fácil su integración.

II.3. Sustracción entre países que tienen Convenio firmado.

Empezamos por el Convenio de la Haya de 1980 que versa sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Es el Convenio más importante y forman parte de este más de 60 Estados. España lo ratificó en el año 1987. Se refiere a los supuestos de sustracción –ya definidos anteriormente- de menores de 16 años (art. 4) que se produzcan entre Estados miembros y en los que se atraviesen fronteras (Art. 1).

Es un Convenio que funciona, esencialmente, aunque no exclusivamente, a través de Autoridades Centrales que deben colaborar entre sí para conseguir la devolución inmediata de los menores indebidamente sustraídos.

Como agravante, se introduce el apartado tercero del mencionado artículo, de forma que “cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior”.

La pena es agravada en estos supuestos, por la mayor complejidad que supone el caso, en la medida que se requiere la coordinación de autoridades de diferentes países para devolver al menor al país de su residencia habitual, junto con el mayor daño que se le puede provocar al desvincularlo de su entorno familiar y, principalmente, del progenitor al que se le ha concedido su custodia.

Debemos tener en cuenta que la mediación no es una alternativa a la pena, ni una forma de evitar la prisión, aunque puede al final tener ese efecto. Es una alternativa para resolver el conflicto y que persigue los mismos fines que el procedimiento judicial y más humanos.

En principio, ningún tipo de delito queda descartado de la mediación salvo los que den lugar a situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad (como es el caso de los abusos sexuales a menores por requerir mayores garantías). Pero ni todos los delitos que son graves deben quedar excluidos, ni todas las faltas son idóneas para un proceso de mediación. Verdaderamente deberían ser remitidos a mediación penal solamente aquellos casos en que este proceso de mediación pueda aportar un modo de resolver el conflicto más estable y profundo, es decir, un efecto pacificador entre víctima e infractor.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

El Juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor). El certificado se redactará en la lengua de la resolución”.

Sin embargo, lo más acertado es entrar a analizar cada caso en concreto y ver si la mediación podría servir para resolver el conflicto de forma constructiva para ambas partes y, por ende, para la sociedad en general. Cada caso es una historia de vida diferente, tenemos que ser flexibles, ante todo, y eso no significa renunciar al principio de igualdad, sino ser conscientes de qué tipo de personas están enfrentadas en cada conflicto y de qué nacionalidades y aplicar a cada caso según sus necesidades.

<https://www.hcch.net/es/about> [Traducción preparada por los Profesores Borrás y González Campos - "Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007), coordinación y estudio preliminar de Alegría Borrás y Julio D. González Campos, 2ª edición, Madrid (Editorial Marcial Pons), 2008" - y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.]

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES.

En palabras de la “*International Family Mediation*”, la mediación familiar internacional puede definirse como el “*proceso estructurado en el transcurso del cual un mediador imparcial permite a los miembros de una familia en crisis, generalmente los progenitores, hablar de manera constructiva del conflicto. El objetivo es facilitar la comunicación y el intercambio para resolver el conflicto y discutir cómo van a cuidar a sus hijos en el futuro para encontrar soluciones que convengan a todos los miembros de la familia afectados por el conflicto*”.

La mediación es internacional cuando escapa del ámbito de aplicación de un solo país. El ejemplo más característico en esta materia es un matrimonio con hijos que se separa y, en el que uno de sus miembros se va a vivir a otro país.

Uno de los principales beneficios que se obtienen a través de la mediación internacional es la flexibilidad, pudiendo adaptarse a cada situación y a los individuos que en ella intervienen. Ahora bien, se debe tener presente que ésta no se configura como un sustituto del sistema judicial, sino que se establece como un complemento legal al que las partes deciden someterse para poder alcanzar un consenso común.

La mencionada flexibilidad de la mediación radica, principalmente, en que no se decide en favor de una de las partes, sino que, en cambio, se intenta llegar a un acuerdo consensuando los diferentes puntos de vista y, al darse en el ámbito internacional, teniendo presentes algunos rasgos característicos de los diferentes países y nacionalidades, como puedan ser la cultura o la ideología/prácticas religiosas.

Debemos tener presente que la mediación en materia de familia ha tenido que ir acomodándose a una realidad en movimiento. Es innegable que el modelo tradicional de familia ha cambiado: la mujer es independiente y trabaja fuera de casa, se tienen menos hijos y, por supuesto, existe el divorcio, fuente de muchas de las disputas en este ámbito¹².

Ilustración 8- Estimación del nº de mediaciones en los países europeos (anual). Fuente: 'Rebooting' the mediation directive.

¹² Puede completarse la información, en este sentido, por medio de la obra de Marín García de Leonardo, M. T. (2013). *Derecho de Familia. Crisis Económica y Mediación*, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Economist & Jurist*.

Number of mediations	Countries	Nr. of countries	% of countries
More than 10 000	Germany, Italy, Netherlands, UK	4	14%
Between 5 000 and 10 000	Hungary, Poland	2	7%
Between 2 000 and 5 000	Belgium, France, Slovenia	3	11%
Between 500 and 2 000	Austria, Denmark, Ireland, Romania Slovakia, Spain	6	21%
Less than 500	Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Rep., Estonia, Finland, Greece, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Portugal Sweden	13	46%

La “autonomía de la voluntad de las partes” adquiere en este tipo de conflictos plena virtualidad, pudiendo las partes involucradas en las contiendas familiares acudir al modelo de resolución de conflictos que mejor les convenga o directamente a la vía judicial. Es, en este punto, en el que la mediación ofrece una flexibilidad y naturalidad que los Tribunales no pueden garantizar.

En la gráfica anterior se puede visualizar el número de mediaciones en los países de la UE, con índice anual.

En concreto, para los problemas que se plantean entre parejas y que se han venido analizando a lo largo del presente trabajo, la mediación se configura como un medio eficaz, no porque suponga una especie de “terapia”, sino porque ayuda a ambos miembros a un acercamiento y a una reorganización aceptable por las partes del esquema familiar.

Aquí no se trata, como en el caso de los Tribunales, de ganar o perder, se trata de llegar a un consenso en pro del interés común y, sobre todo, en los casos en los que hay hijos, en aras del bienestar de éstos.

El “Código Deontológico relativo a los procesos de mediación familiar internacional”¹³ establece un listado de diez principios que deben regir la citada figura de la “mediación familiar internacional”:

1. “Participación voluntaria”,

¹³ Promovido por la “International Family Mediation”: “El grupo de trabajo internacional de mediadores nombrados al final de este Código Deontológico lo suscribió tras haber alcanzado un consenso sobre los principios fundamentales a emplear en procesos de mediación familiar internacional”. Family Mediators. Bélgica. Red de MFI.

2. “Pertinencia de la mediación”,
3. “Toma de decisiones por los participantes”,
4. “Acceso a asesoramiento jurídico independiente para cada participante”,
5. “Confidencialidad”,
6. “Independencia”,
7. “Imparcialidad”,
8. “Consideración de los derechos e intereses de los niños”, (punto que será importante en sede de desarrollar los futuros epígrafes).
9. “Cualificaciones de los mediadores familiares internacionales”,
10. “Conciencia y sensibilidad cultural de los mediadores”.

III.1. La mediación familiar en España.

La mediación familiar en España tiene poco recorrido temporal, fundamentalmente, por una circunstancia a la que ya hemos apuntado, a que la separación y el divorcio no fueron legales en nuestro país hasta el año 1981¹⁴.

Los objetivos que se persigue son tales, como: ofertar un contexto adecuado para negociar, evitando enfrentamientos inútiles, fomentar la participación, prevenir los incumplimientos, u otros como promover la coparentalidad.

Las primeras experiencias en materia de mediación familiar no llegan, en cambio, hasta los años noventa. Cabe destacar el “Servicio de Mediación Familiar” de Madrid promovido por la “Unión de Asociaciones Familiares”, el “Programa de Mediación en Ruptura de Pareja”, que no se desarrollaría hasta el año 1999 o el “Servicio de Me-

¹⁴ BOE-A-1981-16216 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil.

diación Familiar de la Unión de Asociaciones Familiares” con la subvención del “Ministerio de Asuntos Sociales”.

Por otro lado, en el seno de la Unión Europea (en adelante UE), es la “Tercera Conferencia Europea sobre Derecho de la Familia” (1995) la que emite una recomendación para revisar la institución de la “Mediación familiar”.

No es, en cambio, hasta la siguiente Conferencia Europea en la materia cuando la recomendación deja de serlo y se configura un instrumento internacional basado en una serie de principios básicos que regulan la mediación.

En la consecución de esta finalidad, es el “Comité de Expertos en Derecho de Familia” que, bajo el abanico del “Comité Europeo de Cooperación Jurídica”, configura un grupo de trabajo ad hoc para que presentase un proyecto en la materia. El mencionado texto es conocido como “Recomendación nº R (98) 1 del Comité de ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar”¹⁵.

En la citada Recomendación se ponen de manifiesto los siguientes beneficios de la mediación familiar: “mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducir los conflictos entre las partes en litigio, dar lugar a acuerdos amigables, garantizar el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y los hijos y reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y los Estados y reducir el tiempo necesario para reglamentar los conflictos”.

En términos legislativos, el hito más importante es la entrada en vigor de la “Ley 5/2012, de 6 de julio, Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”¹⁶, la cual comprende la figura de la Mediación familiar, ya que deja un margen muy amplio al desarrollo de la mediación y a los ámbitos a los que ésta se aplica. Lo cierto es que la ley no hace mención expresa a la “mediación familiar”, pero vincula la mediación con los derechos subjetivos de las personas, con lo que puede interpretarse que quepa su inclusión.

¹⁵ Dentro de la Recomendación se dota de plena virtualidad a la figura de la separación y del divorcio.

¹⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242 (19 págs.)

Por su parte, la mediación también ha sido definida en la “Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”.

Si nos atenemos a lo que dice el *Centro de Mediación de Murcia*, se están implementando diversas iniciativas para difundir la mediación, y va a necesitar la colaboración de las Comunidades Autónomas, pero el proceso va muy lento todavía y no avanza tan rápido como en otros países miembros de la UE. Como señala PASCUAL ORTUÑO, MAGISTRADO: “*se desincentiva la derivación a la mediación*”.

Siguiendo la línea de lo expuesto por el *Centro de Mediación de Murcia*, conviene resaltar que la Mediación en España puede resultar un método indispensable porque responde a conflictos internacionales que se suscitan cada vez más en España.

Cada vez más son los profesionales de la mediación en España los que buscan nuevos enfoques para la mediación. Para ello, se debe utilizar buenos métodos para definir cómo es ese conflicto, resultando la comunicación disruptiva.

Según la *Notaria TRESQUERRES en Madrid*: En España no existe el concepto legal nacional de la unión registrada. Aunque se firmó por España el Convenio de Munich en el ámbito CIEC, no está en vigor, por lo que no existe normativa nacional sobre el registro de parejas de hecho.

Con la llegada del programa “Mediación en ruptura de pareja” esto ha hecho que traer a familias juntas y ello ha sido posible a través de sesiones preparatorias, donde se han tratado temas emocionales con el fin de llevar sus propias negociaciones en presencia del mediador/a. En los pasados años se está observando un auge de otros programas de mediación en el ámbito de la educación: en muchos colegios, como en L’Álfás, institutos y universidades. Han experimentado un cambio y un gran avance gracias a actividades de información, formación, sensibilización y/o asesoramiento.

En España aún queda mucho recorrido por hacer y hay que elegir ver el conflicto como una oportunidad. Muchas veces tenemos una negatividad absoluta para intentar solucionar un conflicto que realmente podría tener una solución recurriendo a la mediación. Es cuestión de abogados y de la ciudadanía de acercar la mediación a la ciudadanía.

nía, puesto que de ella podemos crecer, avanzar, aprender. Al final lo que conseguimos es: ganadores contra vencidos.

III.2 La Mediación Familiar en la Unión Europea:

En el seno de la Unión Europea (en adelante UE), es la “Tercera Conferencia Europea sobre Derecho de la Familia” (1995) la que emite una recomendación para revisar la institución de la “Mediación familiar”.¹⁷

No es, en cambio, hasta la siguiente Conferencia Europea en la materia cuando la recomendación deja de serlo y se configura un instrumento internacional basado en una serie de principios básicos que regulan la mediación.

En la consecución de esta finalidad, es el “Comité de Expertos en Derecho de Familia” que, bajo el abanico del “Comité Europeo de Cooperación Jurídica”, configura un grupo de trabajo ad hoc para que se presente un proyecto en la materia. El mencionado texto es conocido como “Recomendación nº R (98) 1 del Comité de ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar”¹⁸.

En la citada Recomendación se ponen de manifiesto los siguientes beneficios de la mediación familiar: “mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducir los conflictos entre las partes en litigio, dar lugar a acuerdos amigables, garantizar el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y los hijos y reducir los costes

¹⁷ www.coleurope.eu/european.e.justice *La Unión Europea promueve activamente los métodos de resolución de disputas alternativas ("ADR"), como la mediación. La directiva de mediación se aplica en todos los países de la UE. La directiva se refiere a la mediación en asuntos civiles y comerciales.*

¹⁸ *Dentro de la Recomendación se dota de plena virtualidad a la figura de la separación y del divorcio.*

<https://www.mediandoconflictos.es/la-mediacion-en-espana/> “la doctrina es unánime en establecer los siguientes principios como esenciales para llevar a cabo la mediación familiar: “voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad”.

<https://www.notariatresguerres.es/parejas-internacionales-un-ano-sin-normas-en-espana/> Ahora que las fronteras se abren lentamente después de que algunos países reduzcan o eliminen las restricciones por COVID-19, es probable que, una vez más, se disparen los casos de secuestro o retención ilegales.

<https://www.castillalamancha.es/gobierno/bienestarsocial/estructura/dgsfmpsv/actuaciones/mediaci%C3%B3n-orientaci%C3%B3n-e-intervenci%C3%B3n-familiar-0> DG Infancia y Familia, Mediación, Orientación e Intervención Familiar.

económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y los Estados y reducir el tiempo necesario para reglamentar los conflictos”.

Como ya hizo mención DR. FELIX STEFFEK LLM (*Cambridge*), en junio 2012 cuando analizó la mediación en la Unión Europea: destacó que la mediación es flexible en cuanto a tiempo y procedimiento, y lleva como fin el de llegar a un acuerdo en aras a garantizar la adecuada protección del menor y menciona la directiva de Mediación que data del 21 de mayo de 2008 y ha estado en vigor desde el 13 de junio de 2008.

La Carta Social Europea reconoce que los Estados miembros tienen diferentes tradiciones y sistemas y, por lo tanto, la implementación toma diferentes formas en los países.

En Bélgica llevan trabajando el campo de la mediación desde 1986.

En Francia se ha estado practicando durante muchos años, pero se ha regido por la ley de 1995.

Austria ya estableció normas de Derecho de Familia en 1999, y en 2004 promulgó la primerísima Ley de Mediación en Europa, la Zivilrechts-Mediations-Gesetz.

En Alemania no ha tenido mucho éxito estos pasados años. Aún así, de acuerdo con la página web alemana “*statista*”, se realizó una encuesta reciente, en 2020 y alrededor del 52 por ciento de los encuestados opinó que la mediación podría resolver muchas disputas.

En otros países como es Italia, desde la Directiva europea de 2008 sobre mediación transfronteriza, los legisladores italianos introdujeron la mediación previa al juicio obligatoria en una variedad de casos civiles y comerciales. Al ser obligatoria antes de iniciar un proceso judicial, ha tenido como resultado que se acuda a la mediación seis veces más que en el resto de Europa.

III.3. Introducción a los Convenios internacionales sobre Sustracción Internacional de Menores y la Mediación en los Convenios de La Haya de 1980 y 1996

En muchas ocasiones ocurre que se producen secuestros por parte del progenitor que está a cargo del cuidado del menor, normalmente porque se trasladan al Estado de su nacionalidad; y se ha visto en muchas ocasiones que esto después del traslado ilícito hay una orden de retorno, y después de ésta un nuevo traslado, esta vez lícito, al mismo Estado anterior. Es por ello por lo que, alcanzar un acuerdo ab initio puede ayudar a evitar este triple desplazamiento, al que se anuda casi siempre un entrañable perjuicio para el menor.

Ya más en relación con la temática que abarcaremos en sucesivos epígrafes, pero sin querer perder aquí el hilo regulatorio, hemos de establecer que las dos Convenciones reconocen la protección de los niños y sus intereses superiores en pro de poder llegar a resoluciones amistosas en los conflictos que les puedan afectar.

Haciendo énfasis con un tema del que hemos hablado anteriormente, es de suma importancia destacar, que caben resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias con respecto a menores.

-Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro de alimentos en el extranjero firmado por la UE el 6 de abril de 2011 (Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011), que proyecta su regulación no sólo en el ámbito de la eficacia de las decisiones extranjeras sino también en el de la cooperación de autoridades; y su Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007. Estos implicarán, sin duda, importantes cambios en el régimen jurídico de las obligaciones internacionales de alimentos.

-El Convenio de Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero hecho en Nueva York el 20 junio de 1956 (CNY 1956-alimentos).

*<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/167532/umfrage/meinung-zu-den-erfolgsaussichten-von-mediation-in-deutschland/>*opinión de los encuestados a las perspectivas de media-

ción. Alrededor del 52 por ciento de los encuestados opinaban que la mediación podía abrir muchos debates.

A la cooperación internacional de carácter multilateral se añade la desarrollada por España con otros países, dando lugar a la elaboración de un elevado número de convenios bilaterales que bien específicamente, bien con carácter general, abordan todos o algunos de los aspectos más problemáticos de la obligación internacional de alimentos:

-Convenio específico: el Convenio entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987.

- Convenios bilaterales, generales, que incluyen alimentos en su ámbito de aplicación. La mayoría de los convenios bilaterales adoptados en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeros y/o la cooperación judicial internacional incluyen en su ámbito de aplicación las obligaciones de alimentos [entre ellos, los celebrados con Suiza (1896), Colombia (1908), Gran Bretaña (1929), Francia (1969), Italia (1973), Alemania (1983), Austria (1984), Checoslovaquia (1987), Israel (1989), China (1992), Bulgaria (1993), URSS (1990), Marruecos (1997), Rumania (1997), Portugal (1997), Tailandia (1998), El Salvador (2000), Túnez (2001), República Dominicana (2003), Argelia (2005), Mauritania (2006)].

-Convenios bilaterales, generales, que excluyen alimentos de su ámbito de aplicación: el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia de civil y mercantil celebrado entre España y Méjico, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989, conforme a su art. 3.2, letra c); y el Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989. En el convenio con Brasil si bien se excluye de su ámbito de aplicación el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores: así se recoge en el art.16.2, letra b, y en él se incluye la determinación de la competencia judicial internacional en litigios que tienen por objeto obligaciones pecuniarias en materia de derecho de familia (art.17.4), así como el reconocimiento y ejecución de decisiones sobre estas obligacio-

nes pecuniarias que sean consecuencia de decisiones sobre el estado y capacidad de las personas y derecho de familia excluyéndose, únicamente, las sentencias constitutivas o declarativas del estado y capacidad de las personas y derecho de familia.

Para completar la pluralidad normativa, debemos tener en cuenta que, en los últimos años, prolifera la utilización de vías alternativas a la judicial. A este contexto responde 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 mercantiles, referida únicamente a los procedimientos de mediación en los litigios transfronterizos, y cuya virtud reside en establecer normas referentes a las interacciones entre la mediación y los procedimientos judiciales civiles, teniendo como principal objetivo fomentar el recurso a la mediación para resolver litigios civiles y mercantiles con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia. A ello contribuirán, junto a las disposiciones comunitarias y estatales, las medidas convencionales, como las adoptadas en el CH 2007-alimentos que en su art. 6.2, letra d) entre las funciones específicas de las Autoridades Centrales señala la de “promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos”.

Hague Convention Countries and Effective Dates*			
Argentina	6/1/91	Luxembourg	7/1/88
Australia	7/1/88	Former Yugoslav	
Austria	10/1/88	Republic of Macedonia	12/1/91
Bahamas	1/1/94	Mauritius	10/1/93
Belgium	5/1/99	Mexico	10/1/91
Belize	11/1/89	Monaco	6/1/93
Bosnia-Herzegovina	12/1/91	Netherlands	9/1/90
Burkina Faso	11/1/92	New Zealand	10/1/91
Canada	7/1/88	Norway	4/1/89
Chile	7/1/94	Panama	6/1/94
China:		Poland	11/1/92
Hong Kong Admin. Region	9/1/97	Portugal	7/1/88
Macau	3/1/99	Romania	6/1/93
Colombia	6/1/96	St. Kitts/Nevis	6/1/95
Croatia	12/1/91	Slovak Republic	2/1/2001
Cyprus	3/1/95	Slovenia	4/1/95
Czech Republic	3/1/98	South Africa	11/1/97
Denmark	7/1/91	Spain	7/1/88
Ecuador	4/1/92	Sweden	6/1/89
Finland	8/1/94	Switzerland	7/1/88
France	7/1/88	Turkey	8/1/2000
Germany	12/1/90	United Kingdom	7/1/88
Greece	6/1/93	Bermuda	3/1/99
Honduras	6/1/94	Cayman Islands	8/1/98
Hungary	7/1/88	Falkland Islands	6/1/98
Iceland	12/1/96	Isle of Man	9/1/91
Ireland	10/1/91	Montserrat	3/1/99
Israel	12/1/91	Venezuela	1/1/97
Italy	5/1/95	Zimbabwe	8/1/95

*Date each country's treaty with the United States took effect. This list is current as of publication. The most up-to-date list is available on the Web at travel.state.gov/hague_list.html.

Ilustración 1- Países signatarios del Convenio de la Haya. Fuente: Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents

Cabe aquí destacar también, de manera genérica, el “Proceso de Malta”¹⁹ que repercute en los “Puntos de Contacto Centrales para Mediación” en varios países.

En definitiva y dejando ya a un margen las diferentes normas o estándares que rigen la “mediación familiar”, lo que debemos tener claro son los principios que siempre deben regirla: “voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad”.

Hasta el momento, hemos establecido qué se entiende por mediación familiar, ya que es la figura que, de forma más amplia, estamos desarrollando en el presente proyecto, enfocándola en las controversias matrimoniales o de pareja, así como estableciendo los hitos normativos más importantes, tanto en sede nacional como internacional, que regulan este tipo de mediación.

Muchos conflictos, como se ha mencionado, surgen, en cambio, en relación con la custodia o la visita de los hijos. El problema puede ser más grave, tedioso y dificultoso si involucra a diferentes países y se quiere acudir a los Tribunales como sede para resolver el conflicto. Es por ello por lo que, precisamente, en lo que respecta a los hijos, la mediación se configura como clave en pro de una mayor flexibilidad, agilidad y sensación positiva para los niños, que ven cómo el conflicto acaba con una resolución amistosa y no con un largo periplo por diferentes tribunales.

Ya en el ámbito de la mediación familiar, estadísticamente se demuestra que la mayor parte de las cuestiones que producen el conflicto, se relacionan con menores:

- la ya mencionada sustracción de menores,
- la responsabilidad parental,
- derecho de visitas,
- acuerdos acerca de la educación o de actividades cotidianas de los menores,

¹⁹ “Diálogo entre la HccH y Estados de Derecho islámico no partes de las Convenciones de La Haya”.

Una vez ya expuesta la regulación que se aplica a los menores, pasamos a analizar algunas notas definitorias de los procesos de mediación en el ámbito familiar cuando, en el seno del conflicto, aparece los menores, con excepción del caso “sustracción internacional de menores”, que será desarrollado en profundidad más adelante.

En este aspecto, es importante mencionar que, en aras de tomar la mejor decisión posible, el mediador deberá ponderar todos los intereses en juego, entre los que, por supuesto, se encuentran los del menor, pero medidos en sede del propio entorno familiar y de sus circunstancias.

Así pues, “el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares... Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa zona intermedia, haciendo uso de valores o criterios racionales”²⁰.

De este modo, gracias a la mayor flexibilidad de la mediación frente a la acción de los tribunales, se permite llevar a cabo una protección más objetiva de los niños puesto que su situación se estudia en un contexto real.

**CONVENIO DE LA HAYA DE 1980:
MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN**

- No ejercicio efectivo del derecho de custodia
 - Consentimiento al traslado/retención
 - Grave riesgo de exposición del menor a un daño
 - Oposición del menor
 - Contradicción con los derechos humanos y las libertades fundamentales del Estado requerido
- 1 AÑO (entre sustracción y fecha de iniciación del procedimiento)**
Cabe alegar cualquiera de los motivos anteriores, o bien:
Integración del menor en su nuevo medio

Ilustración 2- Motivos de denegación de la restitución del menor según el Convenio de la Haya.
Fuente: ocw.uc3m.es.

-Tratamiento de la sustracción de menores en la regulación española. Caso práctico:

²⁰ Véase pág. 13.

En primer lugar, debemos tener presente que, en atención a la Ley Orgánica 1/2004. “la mediación está vedada en los casos en los que se alega violencia doméstica.

A partir del siguiente esquema, podemos ver cómo la Jurisprudencia española, en este caso, la STC de 1 de febrero de 2016, lleva a cabo la interpretación del “Convenio de la Haya” por lo que se refiere al caso objeto de análisis de la presente sentencia.

Vamos a proceder, seguidamente, a analizar en detalle el caso y ver cómo se desarrolla en virtud de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional.

-Tratamiento práctico de la sustracción de menores en la regulación española. Caso práctico:

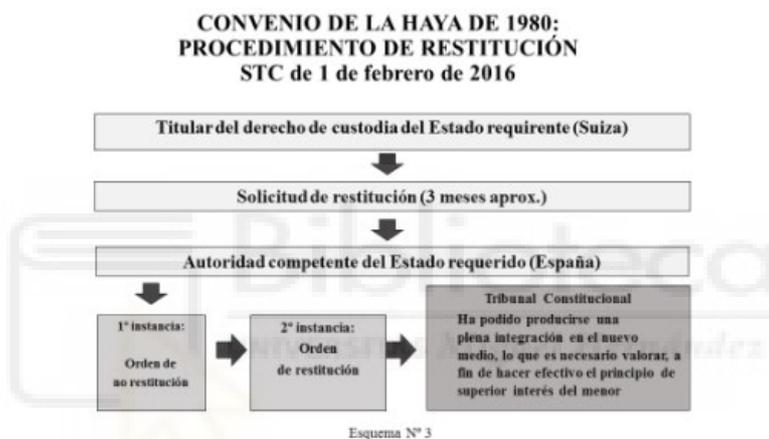


Ilustración 3-Interpretación jurisprudencial de la restitución de un menor a través del Convenio de la Haya. Fuente: ocw.uc3m.es -STC de 1 de febrero de 2016.

En el presente caso, nos encontramos ante una menor, cuya madre traslada a los 4 años, de Suiza a España. El padre sostiene que se trata de una sustracción internacional de la menor y pide su restitución en virtud del Convenio de la Haya de 1980.

En primera y segunda instancia se dictan resoluciones contradictorias. Al llegar el caso al Tribunal Constitucional, han pasado 20 meses desde la “sustracción” y, por ende, establece que debe valorarse la integración de la menor en España (aduciendo, de nuevo, al interés superior del menor).

Se corrobora que se cumplen los criterios previamente definidos en el Convenio:

- La menor tiene menos de 16 años,
- Tanto el Estado requerido como el requirente son firmantes del Convenio.

Además, es preciso que, a su vez, se cumplan una serie de condicionantes:

1. El traslado o la retención que del menor se realice debe suponer una vulneración del derecho de custodia (art. 5).
2. Al momento del traslado, el otro progenitor debe tener el “ejercicio efectivo del derecho de custodia”.
3. Como ha quedado de manifiesto, el menor (antes de la sustracción) debería tener su residencia habitual en un estado contratante del convenio.
4. Después de la sustracción, el menor se encuentra en otro Estado contratante, pero diferente al de su residencia habitual.

En el presente caso, se cumplen con las circunstancias aquí definidas. La sustracción se produce aquí en su modalidad de “retención ilícita”.

Así pues, prescindiendo de una explicación detallada de los trámites llevados a cabo por el padre de la menor, por cuanto aquí interesa, el Juez, en su decisión (conforme al art. 778 quáter, ap.9 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), debe tener presente el mencionado “interés superior del menor”, lo cual se manifiesta en:

- Si se trata de un traslado o retención ilícitos y, si es así,
- Si procede el retorno.

En primera instancia, se establece la restitución de la menor, sin embargo, en su resolución, el Tribunal Constitucional apela a que la integración del menor supone “un elemento de ponderación imprescindible”, siendo su valoración esencial a tales efectos.

En aras de resolver, el Tribunal tuvo en cuenta el arraigo de la menor y si fuese posible su integración de forma plena si volviese a su país de origen.

Determinó que la primera resolución había vulnerado el Derecho Constitucional de tutela efectiva y pide que se valore el nivel de integración de la menor en el nuevo medio.

En conclusión, se vuelve apelar al principio rector del “interés superior del menor” para dar solución al proceso.

III.4. Breve reseña de la Regulación en España.

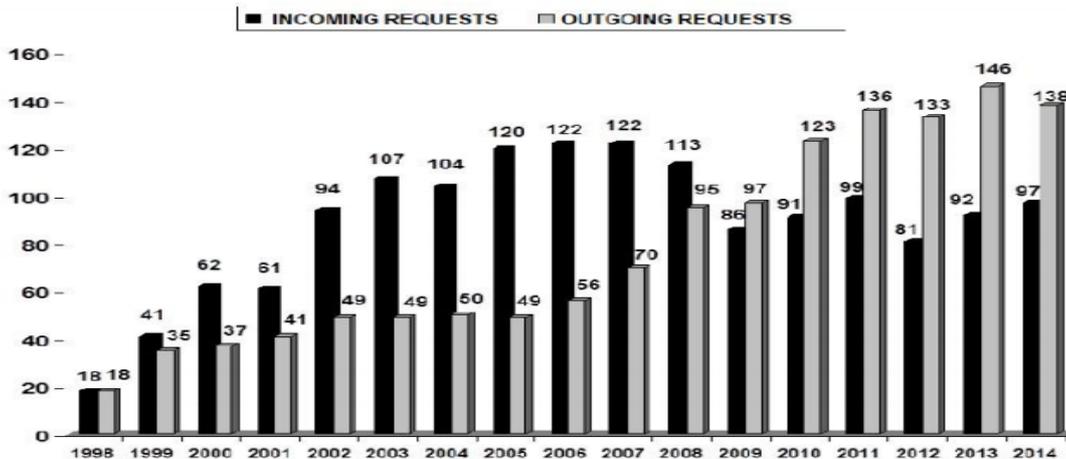


Ilustración 5-Número de peticiones y respuesta bajo el Convenio de la Haya en España (años 1998 a 2014). Fuente: Cross-border parental child abduction in the European Union.

El carácter urgente y preferente en las medidas a tomar para el retorno del menor en los casos de sustracción internacional de menores es la base sobre la que se asienta la LEC en este sentido, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio. El plazo para la restitución es de seis semanas (de forma inexcusable).

En este aspecto, cobra relevancia el art. 778 quáter nº 7 LEC: *“En este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez lo considera necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace”*.

Por su parte, el apartado 12 del art. 778 quinquies LEC, establece la posibilidad de que las partes en conflicto inicien la mediación para poder conseguir un “acuerdo de restitución voluntario”.

Tanto el mencionado artículo, como el Reglamento Bruselas II bis (que, a continuación, se desarrollará) establecen la opción del que el propio Juez proponga, a iniciativa propia, la mediación.

Finalmente, y, sin ánimo de entrar en mayor detalle, cabe recordar que la sustracción de menores constituye un delito tipificado en el Código Penal español -art. 225 bis CP-desde el año 2002²¹.

Otra regulación aplicable:

III.5. Reglamento Bruselas II bis²² y Espacio Schengen:

Nos encontramos ante una norma vinculante y que prevalece sobre la legislación nacional de todos los estados suscritos, esto es, todos los pertenecientes a la UE, a excepción de Dinamarca.

Tal y como establece la Guía de la UE²³ en la materia, “el Reglamento contiene normas sobre competencia, reconocimiento y ejecución en asuntos civiles relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial («materia matrimonial»). No se ocupa de las causas del divorcio, de la ley aplicable al divorcio ni de cuestiones secundarias, como las obligaciones de alimentos, las consecuencias patrimoniales del divorcio y las sucesiones”.

En aras de determinar la competencia de un juez ante una demanda de divorcio o su inhibición, las normas de competencia del Reglamento se pueden resumir a través del siguiente esquema que nos proporciona la mencionada Guía de la Unión Europea:

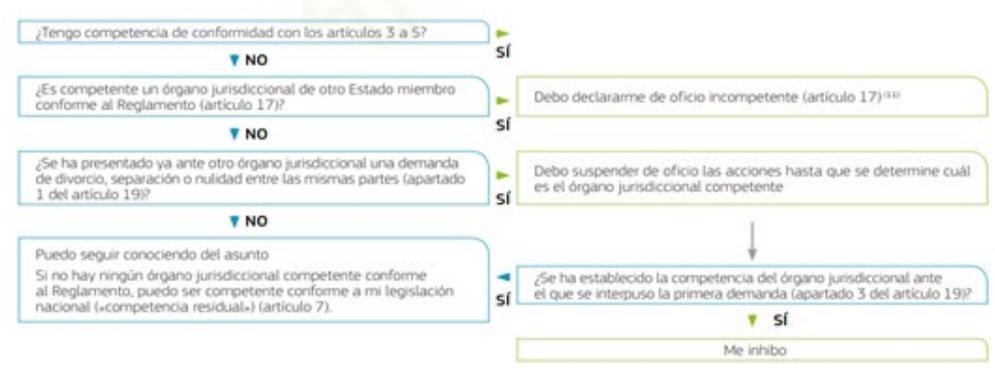


Ilustración 4 – Análisis de un Magistrado de un órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda de divorcio. Fuente: Guía de la Unión Europea sobre el Reglamento Bruselas II Bis.

²¹ Véase en este sentido la STC 196/2013, de 2 de diciembre.

²² Reglamento (CE) núm. 2201/2003/CE o también llamado Bruselas II, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

²³ e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=deba4672-8826-4179-a3c9-aca0f1ce492d

El art. 3 del presente Reglamento establece una serie de criterios de competencia a utilizar a falta de norma general de competencia en sede matrimonial:

- a. “en cuyo territorio se encuentre su residencia habitual”,
- b. “en cuyo territorio se encuentre su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí”,
- c. “en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de uno de los cónyuges, en caso de demanda conjunta”,
- d. “en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandado”,
- e. “en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante, si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda”,
- f. “en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante, en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro”, o
- g. “de nacionalidad de ambos cónyuges (en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» o domicilio legal común)”.

Tras la resolución del “Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-168/08, Hadadi contra Hadadi [2009], Rec. I-6871, sentencia de 16 de julio de 2009”, éste estableció el “carácter alternativo de los criterios de competencia” en materia matrimonial.

Por lo que aquí interesa, el Reglamento también regula el secuestro internacional de menores (las normas que regulan este aspecto entraron en vigor el día 1 de marzo de 2005).

Es de gran importancia establecer aquí que la denominada como “regulación alterada” del Reglamento de Bruselas II bis prima sobre el Convenio de la Haya de 1980. “Ello significa que cuando el menor se encuentra en un Estado miembro y se solicita su

restitución a otro Estado miembro, se aplica el Reglamento Bruselas II-bis y no el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980”²⁴.

Lo anterior quiere decir que se aplicará el Convenio de la Haya, pero con aquellas especificaciones previstas en el Reglamento de Bruselas II bis, en concreto, las denominadas “correcciones” establecidas en el artículo 11 del mismo²⁵, las cuales no vamos a entrar a valorar, ya que creemos de mayor interés examinar la articulación que existe entre los diferentes mecanismos analizados.

El Reglamento Bruselas II bis (en adelante RB II-bis) introduce dos grandes novedades en materia de sustracción internacional de menores (Sección IV Capítulo II): “adiós al reconocimiento y al exequátur y la segunda gran novedad: la posibilidad de modificar el fallo proveniente de autoridades judiciales de otro Estado miembro”²⁶.

El art. 41 RB II-bis hace que ya no se requiera ni reconocimiento ni “exequátur” por parte del segundo Estado. Se producirá ejecutividad directa cuando concurren los siguientes requisitos:

- Fuerza ejecutiva en el país de origen;
- La resolución debe certificarse por el juez de origen a través de un formulario ad hoc contenido en el Anexo III RB II-bis. En España, por su parte, el juez expedi-

²⁴ Lorente Martínez, I. (2019). *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Madrid: Dykinson.

²⁵ 1) “Primera corrección (art. 11.2 RB II-bis). En caso de aplicarse los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”

2) “Segunda corrección (art. 11.3 RB II-bis). El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor, contemplada en el art. 11.1 RB II-bis, actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda”.

3) “Tercera corrección (art. 11.4 RB II-bis). Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado “medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

²⁶ LA EJECUCIÓN SIN EXEQUÁTUR. REFLEXIONES SOBRE EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS, CAPÍTULO III

Marta Requejo Isidro

Senior Research Fellow en el Max Planck Institute Luxemburgo

rá la resolución de forma separada y mediante providencia por medio del formulario contenido en el Anexo II R. 2201/2003.

Por su parte y, como segunda gran novedad, “el art.48 RB II-bis permite que los “órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución” puedan modificar el fallo procedente de autoridades judiciales de otro Estado miembro, mediante la adopción de “las modalidades prácticas” necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visita, siempre y cuando se respeten los “elementos esenciales” de la resolución”²⁷.

En cierto sentido, la coexistencia de todos los instrumentos de lucha contra la sustracción internacional de menores que, hasta el momento, hemos analizado, puede provocar cierta inseguridad jurídica acerca de cuál debe aplicarse en primer término.

Se establece la primacía del RB II-bis sobre el Convenio de la Haya y sobre el de Luxemburgo, en los Estados suscritos a ellos.

“En el caso de no ser aplicable el Reglamento Bruselas II-bis, las relaciones entre el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y el Convenio europeo de 20 mayo 1980 son relaciones de “complementariedad” (...). Por tanto, se aplicará la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro: el juez puede acordar y/o la parte interesada puede solicitar la aplicación del Convenio más favorable a la restitución del menor”²⁸.

Finalmente, por ejemplo, en el caso de España, existen convenios bilaterales firmados con otros países. Algunos de estos convenios serán revisados con ocasión del análisis de acerca de cómo se trata la mediación en materia de sustracción internacional de menores.

El acuerdo suscrito en 1985 por los siguientes países: Bélgica, Holanda, Luxemburgo, la antigua República Federal Alemana y Francia en Schengen, tuvo su culminación

²⁷ <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf> CONTACTO TRANSFRONTERIZO RELATIVO A LOS NIÑOS PRINCIPIOS GENERALES Y GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.

²⁸ <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf> contacto transfronterizo relativo a menores y principios generales y buenas prácticas.

ción con la entrada en vigor en el año 1995 del “Convenio de Aplicación de Schengen”.²⁹

El objetivo del acuerdo era pactar la supresión de las fronteras que estos países tienen en común para facilitar la “libre circulación” de mercancías y de personas.

A partir de entonces, se han ido sucediendo diferentes Reglamentos en desarrollo de determinadas características del “Acuerdo de Schengen”.

En la actualidad y, por cuanto a la temática desarrollada en este proyecto respecta, adquiere relevancia el “Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen)”³⁰.

Un espacio libre de fronteras, como el convenido en el espacio Schengen, supone la falta de restricciones y, por tanto, facilidad para que los progenitores pasen de un país a otro con sus hijos, sin la existencia de controles fronterizos a tales efectos, ni la necesidad de exhibir documentación que identifique a los sujetos.

De lo ya mencionado, cabe concluir que el espacio Schengen no sirve ni para prevenir ni para evitar la sustracción internacional de menores por parte de uno de los progenitores. Lo único que favorece es el rápido desplazamiento de personas entre los países suscriptores del Convenio.

Así pues, la petición de que se cierren las fronteras del espacio Schengen es un medio ineficaz. Por ejemplo, en el caso de España, la petición de restitución del menor a su Estado de origen se estructurará en atención al “Reglamento de Bruselas II” y del “Convenio de Luxemburgo 1980”. Este se configura como un instrumento de lucha contra la sustracción internacional de menores a través del denominado “exequátur”, un mecanismo tradicional de Derecho Internacional Privado. Este mecanismo se utiliza cuando, después de existir una resolución judicial que concede la custodia o derecho de

²⁹BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422, de libre circulación de personas en los países signatarios.

³⁰ Actualmente “los Estados miembros del espacio Schengen son: Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein”.

visita del menor, éste es sustraído internacionalmente en contra de lo dispuesto en dicha sentencia.

Su ejecución tiene lugar en el país al que se ha llevado al menor, de manera que se ordena el retorno a su “país de origen”.

Al igual que se ha examinado con ocasión del análisis del Convenio de la Haya, el funcionamiento en los distintos países se articula en torno a unas figuras denominadas “Autoridades Centrales”. En el caso de España, se trata de la “Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia”.

En España, “la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera”³¹.

No vamos a entrar en mayor detalle, puesto que el Convenio de Luxemburgo está en desuso en beneficio del Convenio de La Haya, el cual ya hemos analizado.

III.6. Comparativa y relación con otros países.

Marruecos: España firmó con Marruecos el “Convenio de 20 mayo 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, basado en el ya mencionado *exequátur*. Ejemplificativa del Convenio hispano-marroquí es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 1 de marzo de 2016.³² El fondo de la Sentencia versa sobre la custodia de los hijos de un matrimonio en proceso de divorcio, en la cual, la parte apelante alega un defecto de forma, ya que, a su entender, no se han seguido los procedimientos o convenios suscritos entre ambos países, probando que la parte deman-

³¹ *Ley de cooperación internacional. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.*

³² *BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997, páginas 19348 a 19351 “Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial” Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial.*

dada no se ha preocupado de exigir la restitución de los menores. Si bien, se tendrá en cuenta en el proceso del recurso de apelación siempre que el Juzgado de Primera instancia aprecie que haya argumentos objeto del procedimiento para la celebración de la vista, pronunciándose sobre la conveniencia o no de la suspensión del tema a tratar. Si tenemos en consideración en materia de reconocimiento y exequátur, estas son normas de origen internacional y de origen interno y en virtud del principio de jerarquía normativa sólo podrá acudir a las normas internas en defecto de las internacionales. En el plano bilateral España ha suscrito, hasta la fecha, más de una veintena de convenios en materia de reconocimiento y exequátur de decisiones judiciales extranjeras. Entre otros acuerdos, podemos señalar convenios, tales como: Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa, entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997.

Francia: Es posible la mediación a través de la célula de mediación familiar internacional específica del Ministerio de Justicia francés, que cumple la función de autoridad central francesa a efectos de los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980 y 19 de octubre de 1996 y del Reglamento Bruselas II bis.³³

La iniciativa a la mediación ha de tener carácter voluntario, de modo que pueda llevarse a cabo de forma imparcial, diligente y confidencial.

Alemania: El juez, en aquellos casos de litigio entre cónyuges, puede proponer la asistencia de estos a un proceso de mediación con el fin de solventar problemas relativos al alimento de menores, su patria potestad o los derechos de visitas.³⁴

Hay que atender, en este sentido, a lo dispuesto en el art. 135 de la Ley de procedimiento en materia de asuntos de familia y de jurisdicción no contenciosa, “Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG”.

³³ www.scielo.org.bo artículo por María Elena COBAS COBIELLA “la mediación familiar, como una de las fórmulas más destacadas en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”.

³⁴ www.core.ac.uk (Intercultural Mediation) El impacto de las diferencias interculturales en situaciones de conflicto.

Estados Unidos: Todos los días, los niños en los Estados Unidos son sacados ilegalmente del país o retenidos fuera de los Estados Unidos en violación de los derechos de los padres. ³⁵

En 1993, el Congreso aprobó la “Ley del delito de secuestro parental internacional” (“IPKCA”), creando con ello un delito de secuestro internacional federal, codificado en el Título 18, Sección 1204 del Código de los Estados Unidos. La Sección 1204 lo convierte en un delito federal para un padre u otra persona por el hecho de sacar o intentar sacar a un niño de los Estados Unidos o retener a un niño fuera de los Estados Unidos con la intención de obstruir los derechos de custodia de otra persona. ³⁶

Por ejemplo, considérese una pareja casada que tuvo un hijo en Estados Unidos. Durante una disputa marital, el padre se traslada con su hijo a otro país para mantenerlo alejado de la madre sin intención de regresar. En esta situación, el padre ha cometido el delito federal de secuestro parental internacional. Los delincuentes condenados por este delito pueden enfrentarse hasta a tres años de prisión.

Estados Unidos es, a su vez, promotor del cumplimiento de las directrices establecidas en el Convenio de la Haya.

Reino Unido:

Parental child abduction	1999	2003	2008	2012
England and Wales				
Incoming return requests received under the Hague Convention	149	142	200	229
Outgoing return requests made under the Hague Convention	n/a	124	158	220

³⁵ www.international-divorce.com Cuando los tribunales reciben solicitudes para evitar las visitas temporales de los niños al país de origen de sus padres, se ven tentados a confiar en la necesidad de respetar los sistemas legales de otros países y en la cortesía internacional.

³⁶ www.europarl.europa.eu - A petición de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) del Parlamento Europeo, este estudio tiene como objetivo analizar el marco jurídico internacional, europeo y nacional aplicable a la sustracción de menores por parte de los padres transfronterizos.

Ilustración 7- Número de secuestros y recuperaciones de menores por parte de sus progenitores en Inglaterra y Gales (progresión). Fuente: Cross-border parental child abduction in the European Union

La “CACA”³⁷ de 1985, en la que se implementa la Convención de La Haya sobre sustracción de menores para la legislación nacional del Reino Unido, contiene una serie de disposiciones legales que buscan aclarar o interpretar los artículos de la Convención de La Haya sobre sustracción de menores a los efectos de la legislación del Reino Unido.³⁸

Estos incluyen especificar qué autoridades desempeñarán las funciones de la Autoridad Central, qué tribunales tienen jurisdicción, estableciendo instrucciones provisionales para garantizar el bienestar del niño, la prueba de documentos, cómo las solicitudes deben ser establecidas y disponiendo que las reglas de la corte sean dictadas por los órganos apropiados.

La sección 9 de CACA 1985 prevé además la suspensión de las facultades habituales del tribunal para examinar los derechos de custodia cuando se establezca que un niño ha sido trasladado ilegalmente al Reino Unido en el sentido de Convención de la La Haya sobre sustracción de menores.

Israel:

En el caso en el que un niño ha sido secuestrado de Israel a un país extranjero por uno de sus padres, el otro progenitor tiene dos cursos de acción con el fin de presentar una solicitud para la devolución del niño secuestrado:

1. Una solicitud a la autoridad central de Israel (el Departamento de Asuntos Internacionales), que, en cooperación con el otro progenitor, presentará una solicitud a la autoridad central paralela del país en el que el niño fue secuestrado y en el que vive actualmente con el objetivo de iniciar un proceso en un tribunal de este país.

2. Una solicitud directa a un abogado particular en el país de destino con el fin de presentar una solicitud en el tribunal competente de dicho país.

³⁷ *Family Law Reports* 374, *House of Lords*, where Lord Justice Thorpe's guidance given in the *Court of Appeal* ([2000]).

³⁸ *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105.

4. CONCLUSIONES

A la vista del presente estudio, podemos concluir lo siguiente:

Primero: son numerosos los conflictos que se suscitan en el ámbito internacional relativos a la familia. La flexibilidad se impone como el mejor atributo que la mediación, como vía alternativa de resolución de conflictos, puede proporcionar a la mencionada familia, sobre todo, en los casos en los que los niños son partes, con el fin de que los mismos no se vean sometidos a los arduos y dilatados procesos judiciales. Es por ello que el papel del mediador resulta ser una figura importante. Con el propósito de alcanzar sus objetivos, el mediador tiene que infundir confianza a las partes. En este sentido, como principio indisociable a la mediación cabe la “autonomía de la voluntad de las partes” para someterse a ésta.

Segundo: por las circunstancias apuntadas, el recorrido de la mediación familiar en España no es muy extenso, mayor relieve adquiere la mediación internacional familiar en la Unión Europea, en la que ha prosperado normativa relevante en la materia. Es precisamente si esta situación involucra a diferentes países, donde obtener una resolución en los Tribunales se complica significativamente y los medios alternativos de resolución de conflictos, como la mediación adquieren protagonismo.

Tercero: en aras de llevar a cabo un análisis lo más completo posible, se han analizado diversas regulaciones que, de alguna manera, pueden afectar al tema aquí desarrollado: las posibles vías alternativas, como la mediación, para tratar temas matrimoniales y de familia en el ámbito internacional. En definitiva, “la natural agilidad y flexibilidad que caracteriza a este método autocompositivo de resolución de conflictos hace posible que pueda acudir a la mediación tanto en cualquiera de las fases del procedimiento de sustracción de menores como antes de iniciarse el procedimiento (pero acaecida la sustracción del menor) e incluso en prevención de una futura sustracción.

Cuarto: Fruto de la evolución del concepto de familia a lo largo de los últimos años, la mediación requiere, en sí misma, un desarrollo legislativo más detallado que permita acomodarse a la realidad actual.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Toledo Quintana, L. (s.f.). *Lo material y lo procesal en el reglamento de separación y divorcio, 1259/2010. Revista de Derecho vLex.*
- Álvarez Gómez, S. (Lexbcn Abogados). *Espacio Schengen: No es instrumento de prevención ni retorno en caso de sustracción internacional de menores.* Sonia Álvarez Gómez, Miembro AEAFA 1882, Lda. Coleg. ICAB 19.640.
- Antón Juárez, I. (2019). *Los acuerdos prematrimoniales en Derecho internacional privado español. REVISTA ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS, Vol. 21, n.1.*
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO Y RELACIONES INTERNACIONALES. (s.f.). *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo.* Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- Boniotti, F. (2002). *Report on the implementation of the Convention on the Rights of the Child by Spain.* Ginebra. Escrito por Francesca Boniotti y coordinado y editado por Roberta Cecchetti y Sylvain Vité.
- Brancaccio, I. (2020). *Convención de la Haya y Protección de menores en el extranjero. advocatopenalistah24. 22-02-2020, Sustracción internacional de menores ¿Qué es la Convención de La Haya? ¿Qué se puede lograr a través de la convención?*
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2018). “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto” en *Derecho internacional privado, volumen I.* Comares, Granada. págs. 186-225.
- Carrascal Gutiérrez, A. (2011). *La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro. Revista de Mediación.*
- Carrillo Lerma, C. (2015). *Mediación familiar internacional y sustracción de menores.* Barataria. *Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales,* (19), 185-196. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i19.35>Caso Señal, M. (2011). *La mediación*

en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores. Revista de Mediación Número 8.

Cobas Cobiella, M. C. (2013). "Mediación Familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* .

Díaz Martínez, A. (2013). "La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional. Aranzadi civil-mercantil". *Revista Doctrinal, Vol. 2, N.º. 1 (abril), 2013.*

Font i Segura, A. (2007). *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*. Universidad de Santiago de Compostela.

García, N. (2017). *¿Conocemos bien el marco jurídico que arroja el interés del menor?* Madrid, *Sepín Familia*.

Lorente Martínez, I. (2019). *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Madrid, Dykinson.

Marín García de Leonardo, M. T. (2013). "Derecho de Familia. Crisis Económica y Mediación", en Ortega Giménez, Alfonso/ Cobas Cobiella, Maira E/ Barona Villar, Silvia (Coord.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*. Madrid, *Economist & Jurist* /2013, pp.págs. 197-218.

Marín Velarde, A. (s.f.). *El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores*. La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar / Antonia Monge Fernández (dir.), 2019, ISBN 978-84-949775-9-6, pp 193-244.

Morad Haydar, M. D. P., García Villaluenga, L., Rodríguez López, M., & Bonilla Vélez, G. (2015). Mediación y conflictos parento-filiales en el ámbito de la migración internacional. *Revista Palobra, "palabra Que obra"*, 15(15), 38–53. <https://doi.org/10.32997/2346-2884-vol.15-num.15-2015-835> Mozonís, A. (s.f.). *Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de la Haya*. En *La aplicación de la mediación en la Resolución de los Conflictos en el Mediterráneo*, P. 251 y ss.

Requena, M. (1999). *La Mediación Familiar en el ámbito del Consejo de Europa. Entrevista e informe divulgativo Anuario 1999*. La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa.

Yeomans Maldonado, D. (s.f.). *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio de 25 de octubre de 1980*. *Revista Perspectiva Jurídica n.12*.

6. WEBGRAFÍA:

International Family Mediation: https://www.ifm-mfi.org/es/seccion_de_la_guia_1

Boletín Oficial del Estado (BOE): www.boe.es

El Código deontológico relativo a los procesos de mediación familiar internacional:

https://www.ifm-mfi.org/es/el_codigo_deontologico

Resolución de Conflictos - Comunidad de Madrid La familia llega a acuerdos: diálogo de la mediación familiar: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM007215.pdf>

Código deontológico relativo a los procesos de mediación familiar internacional:

https://www.ifm-mfi.org/sites/default/files/CHARTER/SPANISH/Charter_IFM_ES.pdf

Mediadores e Instituciones de Mediación:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadanos/registros/mediadores-instituciones>

Página web sobre la Mediación alemana: <https://www.mikk-ev.de/mediation/wieso-meditation/>

Rights of the Child in Spain Report on the implementation of the Convention on the Rights of the Child by Spain: <http://www.omct.org/files/2001/11/1155/spainchildren2002.pdf>

7. JURISPRUDENCIA CITADA CENDOJ

Europea

- Resolución del “Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-168/08, Hadadi contra Hadadi [2009], Rec. I-6871, Sentencia de 16 de julio de 2009”.

Española

- Sala Segunda. Sentencia 16/2016, de 1 de febrero de 2016. Recurso de amparo 2937-2015. Promovido por doña D.V.D., en relación con las resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de Violencia contra la Mujer dictadas en autos de sustracción internacional de menores. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que acuerdan la restitución de una menor con su padre, residente en Suiza, carentes de ponderación de la situación actual de la menor en la determinación de su interés superior.
- STC 196/2013, de 2 de diciembre 2013284 -Aspectos penales de la sustracción internacional de menores. Hasta el año 2002 la sustracción de menores no era constitutiva de delito. Se considera únicamente punible la sustracción cometida a partir de ese año. (BOE núm.7, de 08 de enero de 2014) ECLI:TC:2013:196
- STS de 21 febrero de 2011. Visto por esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 27/2007, interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Lanchares Larré, en nombre y representación de la entidad CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES DE TENERIFE, S.L., contra la sentencia de 11 de septiembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso contencioso administrativo 400/2004 , sobre providencia de apremio.

- STS 31 julio 2009 (565/2009). La sentencia nº 565/2009 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El interés del menor-por Rosa Maria de Castro. La sentencia nº 565/2009 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en el recurso 247/2007 de 31 de julio de 2009 resuelve un recurso de casación interpuesto por la Administración de Castilla La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que ordenaba la devolución inmediata de una niña a la familia biológica cuando se encontraba bajo un acogimiento pre adoptivo. La sentencia de la Audiencia se expresa duramente contra la Administración que efectuó la declaración de desamparo, por entender que habiendo nacido la niña en abril de 2001 y comenzando la intervención administrativa en mayo de ese mismo año, concurrieron circunstancias que desembocaron en la asunción automática de la tutela en abril de 2003, formalizada en agosto de ese mismo año cuando ya había fallecido el padre biológico de la menor. A partir de ese momento y aunque la madre presenta un escrito en septiembre solicitando poder visitar a su hija, nada hace la Administración para poder reintegrar a la menor a su familia sino que, con una urgencia inusual e injustificada dispone lo necesario para el acogimiento pre adoptivo, sin permitir ya el contacto de la niña con su familia biológica.
- Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm.10/2016 parte Jurisprudencia 565/2009 de 31 de julio (RJ 2009/4581)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 1 de marzo de 2016. Apelación Civil Rollo nº 37/2016.
- Auto de la Audiencia Provincial de les Illes Balears (sección iv), núm. 37/2018, de 14 de junio. (AAP Cuenca 1ª 20 octubre 2020).