

LA MEDIACION EN LA SUTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA

María Lourdes SOTO RODRÍGUEZ
U.N.E.D

Resumen: Nos encontramos ante una sociedad globalizada en la cual, potenciado en parte por los avances técnicos en el mundo de las comunicaciones, los movimientos migratorios han adquirido una gran importancia cuantitativa. El «secuestro internacional de menores» se ha convertido en un fenómeno social globalizado. Es la mediación un mecanismo idóneo para solventar este tipo de conflictos familiares internacionales. El cumplimiento de los deberes internacionales por parte de los Estados resulta ser el factor que posibilita el goce de los derechos que todo niño debe tener. Existen proyectos normativos que intentan erradicar la problemática sobre sustracción internacional de menores. Entre ellos es de destacar la mediación familiar internacional como mecanismo para la protección de interés superior del menor.

Palabras clave: menores, secuestro internacional, Conferencia de La Haya, ADR, mediación, Convenio de La Haya 1980, ODR.

Summary: We are faced with a globalized society in which, thanks in part to technical advances in the world of communications, migratory movements have acquired great quantitative importance. The "international kidnapping of minors" has become a globalized social phenomenon. It is the mediation a suitable mechanism to solve this type of international family conflicts. The fulfillment of international duties by the States proves to be the factor that makes possible the enjoyment of the rights that every child should have. There are normative projects that try to eradicate the problem of international abduction of minors. Among them, international family mediation as a mechanism for the protection of the best interest of the child is emphasized.

Key Words: minors, international abduction, The Hague Conference, ADR, mediation, The Hague Convention 1980, ODR.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 Y LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL. 3.1. Aspectos generales. 3.2. El fomento de la mediación internacional en Europa: la UE y el Consejo de Europa. 4. LA MEDIACIÓN EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980. 5. LOS «ODR» (ONLINE DISPUTES RESOLUTION) EN LOS CASOS DE SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. 5.1. Los «ODR»: Aspectos generales. 5.2. La mediación online en los casos de secuestro internacional de menores. 6. CONCLUSIONES. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El «secuestro internacional de menores» es en hoy en día un problema social globalizado pues es evidente la mayor movilidad de las personas que se desplazan de un Estado a otro por razones familiares, laborales, los movimientos migratorios, e incluso la supresión del control de fronteras y ello debido al gran incremento de parejas mixtas, en las que cada uno de los miembros de la relación ostenta una nacionalidad distinta y, en la mayor parte de las ocasiones, proceden

de diferentes culturas¹. Es la mediación un mecanismo idóneo para solventar estos conflictos familiares internacionales. Existen proyectos a nivel normativo que intentan erradicar o por lo menos darle una solución a la problemática sobre sustracción internacional de menores. Por ello la mediación puede tratar de ayudar a la restitución de los menores y a su vez garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita². La efectividad de este método ha sido contrastada a través de diversos proyectos de co-mediación. El caso más generalizado es el del secuestro internacional de menores que tiene lugar cuando tras el divorcio de un matrimonio mixto o la crisis de una pareja mixta, uno de los progenitores, normalmente aquél que ejerce el derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener la custodia para legalizar el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina secuestro legal de menores³. También se da el caso cuando los progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, impidiendo que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia o cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho de visita.

Es evidente la gran facilidad de trasladar al niño a otro país alejado de su residencia habitual pues es suficiente con mostrar el pasaporte familiar en el que figura el menor, o el documento de identificación personal. Estas facilidades son aún mayores dentro de la Unión Europea, ya que la existencia del “espacio sin fronteras interiores” hace que para trasladarse de un país a otro no se exija ni siquiera la exhibición de documentos. La finalidad única tiene que ser la de proteger al menor, el cual ha sido trasladado de forma ilícita por uno de sus progenitores desde el lugar donde residía habitualmente hacia otro país. Por tanto, ante un supuesto de secuestro internacional de menores se hace necesario y vital la restitución inmediata del niño al *statu quo* anterior al traslado o a la retención. El tema del desplazamiento ilícito de menores ha sido objeto de regulación y estudio en diversos foros internacionales, tales como: la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos (OEA). Cada uno de estos organismos ha elaborado instrumentos internacionales multilaterales, que desde diferentes perspectivas trabajan para solucionar este gran problema. Entre dichos instrumentos cabe mencionar: a) el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de

¹ Sobre el secuestro internacional de menores existe una abundante bibliografía. C. Caamiña Domínguez, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, 2010; A.-L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, 2004; P. Lloria García (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: Un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008; M. Sabido Rodríguez, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, nº 7066, de 28 de noviembre de 2008.

³ *Vid.* A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, “Protección de menores”, en *Derecho internacional privado*, volumen, 14ª edición. Ed Comares, Granada 2013 pp. 449-450.

menores⁴; b) el Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia⁵; c) el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reg. 2201/2003)⁶. Entre todos ellos, el instrumento internacional de mayor incidencia práctica es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya de 1980). Ello se debe fundamentalmente a las siguientes razones: el gran número de Estados que forman parte del mismo⁷; b) Se establece una cooperación internacional entre autoridades administrativas y judiciales de los Estados contratantes pero no ofrece una regulación de las cuestiones de fondo. c) su principal objetivo es facilitar el retorno del menor desplazado, tratando de proteger ante todo el interés superior del niño⁸. La Conferencia de La Haya realmente ha sido el organismo que hasta este momento ha venido desarrollando en los últimos años un gran esfuerzo y trabajo en la configuración de la mediación familiar internacional y, en concreto, en el papel de la mediación ante los casos de secuestro internacional de menores en el ámbito del Convenio de La Haya 1980⁹.

2. SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 Y LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

El principal rasgo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es que no se trata de un Convenio sobre Derecho aplicable a los derechos de guarda y visita, ni a la atribución o privación de la patria potestad o de forma más amplia, a la responsabilidad parental. Pero tampoco contiene normas de competencia judicial internacional sobre estas cuestiones, ni de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en estas materias y solo establece una estructura de

⁴ *Boe* núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, *boe* núm. 155, de 30 de junio de 1989 y *boe* núm. 21, de 24 de enero de 1996.

⁵ *Boe* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁶ *Do* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁷ Son parte del Convenio de La Haya de 1980, noventa y dos Estados. *Vid.* sitio web de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>.

⁸ Sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, *vid.*, entre otros: S. Álvarez González, "Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁹ La Conferencia de La Haya acoge expresamente la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos en su más recientes Convenios sobre Derecho de familia, entre ellos: a) Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 31 b); b) Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de Adultos (art. 31); c) Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (art. 6 (2) d) y art. 34 (2) i).

cooperación internacional de autoridades administrativas y judiciales así como una acción directa para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual. El Convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio (art. 16). El Convenio de La Haya tiene como objetivos a alcanzar: 1º) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita y; 2º) velar por el cumplimiento de los derechos de custodia y de visita establecidos en el Estado de origen del menor (art. 1). Dichos objetivos tienen como única finalidad la de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores¹⁰ y de manera primordial en regular los mecanismos necesarios que permitan la restitución eficaz del menor.

LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

La esperada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modifica mediante su disposición final Tercera, determinados artículos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, concretamente, en su apartado diez, añade al Título I del Libro IV de la LEC, el Capítulo IV bis, titulado: “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, integrado por los nuevos arts. 778 bis a 778 quater (a los que da contenido en los apartados Once, Doce y Trece LJV). En primer lugar, para que se ponga en marcha el procedimiento comprendido en el nuevo Capítulo IV bis, es necesario que sea aplicable un Convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, y que el menor del que se pretende su retorno o restitución se encuentre en España. Este requisito no supone una gran novedad, ya que el art. 1901 de la antigua LEC de 1881 ya hacía depender el ámbito de aplicación de la normativa, de que fuera aplicable un Convenio internacional. Pero sin embargo, manteniendo este requisito se ha perdido¹¹ la oportunidad de englobar también los procedimientos de sustracción internacional de menores en los que no resulta de aplicación un Convenio internacional, ni Reglamento de la Unión Europea. El Convenio de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es uno de los principales instrumentos jurídicos que

¹⁰ Vid. E. Pérez Vera, Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pp. 4 y 5. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>).

¹¹ Así lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, entre otros, Calaza López, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, Diario La Ley, núm. 8564, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2015, Ref. D-246, Editorial LA LEY, pp. 6-7).

regulan esta materia, y el más numeroso en cuanto a Estados contratantes. Pero al tratarse de un Convenio con carácter inter partes, no se podrá aplicar el mismo en aquellos supuestos de sustracción internacional que afecten a alguno de estos Estados, o a cualquier otro Estado no parte. Por el mismo motivo, queda también descartada la aplicación de instrumentos como el Convenio de 20 de mayo de 1980 (Convenio de Luxemburgo), el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; puesto que los Estados a los que anteriormente se ha hecho referencia, tampoco son Estados contratantes de los mismos. Es una realidad que resulta criticable que el legislador español haya optado por continuar sin extender este proceso a los casos de sustracción de menores en los que no resulta de aplicación ningún Convenio internacional, ni instrumento de la Unión Europea. Esta decisión contribuye a seguir manteniendo la "incertidumbre jurídica" ante la ausencia de regulación que impera en los supuestos en que se produce una sustracción, en que alguno de los Estados intervinientes no forma parte de ningún Convenio internacional en esta materia, y tampoco resultan aplicables normas de la UE. Por lo demás, una vez que se cumple el ámbito de aplicación, el procedimiento a seguir va a ser el detallado en los nuevos arts. 778 bis a 778 quater. La primera variación que se observa con respecto a la anterior regulación es que se produce un transvase¹² del procedimiento de la Jurisdicción Voluntaria, a la Jurisdicción contenciosa, aspecto que ha sido muy criticado. A su vez hay que mencionar que el Tribunal competente para conocer de estos procesos es el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor, en detrimento del Juez de Primera Instancia, en cuya demarcación se halle el menor. No obstante, hay que tener en cuenta la previsión del art. 778 ter 2 respecto a dos concretas situaciones que pueden darse en la práctica: que no sea posible localizar al menor, o que sea encontrado en otra provincia distinta a la del Tribunal ante el que se ha iniciado el procedimiento. En el primer caso, si no se localiza al menor, se debe archivar provisionalmente el procedimiento; mientras que en el segundo supuesto, el Juez ha de resolver lo que estime oportuno, remitiendo el caso, si así lo considera, al Tribunal territorialmente competente, emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo en un plazo de 3 días. El procedimiento tiene el carácter de urgente y preferente (art. 778 bis 5), y ha de realizarse en el inexcusable plazo de seis semanas desde que se presenta la solicitud de restitución al Juez, lo que ya se preveía en la LEC 1881.

La nueva regulación incluye la posibilidad de que se extienda "más allá de las 6 semanas", cuando circunstancias excepcionales hagan imposible finalizar en plazo. Ahora bien, no se especifica cuáles pueden ser esas circunstancias excepcionales, ni cuánto tiempo más puede demorarse. Podría darse el hecho de que las partes acudieran a mediación, una vez iniciado el procedimiento, lo que permitiría suspender este durante el plazo máximo de 6 semanas. Sin embargo, el

¹² Fernández de Buján, A.: "El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores", *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm. 85, abril 2014, p. 28.



tenor literal del art. 778 bis 5 no impide que haya otras circunstancias, más allá de que se inicie un proceso de mediación, que justifiquen una duración superior a 6 semanas, sin concretar para estos supuestos cuál sería en todo caso el límite temporal que se puede alcanzar. El inicio del proceso tiene lugar con la presentación de la demanda en la que se insta la restitución o el retorno del menor (art. 778 ter 1). Con las nuevas medidas previstas en la LJV, el elenco de personas que pueden impulsar el procedimiento también se ve ampliado, de tal forma que actualmente, pueden promover el procedimiento (art. 778 bis 3): la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente Convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha Autoridad.

En cualquier momento del procedimiento, el Juez puede acordar, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento, o del Ministerio Fiscal¹³, las medidas cautelares que estime oportunas; así como que mientras se desarrolle el proceso se garanticen los derechos de estancia o visita del menor con el demandante (art. 778 bis 8). Una vez presentada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia dispone de un plazo de 24 horas para que resuelva sobre su admisión (art. 778 ter 2). Si entiende que no es admisible, dará cuenta al Juez para que se pronuncie dentro del mismo plazo. Si por el contrario, admite la demanda, en la misma resolución también requerirá a la persona a quien se impute la sustracción para que, en una fecha concreta dentro de los 3 días siguientes, comparezca con el menor y acceda a la restitución de éste, o se oponga a ella. Caben tres posibles comportamientos por parte del presunto sustractor, que ya preveía la antigua normativa y regulaba de forma similar, esto es: Que no comparezca o no lo haga en forma. En este caso la persona que es presuntamente la sustractora, es declarada en rebeldía y el procedimiento continúa sin él. Así, se citan al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez, que ha de celebrarse en un plazo máximo de 5 días. La resolución que se adopte en esta vista será notificada al demandado, y tras ésta únicamente cabe la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 778 ter 5). Es necesario mencionar también que cuando el demandado se declare en rebeldía, se reitera expresamente la posibilidad de que el Juez dicte las medidas cautelares oportunas en relación con el menor. - Que comparezca y acceda a la restitución o retorno del menor. En este supuesto, aunque poco frecuente, el Secretario Judicial levanta el acta y el Juez dicta el auto que pone fin al procedimiento, se acuerda la restitución o retorno del menor y se pronuncia acerca de los gastos (art. 778 ter 4). Es importante señalar que la posibilidad de que el demandado acceda a la restitución se mantiene abierta durante todo el procedimiento, en cuyo caso se atenderá a las medidas que se acaban de mencionar. - Que comparezca y se oponga a la restitución o retorno del menor. Se trata del caso más frecuente en la práctica, que consiste en que el

¹³ la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

demandado comparece, pero alega que concurre alguna de las causas de oposición previstas por el Convenio internacional en cuestión, o por el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (en adelante Reglamento Bruselas II bis). Esta oposición ha de realizarse por escrito, y tras ella se citará a los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que tendrá lugar dentro de un máximo de 5 días (art. 778 ter 6). Esta vista se celebrará incluso aunque el demandante no compareciera, y en la misma se realizarán dos acciones principales: se oír a las partes que comparezcan (concretamente al demandado, el demandante y al Ministerio Fiscal) y se practicarán las pruebas pertinentes solicitadas por las partes, el Ministerio Fiscal o el propio Juez, dentro del plazo máximo de 6 días. En cualquier momento del procedimiento, pero siempre con anterioridad a la adopción de toda decisión, el Juez, en presencia del Ministerio Fiscal, tiene el deber de oír separadamente al menor, lo que puede hacer a través de videoconferencia u otro sistema similar. Esta obligación ha de cumplirse siempre y cuando la edad o madurez del menor permitan que se entienda conveniente. En caso contrario, el Juez deberá hacerlo constar en una resolución motivada. Esta es precisamente la mayor novedad que presenta esta etapa del proceso, ya que con la regulación anterior, el Juez sí que tenía que oír separadamente al menor tras la primera comparecencia del demandado, pero era una obligación mucho más laxa. El art. 1907. b) de la antigua LEC de 1881 únicamente establecía que el Juez "oír, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución". Por lo tanto, como se puede observar, no limitaba las causas por las que el Juez podía no escuchar al menor, ni se le obligaba a exponerlas en resolución motivada. Tras esto, y dentro del plazo de 3 días después de la finalización de la vista y la práctica de las pruebas pertinentes, el Juez dictará sentencia. En la misma no se puede pronunciar sobre el fondo del asunto (los derechos de custodia o visita), sino únicamente sobre si el traslado o retención son ilícitos y si procede o no la restitución o retorno del menor.

Si el Juez acordara la restitución o retorno del menor, se ha de establecer expresamente la forma y el plazo de ejecución. Se dispondrá asimismo que el sustractor debe abonar las costas procesales, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor. Por el contrario, si se entendiera que no procede la restitución o retorno, se declararán de oficio las costas del proceso. Contra la resolución sólo cabe recurso de apelación con efectos suspensivos, que deberá resolverse en el plazo máximo de 20 días. Si bien esto ya lo preveía la anterior regulación, la LJV desarrolla de forma detallada las especialidades que ha de seguir la tramitación del recurso de apelación. En lo que concierne a la ejecución de una sentencia que acuerda la restitución o retorno del menor, la Autoridad Central debe prestar la asistencia necesaria al Juzgado, para garantizar que se pueda ejecutar sin peligro. Asimismo, si el progenitor sustractor impide u obstaculiza su cumplimiento, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución inmediata, pudiendo acudir a la ayuda de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Por último, la LJV dispone que cuando un menor con residencia habitual en España, sea objeto de una sustracción internacional, cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial

española competente para conocer del fondo del asunto, con la finalidad de obtener una resolución que determine que el traslado o retención han sido ilícitos (así, el art. 778 quater se está refiriendo a la certificación del art. 15 del Convenio de la Haya de 1980, por la que se acredite que el traslado o retención es ilícito en el sentido del art. 3 del mismo Convenio). A estos efectos, serán competentes los Tribunales que hayan conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental que afecte al menor o, en su defecto, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. Siendo estos los aspectos principales de un procedimiento ante un caso de sustracción internacional de menores, la LJV contiene dos disposiciones claves, totalmente novedosas, que se van a analizar a continuación: la mención expresa a la posibilidad de que las partes se sometan a mediación, y la alusión a las Redes de Cooperación Judicial Internacional.

El funcionamiento del Convenio reside en las siguientes características: a) Establecimiento de un órgano de enlace entre los Estados: las Autoridades Centrales. En España, la Autoridad Central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, órgano dependiente del Ministerio de Justicia. Cada Estado contratante designa sus Autoridades Centrales (art. 6). Éstas se encargan de localizar a los menores en los Estados partes, de garantizar su devolución al Estado de origen o de la «organización efectiva» del derecho de visita. Para ello, puede colaborar con otras Autoridades Centrales, suministrar información sobre la situación del menor, abrir un procedimiento administrativo o judicial para asegurar su restitución o garantizar el derecho de visita así como facilitar una solución amigable (art. 7)¹⁴.

b) Solicitud de repatriación del menor. Toda persona, u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. Tal solicitud debe contener indicaciones sobre la identidad de todas las partes afectadas, los motivos que llevan a reclamar el retorno del menor y las informaciones disponibles sobre el lugar de residencia de éste (art. 8).c) Cooperación entre Autoridades Centrales. Si la Autoridad Central que recibe la solicitud tiene razones para pensar que el menor se encuentra en otro Estado contratante, ha de transmitir la demanda directamente y sin demora a la Autoridad Central de dicho Estado parte e informar a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al demandante (art. 9).d) Acción directa de restitución del menor. La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor tiene la obligación de adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor (Art. 10). En caso de que no se consiga, el

¹⁴ Vid. A Borrás Rodríguez, “El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España”REDI, vol. XLV, 1993-1, pp. 63-79; Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 .

Convenio crea una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor. Aunque las cuestiones procedimentales quedan al margen de la regulación convencional, se establecen unas directrices básicas que han regir el procedimiento: a') las autoridades judiciales o administrativas deben de actuar con *urgencia* y; b') deben adoptar una decisión en el *plazo de seis semanas* a partir de la fecha de iniciación del proceso (art. 11)¹⁵.

La acción de restitución internacional del menor prevista por el Convenio no tiene por objeto decidir sobre quién debe tener la custodia del mismo sino si el menor debe ser o no restituido. El Convenio establece ciertas causas para denegar el retorno del menor. A tal efecto, deben distinguirse dos supuestos que giran en torno al tiempo transcurrido desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del mismo: a) *Menos de un año desde el traslado*. En este caso, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la restitución inmediata del menor (art. 12). Sin embargo, existen ciertas causas que permiten no ordenar dicha restitución. Tales causas son las siguientes: 1ª) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor (art. 13. párr. 1 a); 2ª) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13. párr. 1. b); 3ª) Menor que se opone a su restitución (art. 13. párr. 2); 4ª) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20). b) *Más de un año*. Si ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (Art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12.2)¹⁶.

¹⁵ Los aspectos procesales para la restitución del menor quedan al margen del Convenio de La Haya de 1980. Corresponde a cada uno de los Estados parte del Convenio la regulación de los mismos. La Ley de Jurisdicción Voluntaria persigue entre otros objetivos actualizar el procedimiento existente para el retorno de menores en casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos.

¹⁶ Sobre las causas de denegación de restitución del menor en el Convenio de La Haya, *vid.* A-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, "Protección de menores", *op. cit.* pp. 460-477. Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146, ISSN 1989-4570.

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

3. 1. Aspectos generales

La mediación aparece como un mecanismo idóneo de resolución de conflictos. Es en la figura de la mediación cuando una persona imparcial, un tercero neutral y técnicamente cualificado ayuda a las partes a restablecer la comunicación y a encontrar por ellas mismas los acuerdos que tengan en cuenta las necesidades de cada uno y en especial aquéllas de los hijos¹⁷. La mayoría de las veces se trata de resolver controversias derivadas de la ruptura o la separación de una pareja mixta, cuyos miembros viven en Estados diferentes, tienen hijos en común y son de razas diferentes no compartiendo las mismas creencias religiosas. Cuando eso es así los procedimientos judiciales suelen ser más costosos, más lentos y la complejidad de los problemas jurídicos mayor. Las ventajas de la mediación como mecanismo alternativo de la resolución de conflictos favorece la resolución de conflictos de forma más económica y rápida y reduce el trabajo de los órganos jurisdiccionales y permite además a las personas en conflicto centrarse en aquellas cuestiones que realmente consideran importantes para llegar a un acuerdo y que, en la mayoría de las ocasiones, no pueden ser tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales, como es la religión o el idioma que han de aprender sus hijos. En los casos de secuestro internacional de menores, la mediación está llamada a desempeñar un importante papel: ayudar a los progenitores a alcanzar un acuerdo respecto a la restitución inmediata del menor al Estado donde residía habitualmente antes de producirse el traslado ilícito o retención, así como crear un ambiente proclive a la toma de decisiones amistosas en torno a la responsabilidad parental del niño¹⁸.

3. 2. El fomento de la mediación familiar internacional en Europa: la UE y el Consejo de Europa

Es de destacar la Recomendación nº R (98)/1 del Comité de Ministros, de 21 de enero de 1998 sobre la mediación familiar cuyo principal objetivo era establecer un marco común sobre la mediación familiar para todos los Estados miembros¹⁹. En octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de

¹⁷ Vid. G. Palao Moreno, “Mediación y Derecho internacional privado”, en E. M. Vázquez Gómez/M. Dolores Adam Muñoz/Noé Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 649-674, esp. pp. 650-654.

¹⁸ Sobre la mediación en los casos de secuestro internacional de menores, vid.: C. Caamiña Domínguez, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, www.riedpa.com, 2011-1. Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

¹⁹ El texto de dicha Recomendación puede consultarse en la página *web* del Consejo de Europa (<http://www.coe.int>).

Tampere, se vuelve a plasmarla posibilidad de comenzar a utilizar métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE. En consecuencia, se elaboró el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, iniciándose con ello una auténtica política comunitaria de fomento de los ADR, en especial de la mediación²⁰. Fruto de todo ello fue la promulgación de la Directiva 2008/52/CE, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹. Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, la actuación más significativa de la UE en orden a impulsar la mediación familiar fue la inclusión de la misma en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 el Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000²². El art. 55 e) Reg. (CE) 2201/2003 contempla la utilización de la mediación en los casos de secuestro internacional de menores, supuestos estos en los que la mediación familiar resulta un mecanismo especialmente útil²³. Un año antes, el Consejo de Europa adoptaba una importante Resolución en este ámbito: la Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002 en la que se promovía la mediación como medio de prevenir el secuestro internacional de menores y como medio para resolver los conflictos familiares.

La Conferencia de La Haya y la mediación familiar internacional

El trabajo de la Conferencia de La Haya en las últimas décadas refleja la creciente importancia de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el marco del Derecho de familia internacional y ha centrado principalmente su trabajo en la mediación en casos de sustracción internacional de

²⁰ Documento COM (2002) 196 final.

²¹ Vid. M^a P. Diago Diago, "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado", en A.-L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, pp. 265-298.

²² Según el Considerando 25, Reg. (CE) 2201/2003: "*La autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental. Con este fin las autoridades centrales deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*". Por su parte, el art. 55 e) dispone que: "*A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de daos personales para: (...) e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*".

²³ Vid. C. Caamiña Domínguez, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, 2010. Aurora Hernández Rodríguez *Mediación y secuestro internacional de menores Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N^o 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

menores en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. A fin de reforzar dicho instrumento internacional, se han puesto en marcha en los últimos años interesantes iniciativas tanto por parte de la Conferencia de La Haya como de organizaciones no gubernamentales.

La Conferencia de La Haya ha intensificado sus trabajos en los últimos años. En 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de la Haya de 1980²⁴. Al año siguiente, se realizó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, cuyo objeto era analizar futuras líneas de trabajo en este ámbito, entre ellas: el posible desarrollo de un instrumento internacional en la materia²⁵. En abril de 2008 se acordó elaborar una Guía de Buenas Prácticas en materia de Mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. Los trabajos comenzaron en 2009. La Guía se aprobó en 2011 y se publicó al año siguiente²⁶. De igual forma, debe prestarse especial atención a la actividad que la Conferencia de La Haya viene desarrollando a efectos de promoción de la mediación y del desarrollo de estructuras de mediación en conflictos familiares transfronterizos en el *Proceso de Malta*. Este proyecto tiene por objeto promover el diálogo entre las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 y los Estados no parte en el mismo, cuyas leyes además, se basan en el Derecho islámico o están influenciadas por éste. El Proceso de Malta se dirige, por tanto, a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, visitas y sustracción de menores especialmente difíciles debido a la inaplicabilidad del Convenio²⁷. Por otro lado, hay que destacar el éxito de los programas de mediación para casos de

²⁴ Vid. S. Vigers, *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980*, Documento Preliminar N° 5 de octubre de 2006, a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 30 de octubre-9 de noviembre de 2006). Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.

²⁵ Vid. Conclusiones de la Comisión Especial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia en: <http://www.hcch.net>, (“Trabajo en curso” y “Asuntos Generales”; Recomendación n° 3).

²⁶ Vid. hcch, *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 2012. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>). Esta Guía es la quinta desarrollada en sustento del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980.

²⁷ Para avanzar respecto a esta cuestión, se han llevado a cabo tres Conferencias en Malta en 2004, 2006 y 2009. En este mismo contexto, se han elaborado con la asistencia de la Oficina Permanente: *Los Principios para el establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta*, noviembre de 2010 Vid., sobre el Proceso de Malta y todos los trabajos desarrollados en este ámbito: www.hcch.net, (Sección Sustracción de Niños, *Cross-Border Family*).

A comienzos de 2011, algunos Estados iniciaron el proceso de implementación de los Principios en sus jurisdicciones y designaron un «Punto de Contacto Central» a efectos de la mediación internacional en materia de familia. Entre estos Estados se encuentran Alemania, Australia, Estados Unidos, Francia y Pakistán. Para más información sobre los “Puntos de Contacto”, vid.: www.hcch.net, (Sección Sustracción de Niños y *Cross-Border Family*).

sustracción internacional de niños específicamente diseñados por parte de organizaciones no gubernamentales.

4. LA MEDIACIÓN EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.

El principal objetivo del Convenio de La Haya de 1980 es velar por el interés superior del niño. Por ello, ante un caso de secuestro internacional, urge la inmediata restitución del mismo al Estado donde residía habitualmente antes de producirse el traslado o retención ilícitos por parte de uno de los progenitores. Para conseguirlo, el Convenio de La Haya instaura un mecanismo de cooperación entre Estados así como una acción directa de retorno del menor. De ahí, deriva el éxito del Convenio. El Convenio de La Haya de 1980 también presenta inconvenientes que, sin embargo, pueden ser superados reforzando el empleo de la mediación en este ámbito. Dichos inconvenientes son los siguientes: a) El Convenio de La Haya es un Convenio *inter partes*. Por tanto, si el menor es trasladado por uno de los progenitores a un tercer Estado, no se podrán aplicar los mecanismos previstos por el Convenio para conseguir la restitución inmediata del menor al país de su residencia habitual. En tales supuestos, resulta difícil encontrar una solución, especialmente si el niño ha sido trasladado a un país islámico. Y ello es así porque en estos Estados no sólo no se retorna al menor sino que además no se garantiza el derecho de visita del otro progenitor. El derecho fundamental del niño a estar en contacto con ambos progenitores queda totalmente vulnerado. Una posible forma de solucionar este problema sería la conclusión de Convenios bilaterales con mecanismos similares a los establecidos en el Convenio de La Haya de 1980. Pero, se dan casos en los que incluso existiendo tales Convenios, no se están aplicando. Así sucede con el Convenio hispano-marroquí²⁸. En este contexto, cabe afirmar que la única solución viene dada por la mediación internacional. En los últimos años, han aumentado vertiginosamente los supuestos en los que el progenitor infractor es quien ejerce el derecho de custodia. De nuevo aquí, la mediación está llamada a desempeñar un importante papel, en tanto que puede llegar a complementar al Convenio de La Haya en aquellos aspectos que el mismo no contempla. El Convenio de La Haya no evita con ello el denominado «nacionalismo judicial»²⁹, propio y típico en estos casos. Pero, si se refuerza la mediación, dicho problema puede solventarse, evitando con ello los segundos e incluso terceros secuestros.

²⁸ Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997. BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

²⁹ Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado. Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

La mediación, en tales casos sirve, para: a) evitar procedimientos judiciales contenciosos en ambos países; b) evitar una segunda o tercera sustracción; c) evitar retrasos en solucionar la situación y; d) conseguir que los padres conserven las relaciones familiares³⁰. Pero la mediación presenta también importantes inconvenientes que deben ser superados si se desea que ésta constituya un mecanismo óptimo de resolución de controversias³¹.

Entre las diversas cuestiones que deben quedar garantizadas en el procedimiento de mediación, cabe destacar las siguientes: a) *Aceptación y alcance del acuerdo de mediación*: Debe informarse a las partes que el recurso a la mediación no supone consentir el traslado o retención, - causa ésta de denegación de restitución por parte de los tribunales donde se encuentra el menor (art. 13) y que no incide en el procedimiento de restitución. En cualquier caso, debe comprobarse que las legislaciones de ambos Estados admiten la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae el mismo. Y ello, con vistas a asegurar la ejecutoriedad del mismo en los dos países con los que presenta vinculación-.

b) *Plazos*: Uno de los principales inconvenientes que puede derivarse del empleo de la mediación en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 es que sea utilizada como una táctica dilatoria por parte de uno de los progenitores. Una vez iniciado el procedimiento de restitución ante los tribunales del Estado donde se encuentra el menor, cabe denegar la restitución del mismo si queda demostrado que éste ha quedado integrado en su nuevo entorno (art. 12.2 Convenio de La Haya). Para evitarlo, en muchos Estados solo se contempla la mediación una vez iniciado el procedimiento de restitución. En cualquier caso, los expertos consideran que la mediación debería ser anterior a todo procedimiento judicial. Si bien es cierto han de adoptarse determinadas cautelas, como por ejemplo: a) establecer restricciones temporales a la duración del procedimiento de mediación y/o; b) que tras un intento fallido para mediar, el procedimiento de restitución del menor se inicie de manera inmediata. También se recurre a la mediación, una vez se ha iniciado el procedimiento de restitución. Si se recurre a la mediación, la opinión del menor debe ser tenida en cuenta pero la responsabilidad última de la decisión sobre el retorno recae en los progenitores.

³⁰ Vid. F. F. Calvo Babío, "La mediación...", *loc. cit., op. cit.*, p. 173.

³¹ Existen importantes diferencias entre la mediación familiar nacional y la mediación familiar internacional. La presencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, diferentes culturas e idiomas hacen la mediación mucho más difícil en estos casos. El riesgo de que el acuerdo de mediación alcanzado por las partes no tenga efecto jurídico en las jurisdicciones involucradas es mucho mayor. Las partes pueden desconocer, además, las consecuencias jurídicas que pueden derivar de un cambio de residencia habitual del niño que ellas mismas han consentido, algo que puede afectar a la competencia judicial internacional y al derecho aplicable respecto del derecho de custodia y de visita, y puede afectar a los derechos y obligaciones de las partes.

Los casos de sustracción internacional de menores se caracterizan por los altos niveles de tensión entre las partes y por presentar otras dificultades añadidas como: la posible existencia de un procedimiento penal abierto en el Estado de residencia del menor contra el progenitor sustractor, cuestiones de Derecho de extranjería (visado) así como, en algunos Casos en sede del procedimiento de restitución, causa de rechazo del retorno (art. 13 Convenio de La Haya), violencia de género.

Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores: Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt142.

5. LOS «ODR» (*ONLINE DISPUTE RESOLUTION*) EN LOS CASOS DE SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

5.1. Los «ODR»: Aspectos generales

Los «ODR» (*Online Dispute Resolution*) son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de la tecnología de la información y de la comunicación, especialmente Internet. Los «ODR» engloban no sólo los «ADR» (*Alternative Dispute Resolution*) sino todo tipo de mecanismo de resolución de conflictos, incluido el proceso judicial³². Los «ODR» se desarrollan de forma completamente virtual. No obstante, pueden configurarse también mediante la celebración de una o varias sesiones presenciales, llevándose a cabo las etapas básicas del procedimiento (presentación de escritos, notificaciones, deliberaciones y resultados) mediante el uso de la tecnología, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia o la videoconferencia. Instrumentos estos que quedan integrados en la plataforma.

En el caso de la mediación, se crean diferentes espacios dentro de la correspondiente plataforma, dotados con las herramientas de comunicación anteriormente citadas. Normalmente existe un espacio para poder llevar a cabo el «caucus»³³. Generalmente, la tecnología se complementa con el tercero. Pero también existen métodos en los que ésta reemplaza y hace las veces de este último. De ahí que se hable de los «ODR» como la «cuarta parte». Así sucede en la negociación *Blind Bidding*³⁴, *Assisted Negotiation*³⁵ y, en los denominados, *Solution Set Databases*³⁶.

Los «ODR» han surgido y se han visto impulsados en el mismo ámbito que los conflictos que tratan de resolver: aquéllos derivados de las transacciones celebradas vía Internet. Los «ODR» están resultando ser de gran utilidad para

³² Sobre los ODR, en general, *vid.*: M. Sanz Parrilla, "El uso de medios electrónicos en la mediación", en H. Soletto Muñoz, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 444-448.

Aurora Hernández Rodríguez *Mediación y secuestro internacional de menores Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

³³ Es una técnica propia de la mediación en virtud de la cual el mediador se comunica con cada una de las partes por separado: uno para la relación entre el tercero y cada una de las partes, otro espacio común para todos los participantes y un apartado para el archivo de documentos.

³⁴ Este mecanismo se utiliza cuando el conflicto versa sobre un desacuerdo en torno a una cantidad de dinero. En este caso, las partes realizan diferentes ofertas, desconociendo aquellas realizadas por la parte contraria. Una vez que dichas propuestas se encuentran dentro de un mismo rango, el programa informático resuelve la controversia fijando la cantidad, que será el montante medio dentro de la horquilla donde las ofertas coincidieron. Este método fue diseñado por *CyberSettle* (www.cybersettle.com).

³⁵ En este mecanismo el *software* es utilizado para reformular los argumentos de las partes y proporcionar propuestas de solución del conflicto. El programa tras conocer las posiciones y reacciones de los participantes ante las distintas propuestas, puede llegar a dar una solución óptima de la disputa basada en las preferencias de las partes.

³⁶ En este caso, se trata de programas encargados de realizar un conjunto de preguntas a las partes en torno a la disputa que las enfrenta. Una vez obtenida la información, el software da una lista de posibles soluciones, de manera que las partes, a través del intercambio de información, eligen una de ellas como arreglo a su controversia



solventar conflictos surgidos de relaciones jurídicas celebradas de forma presencial en el ámbito no sólo comercial sino también familiar. Las principales ventajas que se derivan de estos métodos de resolución de conflictos en línea: a) reducción considerable de gastos implícitos a la solución de una controversia (gastos de desplazamiento, gestión de la información, reducción del número de personas que intervienen, al ser sustituidas en ciertas funciones por la tecnología; b) favorece y facilita la participación de todos los participantes, especialmente cuando esto se encuentren en distintos países, diferentes zonas horarias, c) el tercero, cuando interviene, y sobre todo las partes tienen tiempo para reflexionar e incluso para poder consultar a otra u otras personas, reduciéndose con ello la eventual hostilidad que pudiera existir³⁷. Los «ODR» también adolecen de ciertos inconvenientes, tales como: a) la falta de comunicación no verbal de los encuentros digitales, si bien esta debilidad puede mitigarse con el uso de la propia tecnología: caso de las videoconferencias o del uso de métodos híbridos presencial-virtual; b) la insuficiente implicación de las partes en la resolución del conflicto como consecuencia de la comunicación asincrónica³⁸.

5.2. La mediación online en los casos de secuestro internacional de menores

En los casos de sustracción internacional de menores, la distancia geográfica plantea desafíos especiales para la mediación. Concertar una reunión en persona para una o varias sesiones de mediación puede ser costoso y requerir mucho tiempo. En este contexto el empleo de las nuevas tecnologías puede resultar muy útil. Cuando la presencia física de ambas partes en una sesión de mediación no fuera apropiada o factible, debería de acudir a la mediación indirecta y a la larga distancia. Los mediadores que reciben una solicitud de mediación en el marco de un caso de sustracción de menores deben ponderar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto, dos factores: a) la factibilidad de las sesiones de mediación en persona y; b) el lugar apropiado de dichas sesiones. Frecuentemente, las sesiones de mediación en los casos de sustracción internacional de menores tienen lugar en el país al que el niño ha sido trasladado³⁹. De todo ello se derivan dos ventajas: a) la posibilidad de concertar un encuentro entre el progenitor perjudicado y el niño, algo que podría tener un efecto positivo en la mediación; b) simplificar el vínculo entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial previsto en el Convenio de La Haya de 1980. Pero

³⁷Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

³⁸ Vid. R. Alzate Sáez De Heredia, “La resolución alternativa de disputas en línea. Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI / coord por Leticia García Vilaluenga, Jorge Luis Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro, Carmen Fernández Canales, vol .2, 2010 (Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos) ISBN 978-84-290-1624-6, pp.172-173.

³⁹ Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

también se derivan inconvenientes: a) elegir como sede el Estado al que el niño ha sido trasladado puede interpretarse como una «injusticia adicional» para el progenitor perjudicado, que podría pensar que su acuerdo de intento de mediación, -en lugar de seguir el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya-, ya supone una concesión; b) dicha elección, conlleva al mismo tiempo unos costes: gastos de traslado; c) deben quedar solventadas las cuestiones de inmigración, que permitan al progenitor perjudicado entrar y permanecer en el Estado en que se encuentra el menor, si bien es cierto esta cuestión legal debe quedar resuelta de igual forma, en caso de que se inicie el procedimiento de restitución previsto por el Convenio de La Haya. También cabría la posibilidad de llevar a cabo la mediación en el país desde el cual el niño fue trasladado de forma ilícita. En cualquier caso, tal opción presenta dificultades añadidas, tales como: a) la posibilidad de que esté pendiente un proceso penal contra el progenitor sustractor; b) que dicho progenitor se muestre reticente a dejar al niño al cuidado de un tercero durante su ausencia.

Es el mediador o los mediadores los que en función de las circunstancias del caso concreto, determinen cual es la opción posible y más apropiada para poder alcanzar una solución amigable. Cuando la sesión de mediación en persona no sea apropiada o posible, puede optarse por la mediación a larga distancia o mediación *online*. Puede suceder así, en aquellos casos en los que hay acusaciones de violencia doméstica y una de las partes declarara su deseo de someterse a mediación pero su imposibilidad de estar en la misma sala con el otro progenitor. La mediación online también puede resultar muy útil cuando el progenitor perjudicado no puede viajar al Estado donde se encuentra el menor, bien por razones económicas, bien por razones de visado. Con la ayuda de la tecnología moderna, las reuniones virtuales en persona pueden ser relativamente fáciles de organizar. La mediación a larga distancia plantea desafíos específicos, entre ellos: 1º) la forma de garantizar la confidencialidad y; 2º) la forma de desarrollar la propia sesión de mediación a fin de evitar toda duda en cuanto a la neutralidad de la mediación.

Para determinar si los «ODR», pueden ser un procedimiento efectivo en casos de sustracción internacional de menores, se tienen que analizar las ventajas e inconvenientes propios de los mismos en este contexto particular. Así, cabe afirmar que: a) En muchas ocasiones, los progenitores, dado el alto componente emocional de este tipo de conflictos, prefieren no tener un encuentro en persona, especialmente si hay acusaciones de violencia de género; b) Los beneficios de una mediación online solo serán efectivos si el mediador ha sido entrenado a tal efecto, y los progenitores están habituados al uso de las nuevas tecnologías, caso contrario el procedimiento será mucho más lento; c) Las comunicaciones online son totalmente diferentes a aquéllas que tienen lugar en persona. No se puede ignorar que la mediación online tiene lugar frente a la pantalla de un ordenador. En los casos de sustracción de menores, es particularmente relevante trabajar hacia una relación positiva entre los progenitores. En este sentido, el papel del mediador puede quedar limitado por el uso de los «ODR» en tanto que resulta más



difícil mantener el control efectivo sobre las dos partes. No es sencillo hablar a los progenitores de forma simultánea, o cambiar el tono negativo de una expresión, al menos si se utiliza como medio de comunicación los e-mails.

6. CONCLUSIONES

Los casos de secuestro internacional de menores se han incrementado en los últimos años como consecuencia de la globalización. Distintos organismos internacionales que han elaborado instrumentos internacionales para poder ofrecer una solución al respecto. De todos ellos, el más efectivo en la práctica es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre determinados aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Ello es así porque dicho instrumento internacional no entra a resolver cuestiones de fondo relativas al derecho de custodia y al derecho de visita. En su lugar, establece un mecanismo de cooperación entre autoridades de los distintos Estados contratantes y una acción directa de restitución inmediata del menor al lugar donde residía habitualmente antes de producirse el traslado o retención ilícitos. El propio Convenio de La Haya, consciente de la utilidad que puede reportar la mediación para alcanzar soluciones amistosas a los conflictos derivados de las relaciones familiares internacionales, establece la obligación de los Estados de hacer todo lo posible para facilitar y potenciar su empleo (art. Cuadernos de 7 y 10). Para que dicha mediación sea eficaz resulta necesario que se ofrezcan determinadas garantías que afecten al mismo procedimiento, tales como: la accesibilidad y el alcance del acuerdo de mediación, los tipos de mediación (simple o co-mediación, directa o indirecta) o la ejecutoriedad del acuerdo en las jurisdicciones conectadas con el caso concreto. Si se consigue ofrecer tales garantías, la mediación no sólo puede ser un mecanismo idóneo de resolución de conflictos en casos de secuestro internacional de menores, sino que además puede servir para superar los inconvenientes que el propio Convenio de La Haya presenta.

En los casos de secuestro internacional de menores, en los que existe una distancia geográfica entre los progenitores, el uso de las nuevas tecnologías en los métodos alternativos de resolución de conflictos puede resultar de una gran utilidad. Pero, de nuevo en este contexto, deben adoptarse ciertas cautelas especialmente por lo que concierne a la *confidencialidad* y a la *neutralidad* de la mediación.

En cuanto a la elección del tipo de mediación y garantías sustantivas decir que una de las mayores ventajas que presenta la mediación es su enorme flexibilidad procedimental. Así, se ha indicado ya que, para evitar dilaciones indebidas en el procedimiento de restitución, la flexibilidad puede proyectarse sobre la planificación temporal del proceso. De los mediadores internacionales que aceptan intervenir en situaciones de secuestro se espera una total disponibilidad durante el tiempo que se prevea dedicar a las sesiones de mediación; y éstas suelen concentrarse en pocos días, especialmente si el progenitor que reclama la restitución se desplaza al Estado donde se encuentran el

secuestrador y el menor (o los menores). En tales casos, se sigue lo que se denomina *block mediation*: se tratará de llegar a un acuerdo en un horario intensivo, a lo largo de días consecutivos (*ad ex.*, 12 a 16 horas a lo largo de un fin de semana, o 3 sesiones de un máximo de 3 horas cada una, en un periodo de dos días). En los casos en los que los padres no se encuentran físicamente en el mismo lugar, y no pueden o no quieren comunicarse al mismo tiempo, empleando medios como el teléfono o la video conferencia para desarrollar las sesiones (mediación directa), se recurre al empleo de la mediación indirecta: el mediador se entrevistará con cada uno de ellos de forma separada. Cabe la posibilidad de que sea el mediador el que se desplace de un país a otro, desarrollando lo que se conoce como mediación lanzadera. Esta opción, la de la mediación indirecta, se ha señalado como adecuada en los casos en que uno de los progenitores lo pida, alegando la existencia de violencia o intimidación. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación (1693) 2003, en la mediación resulta fundamental que ambas partes se encuentren en plena igualdad, y la igualdad no se predica de situaciones en las que una de las partes está en clara desventaja emocional, porque la otra ejerce sobre ella cualquier tipo de violencia⁴⁰.

Los mediadores tienen que estar especialmente atentos a posibles situaciones de desigualdad. Existen numerosos factores que no sólo impiden la adopción libre de los acuerdos más adecuados, sino que ponen en desventaja a uno de los progenitores, normalmente a la mujer: la violencia física o psíquica, la dependencia económica o la supeditación de la regularidad de su situación, conforme a la legislación de extranjería, a que no haya una separación del cónyuge, si éste fue el reagrupante, son sólo algunos de ellos. Otra proyección de la flexibilidad se halla en la elección del tipo de mediación, en lo que respecta al número y características del mediador. Si en situaciones internas lo más habitual es que el mediador sea uno –aunque en ocasiones la mediación también se encomiende a equipos–, en las situaciones internacionales de secuestro el empleo de la co-mediación se concibe como beneficioso. Se han desarrollado diversos programas hasta la fecha, tanto por parte de organizaciones como *reunite* o el *Service SocialInternationale*, cuanto de carácter binacional, como el Germano-Francés, el Germano-Americano, el Anglo-Germano, y más recientemente, el Germano-Polaco, que consisten, todos ellos, en el nombramiento de dos mediadores: un hombre y una mujer, uno de formación jurídica y el otro psico-social o educativo, y cada uno de la nacionalidad de uno de los progenitores, y, preferiblemente, residente en el otro Estado, del que no es nacional. Así, si, por ejemplo, la familia es germano-estadounidense, se procurará que uno de los mediadores sea un(a) estadounidense con residencia en Alemania, y el otro, un alemán, o una alemana, si el otro mediador es hombre, con residencia en los Estados Unidos.

⁴⁰ *Vid.* Recommendation 1693 (2003), Family mediation and gender equality, adopted on 25 November 2003, disponible en www.coe.int

Los operadores jurídicos contemplan la mediación como método alternativo de resolución de conflictos auxiliar y complementario a la Administración judicial, calificando la mediación como una importante forma de llevar a cabo la colaboración de los ciudadanos en la Administración de Justicia⁴¹. El mediador, una vez fijado el ámbito de su actuación, debe abstenerse de actuar cuando se desborde el ámbito legal de su competencia, las partes -sean socios o administradores- pueden poner fin al proceso en cualquier momento, pero cuentan con una senda útil para la solución de ciertas diferencias. Destacamos que la resolución refiere expresamente la “incontroversada” posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general y por lo mismo también respecto a la mediación, aunque después se deba fijar cual es el conflicto concreto en el que se ha de desenvolver la actividad del mediador. En el campo de las relaciones familiares debemos recordar que la mediación familiar fue introducida en el derecho procesal español por la Ley 15/2005, de 8 de julio, aunque ya estaba presente en nuestro derecho positivo por su inserción en algunas normas de derecho internacional privado, entre las que destaca en el ámbito de la responsabilidad parental el Reglamento (CE) 2201/2003, en cuyo artículo 55.e) se establece que las Autoridades Centrales de los Estados miembros, cooperarán para «facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza»....Más allá de las técnicas legislativas lo más reseñable es que el ámbito familiar con sus primeras experiencias piloto ha mostrado que “La mediación implica un esfuerzo de la parte, del propio ciudadano, por retomar el protagonismo respecto de los propios problemas”⁴². Los resultados de los esfuerzos de los operadores jurídicos que trabajan con las crisis familiares han sido la vanguardia de la mediación.

Las nuevas tecnologías presentan un nuevo por lo que ya se avanzan nuevas formas de mediación on-line, denominadas comúnmente ODR (*on-line dispute resolution*). Aun cuando puede decirse que en este escenario se diluye el “factor humano” de la mediación, el empleo de los medios digitales puede facilitar el uso de la mediación tal y como aparece recogido tanto en la Directiva de referencia como en la ley que la transpone. La mediación electrónica se erige como una subespecie de mediación que debe observar todos los principios generales y características básicas de la misma y es una opción válida a disposición de las partes, por lo tanto los que nos formamos en mediación estamos destinados a entendernos con las nuevas tecnologías. Aunque en principio se entiende que estamos preparados será necesario un esfuerzo complementario ⁴³.

⁴¹ Fábrega Ruiz, C. F y Heredia Puente, M. “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”. Revista del Colegio de Abogados de Jaén.

⁴² Pascual Ortuño, J. P. (2013). “La mediación en el ámbito familiar”. Revista Jurídica de Castilla y León, nº 29 enero de 2013. ISSN: 2254-3805 Arbitraje y Mediación. Pág. 6.

⁴³ Martín Diz, F. (2012). “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación” Práctica de Tribunales, Nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY 17533/2012. Pags. 6, 7, 13.

Considero que la mediación no puede permanecer ajena a la influencia de las nuevas tecnologías, es un instrumento más en las manos de las partes y del mediador, máxime cuando la Unión Europea se manifiesta a favor de las ODR.

7. Referencias bibliográficas

- Adam Muñoz, Dolores /Noé Cornago Prieto (coords.), (2013): *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia.
- Álvarez González, S.: "Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- Alzate Sáez de Heredia, R. (2010): "La resolución Alternativa de disputas en línea.", *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* / coord. por Leticia García Villaluenga, Jorge Luis Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro, Carmen Fernández Canales, Vol. 2, (Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos), ISBN 978-84-290.
- Borrás Rodríguez, A (1993): "El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España" *REDI*, vol. XLV, 1993-1.
- Caamiña Domínguez, C. (2014): "La mediación ante el secuestro internacional de menores", www.riedpa.com, 2011-1. Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.
- Caamiña Domínguez, C. (2014): *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid. 2010. Aurora Hernández Rodríguez Mediación y secuestro internacional de menores *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.
- Calaza Lopez, S. (2015): "El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores", *Diario La Ley*, núm. 8564, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2015, Ref. D-246, Editorial La Ley.
- Calvo Babío, F. F. (2006): "La mediación en la sustracción internacional de menores", en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid.
- Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, A.-L. (2013): "*Protección de menores*" en *Derecho internacional privado*, volumen, 14ª edición. Ed Comares, Granada.
- Conclusiones de la Comisión Espacial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia en: <http://www.hcch.net>., ("Trabajo en curso" y "Asuntos Generales"; Recomendación nº 3).
- Diago Diago, Mª P. (2008): "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado", en A.-L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid.
- Fábrega Ruiz, C. F y Heredia Puente, M. "La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia". *Revista del Colegio de Abogados de Jaén*.
- Fernández de Buján, A. (2014): "El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores", *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm. 85, abril.
- Hernández Rodríguez, Aurora (2014): Mediación y secuestro internacional de menores. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2.
- Lloria García, P. (dir.) (2008): *Secuestro de menores en el ámbito familiar; Un estudio interdisciplinar*, Madrid.
- Los Principios para el establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta*, noviembre de 2010 *Vid.*, sobre el Proceso de Malta y todos los trabajos desarrollados en este ámbito: www.hcch.net, (Sección Sustracción de Niños, *Cross-Border Family*).
- Martín Diz, F. (2012). "Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación" *Práctica de Tribunales*, Nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial La Ley 17533/2012.
- Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 2012. (Texto disponible

- en: <http://www.hcch.net>). Esta Guía es la quinta desarrollada en sustento del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980.
- “Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme, de la ONG reunite International Child Abduction Center”, pp. 4-5, disponible en www.reunite.org.
- Palao Moreno, G. (2013): “Mediación y Derecho internacional privado”, en E. M. Vázquez Gómez/M. Dolores Adam Muñoz/Noé Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia.
- Pérez Vera, E. (1980): *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, pp. 4 y 5. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>).
- Sabido Rodríguez, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, nº 7066, de 28 de noviembre de 2008.
- Sanz Parrilla, M. (2011): “El uso de medios electrónicos en la mediación”, en H. Soletto Muñoz, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid.
- Vigers, S. (2006): *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980*, Documento Preliminar N° 5 de octubre de 2006, a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 30 de octubre-9 de noviembre de 2006). Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.