

LA APLICACIÓN DE LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A
LA MEDIACIÓN

*THE APPLICATION OF ADR IN INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION. SPECIAL REFERENCE TO MEDIATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 258-287

María Dolores
CANO
HURTADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La sustracción internacional de un menor genera un conflicto familiar de muy compleja solución, que produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales respecto del progenitor perjudicado, que exige una rápida solución, ya que las consecuencias del paso del tiempo cuando se habla de menores pueden ser irreparables. Las ADR, y principalmente en el ámbito del Derecho de familia la mediación, han contado con un respaldo generalizado desde su origen, al considerar que sus características podían aportar ventajas en la resolución de estos conflictos. Este apoyo se pone de manifiesto en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, del que forman parte más de cien Estados. Sin duda, estos mecanismos son casi la única solución cuando alguno de los Estados que intervienen en la sustracción internacional de menores no forman parte del Convenio. En el ámbito de la Unión Europea destaca en la actualidad el Reglamento Bruselas II Ter, que ha dado un gran impulso a la mediación y a otras vías alternativas de resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores; mediación; ADR; Reglamento Bruselas II Ter; Convenio de la Haya 1980.

ABSTRACT: *The international child abduction generates a family conflict that is very difficult to resolve. This conflict produces a breakdown in the parent-child relationships that requires a quick solution. The consequences of the passage of time when talking about children can be irreparable. The ADR, and mainly in the field of family law, mediation, have had widespread support since their origin, considering that their characteristics could provide advantages in the resolution of these conflicts. This support is evident in The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of October 25, 1980, to which more than one hundred States are parties. Without a doubt, these mechanisms are almost the only solution when some of the States that intervene in the international abduction of minors are not part of the Convention. In the European Union, the Brussels II Ter Regulation currently stands out, which has given a great boost to mediation and other alternative means of conflict resolution.*

KEY WORDS: *The international child abduction; mediation; ADR; Brussels II Ter Regulation; The Hague Convention 1980.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO QUIEBRA DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.- III. LA MEDIACIÓN EN LAS CRISIS FAMILIARES. ESPECIAL REFERENCIA DE SU APLICACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.- I. La mediación familiar: origen y evolución de su aplicación como mecanismo de resolución de conflictos familiares.- 2. La mediación como medio de resolución en la sustracción internacional de menores.- IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- I. El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.- 2. Iniciativas para el impulso de la mediación en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.- V. LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA UE.- I. El tratamiento en general de las ADR en el ámbito de la UE.- 2. Especial referencia al tratamiento de las ADR en el Reglamento Bruselas II Ter.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando tras una crisis familiar de forma unilateral un progenitor traslada ilícitamente a sus hijos menores de edad se produce un supuesto de sustracción, que adquiere carácter internacional cuando traspasa la frontera del país donde residían de forma habitual. Este elemento transnacional genera el supuesto más grave, puesto que las dificultades para restablecer el “status quo” anterior son mayores, siendo la situación especialmente complicada cuando los progenitores son de distintas nacionalidades y pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones. Efectivamente, la sustracción internacional de menores es una situación muy compleja en las relaciones familiares, pero también lo es desde un punto de vista jurídico, ya que produce un conflicto de difícil, e incluso en ocasiones, de imposible solución, que exige un gran esfuerzo de cooperación entre los Estados implicados, especialmente cuando no comparten un marco legal que les conceda cobertura y un procedimiento a seguir, tal y como ocurre cuando se ven implicados como receptores de la sustracción del menor la mayoría de los Estados islámicos, que se mantienen al margen de la normativa internacional existente reguladora de esta materia¹.

En este contexto, el recurso a los medios alternativos de resolución de conflictos, principalmente la mediación, pueden jugar un papel muy importante en aras a restablecer las relaciones paterno-filiales, que quedaron totalmente quebradas tras la sustracción del menor por parte de uno de sus progenitores.

¹ Para un estudio sobre los problemas específicos de la sustracción internacional de menores por motivos religiosos ver CANO HURTADO, M.D.: “International child abduction. Special reference to the cases generated by religious disagreement between parents”, en AA.VV.: *Entre persona y familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y G. CARAPEZZA FIGLIA), Reus, Madrid, 2023, pp. 411-430.

• María Dolores Cano Hurtado

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad CEU Cardenal Herrera. Correo electrónico: mcano.el@uchceu.es

Efectivamente, tal y como tendremos ocasión de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, estos mecanismos por sus características pueden resultar más idóneos que los recursos judiciales tradicionales, ofreciendo mejores y más rápidas soluciones a los supuestos de sustracción internacional de menores, sin duda, una de las situaciones más angustiosas y complejas que se pueden producir en el seno de una familia, al generar una ruptura traumática en las relaciones paterno-filiales.

II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO QUIEBRA DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

Hoy en día en un mundo globalizado la movilidad de los sujetos es algo habitual, fomentada por la facilidad de los desplazamientos, bien por motivos lúdicos, o por búsqueda de mejores oportunidades laborales. Una de sus consecuencias es la proliferación de las llamadas relaciones mixtas, esto es, aquellas parejas formadas por personas de distinta nacionalidad y, en consecuencia, de diferente idioma, cultura y creencias². Estas relaciones, que en un principio pueden resultar muy enriquecedoras, pueden, sin embargo, generar a la larga discrepancias por el choque cultural, principalmente respecto de la educación de los hijos. Cuando la situación de crisis se agrava y termina en ruptura, no son pocas las ocasiones en las que el no nacional, principalmente cuando no ha logrado un fuerte arraigo, quiere regresar a su país de origen buscando el apoyo de su familia y amigos, dejando atrás la que hasta entonces había sido su residencia habitual. El problema se genera cuando en su retorno quiere llevarse consigo de forma unilateral a los hijos fruto de esa relación, apropiándose en exclusividad de ellos, lo que desemboca en el fenómeno de la sustracción internacional de menores. Con esta actuación no solamente se produce una ruptura con la pareja, sino que también provoca respecto del otro progenitor una quiebra en las relaciones paterno-filiales.

Conviene tener presente que estas relaciones generan un entramado de obligaciones y de responsabilidades, tanto de carácter económico, como referentes a la esfera personal, que se encuentran lógicamente acentuados en el periodo de minoría de edad de los hijos. El artículo 154 del CC español regula los aspectos fundamentales de la patria potestad, así como los deberes y las facultades que su ejercicio supone para los progenitores. Este precepto fue objeto de una importante reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470), al configurar la patria potestad como responsabilidad parental, ejerciéndose siempre en interés

2 Según los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) a fecha 22 de noviembre de 2023, en España en el año 2022 se celebraron 27.314 matrimonios donde uno de los cónyuges es extranjero, lo que supone una variación respecto al mismo periodo del año anterior de 24,49 (información obtenida del Instituto Nacional de Estadística INE https://www.ine.es/dyngs//INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ulti-Datos&idp=1254735573002 página consultada en diciembre de 2023).

de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. La responsabilidad parental, señala el precepto, comprende el deber de velar por los hijos no emancipados que están bajo la patria potestad, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En definitiva, como consecuencia de la relación paterno-filial surgen una serie de derechos-deberes que han de ser siempre ejercidos en interés de los hijos, siendo uno de ellos el derecho a relacionarse³. Cuando los progenitores viven junto con sus hijos, las relaciones entre ellos fluyen de forma natural dentro del marco de la convivencia cotidiana y de los lazos afectivos que surgen entre todos ellos. Ahora bien, la ruptura de las relaciones entre los progenitores propiciada por una crisis de pareja no ha de implicar la ruptura de las relaciones con los hijos, que han de permanecer en la medida de lo posible ajenos a esa situación⁴. Debe tenerse en cuenta que el derecho a relacionarse es recíproco, así lo determinó la STC de 22 de diciembre de 2008 cuando resolvió el Recurso de Amparo núm. 4595-2005 al afirmar respecto del derecho a relacionarse que "... se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos..."⁵.

Por tanto, en caso de separación o divorcio, y con independencia del régimen de custodia que se haya establecido, habrá de quedar salvaguardado el ejercicio del derecho de relación entre los progenitores y los hijos, salvo en aquellos casos en los que se justifique su suspensión atendiendo al interés superior del menor⁶. Si bien a los progenitores se les reconoce un cierto ámbito de autonomía para

- 3 Utilizamos la expresión "derecho a relacionarse" al entender que en la actualidad responde mejor a la concepción actual. Así, el término relación, se define en su tercera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la R.A.E. como "conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona", abarcando así un significado más amplio que responde a cualquier situación en el trato familiar. En este sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 60-61. De igual forma, emplean la expresión derecho de relación entre otros, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: "Derecho de relación con el menor y derecho de visitas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, versión electrónica BIB 2011\1015, p. 3; MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L., Madrid, 2016, p. 175; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja", en AA.VV.: *Separación y Divorcio: interferencias parentales* (coord. F. FARIÑA, R. ARCE, M. NOVO Y D. SEJO), NINO Centro de Impresión Digital, Santiago de Compostela, 2010., pp. 27 y ss. http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Separacion_y_Divorcio_Interferencias_parentales.pdf (fecha de la consulta diciembre 2023).
- 4 Como señala GARCÍA GARNICA, M^a C.: "...salvo que el interés de los hijos menores aconseje lo contrario, se debe procurar que la ruptura de pareja no sponga la ruptura de la familia o, más concretamente, de las relaciones paterno-filiales..." ("El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre, 2009, núm. 23, p. 203).
- 5 STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) Fundamento Jurídico 5º. Además, añade que, si bien las decisiones que se adopten lo harán atendiendo al interés superior del menor, sin embargo, "... el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable..." (Fundamento Jurídico 6º).
- 6 Ver al respecto principalmente los artículos 92, 94 y 160 del Código Civil.

decidir cómo gestionar las relaciones con sus hijos menores tras la ruptura de la convivencia, sin embargo, todo está supeditado a un exhaustivo control judicial regulado por normas de "ius cogens", reconociendo al Juez la posibilidad de adoptar cuantas medidas estime oportunas en aras a proteger el interés superior del menor.

Cuando un progenitor decide unilateralmente llevarse con él a un hijo menor, con independencia de que sea o no el progenitor custodio, produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales, vulnerando, además, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, que ha de adoptarse de forma consensuada. En este sentido, el citado artículo 154 del Código Civil sufrió otra modificación muy importante mediante la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE-A-2021-9347), poniendo fin a un tema que había generado un debate en la práctica. Se discutía si el cambio de domicilio del menor se incluía o no dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad. La reforma, además de garantizar que el menor cuando tenga suficiente madurez ha de ser oído en condiciones idóneas en todas las decisiones que le afectan, se hace eco de la tesis mantenida en los últimos tiempos por la jurisprudencia, y por la mayoría de la doctrina⁷, al señalar que, la decisión para determinar el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad recae en el ámbito del ejercicio de la patria potestad. En consecuencia, solo podrá ser modificada con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Por tanto, ni siquiera el progenitor custodio puede unilateralmente cambiar la residencia del menor, ya que se trata de una decisión que se ubica dentro del ejercicio de la patria potestad, y no de quién ostenta la custodia.

En consonancia con esta reforma del artículo 154 del Código Civil, la misma Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio introdujo una importante modificación en el artículo 225 bis del Código Penal, ya que a partir de ella el progenitor custodio también puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, donde solamente podía cometer el delito el progenitor no custodio. De esta forma se deja patente la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para poder llevar a cabo cualquier modificación de domicilio. Así, el art. 225 bis CP señala que el delito de sustracción del menor se genera cuando el progenitor sustrae al menor sin causa justificada⁸. Habrá causa justificada cuando

7 Ver el análisis jurisprudencial y doctrinal que realiza CANO HURTADO, M^o D.: "Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio", en AA.VV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (editora A. M^a PÉREZ VALLEJO, coord. por M^a P. ANTON MORENO), Dykinson S.L., Madrid, 2019, pp. 25-31.

8 Para un análisis jurisprudencial de la expresión "sin causa justificada" ver DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores", en AA.VV.: *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 317 ss.

el sustractor lleva a cabo la conducta ante un peligro inminente del menor, por ejemplo, por malos tratos, o abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el menor. Pero ¿Qué debemos entender por sustracción? El art. 225 bis CP en su apartado 2º, modificado por la citada Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, da una definición, señalando que: “A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia⁹. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”¹⁰. Cuando estas actuaciones se lleven a cabo llevando al menor fuera de España, estaremos ante un supuesto de sustracción internacional.

A la vista de lo expuesto hemos de concluir señalando que el derecho de relación entre padres e hijos es esencial, por ello, en los supuestos en los que se produce una ruptura en la convivencia de los progenitores es imprescindible articular de la mejor forma posible cómo se va a ejercitar este derecho a partir de ese momento, intentando en la medida de lo posible paliar las consecuencias negativas que esta ruptura acarrea en los hijos, que dejarán de convivir de forma habitual con ambos progenitores¹¹.

Cuando se lleva a cabo un supuesto de sustracción internacional por parte de uno de los progenitores se produce una quiebra en el ejercicio de este derecho que exige una pronta restauración, puesto que cuando hablamos de menores el tiempo es un factor esencial, pues ante la falta de relación el progenitor que se ha visto privado de todo contacto pronto puede pasar a convertirse en un auténtico extraño para su hijo. Ante esta gravísima situación se hace necesario articular mecanismos que tengan por finalidad una rápida resolución de este grave conflicto familiar. Más allá de la resolución por vía jurisdiccional, que en términos generales resulta muy lenta y no siempre satisface a todas las partes implicadas, cabe plantearse qué papel pueden jugar al respecto las ADR (Alternative Disputes Resolution), tal y como veremos a continuación.

9 Antes de la reforma se decía: “1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia”.

10 Antes de la reforma se decía: “2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.

11 En el ámbito internacional encontramos distintos instrumentos jurídicos que reconocen el derecho de relación paterno-filial, entre otros: el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992; el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007; finalmente, el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

III. LA MEDIACIÓN EN LAS CRISIS FAMILIARES. ESPECIAL REFERENCIA DE SU APLICACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

La mediación familiar: origen y evolución de su aplicación como mecanismo de resolución de conflictos familiares.

El acrónimo ADR (Alternative Dispute Resolution)¹² acoge, en términos generales, una multitud de procedimientos formales e informales que están fuera de los mecanismos tradicionales judiciales de solución de disputas (mediación, conciliación, arbitraje...). Actualmente podemos decir que existen una gran variedad de ADR, puesto que dentro de los límites que cada ordenamiento jurídico establezca, los sujetos son libres, por el juego de la autonomía de la voluntad, de elegir el sistema de resolución de conflictos que consideren más adecuado para su disputa particular¹³. Sin embargo, no cabe duda de que, en los conflictos familiares, y en particular en el tema que nos ocupa tal y como veremos, es la mediación la que se erige como la ADR por excelencia, apostando por ella la mayor parte de las legislaciones, tanto a nivel estatal como internacional¹⁴.

El origen de las ADR lo encontramos, según la doctrina generalizada, en la celebración de The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, conocida también como Conference Pound, que tuvo lugar del 7 al 9 de abril de 1976. Esta Conferencia tuvo por finalidad plantear propuestas alternativas para intentar solucionar las ineficacias del tradicional sistema judicial de Estados Unidos¹⁵. Una de las medidas planteadas vino de la mano de Frank E.A. Sander, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, y consistía en la instauración de las ADR, a través de la exposición del célebre sistema denominado "multi-door

12 En español el acrónimo sería MASC para referirse a los Medios Alternativos de Resolución de Controversias, sin embargo, a lo largo del trabajo seguiremos utilizando el acrónimo anglosajón.

13 Dentro de las ADR se pueden distinguir, por un lado, los métodos autocompositivos (ej. negociación, conciliación y mediación), en ellos son las personas afectadas por el conflicto, bien por ellas mismas o ayudadas por un tercero, las que encuentran una solución mediante un acuerdo pactado por ellas. Por otro lado, estarían los métodos heterocompositivos (ej. arbitraje y vía judicial), donde el tercero es el que resuelve el conflicto imponiendo una solución vinculante para las partes (ARGUDO PERIZ, J.L.: "Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en Aragón", AA.VV.: *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón* (coord. J.L. ARGUDO PERIZ), Editores Gobierno de Aragón: Universidad de Zaragoza: Comuniter, Zaragoza, 2020, p. 23).

14 Cabe señalar que, sin embargo, en materia de Derecho comercial Internacional, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, centró su atención de forma muy temprana en el arbitraje internacional. Incluso antes de la creación de este órgano, la Organización de las Naciones Unidas elaboró un Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York en 1958 (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> fecha de consulta diciembre de 2023). Posteriormente, también acogerá con fuerza a la conciliación como un mecanismo relevante para la resolución de conflictos en el comercio internacional. Así, el Reglamento de Conciliación de 1980 (<https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/contractualtexts/conciliation> fecha de consulta diciembre de 2023) y la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial de 2002. (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf fecha de consulta diciembre de 2023).

15 Al respecto, CLIFFORD WALLACE, J.: "Judicial Reform and Pound Conference of 1976", *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80:592, pp. 592-596.

courthouse". Con esta forma de actuación se pretendía una doble finalidad: por un lado, solucionar de forma más eficiente determinados conflictos y, por otro lado, relegar a los tribunales los conflictos para los que realmente estaban capacitados. Por tanto, con ello se conseguía descongestionar a los órganos judiciales, ya que la sobrecarga de asuntos provocaba retrasos y un mal funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁶. Además, con las ADR se conseguía una mayor celeridad en la solución de los conflictos, y una mayor implicación de las partes en la resolución del problema, lo que se traducía en un mayor compromiso en la aceptación, cumplimiento y ejecución de la solución propuesta¹⁷.

Rápidamente se produjo una aplicación de estos mecanismos ADR fuera de las fronteras estadounidenses, siendo el Reino Unido quien los acogió en primer lugar, sin duda, propiciado por compartir el sistema jurídico del "common law"¹⁸. Poco a poco, la adopción de estos mecanismos empezó a calar en el resto de Europa¹⁹, principalmente en el ámbito de las relaciones familiares. En esta línea, nos encontramos con la Recomendación N° R (98) I del Comité de Ministros a los Estados Miembros en Mediación Familiar²⁰. Ante el aumento de los conflictos familiares, teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que generan, y la necesidad de garantizar en estos casos la protección de los mejores intereses y el bienestar del niño, se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros introducir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la existente. Las razones por las que se hace esta recomendación se encuentran en los resultados positivos que arroja la investigación sobre el uso de la mediación y que la propia Recomendación recoge en el número 7: mejora la comunicación entre los miembros de la familia; reduce los conflictos entre las partes en disputa; produce soluciones amistosas; garantiza la continuidad de los contactos personales entre padres e hijos; reduce los costes sociales y económicos, y finalmente disminuye el tiempo requerido para resolver los conflictos.

16 MACHO GÓMEZ, C.: "Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa", *ADC*, 2014, tomo LXVII, fasc. III, pp. 951-952.

17 MIRANZO DE MATEO, S.: "Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto de mediación", *Revista de Mediación*, 2010, núm. 5, p. 10.

18 En el mundo anglosajón la cultura del acuerdo está más arraigada en su sistema jurídico del "common law", y por ese motivo la implantación de las ADR en el Reino Unido fue mucho más sencilla, tanto en un sentido técnico-jurídico, como en términos culturales, y sociológicos, tal y como señala Macho Gómez, C.: "Origen y evolución", cit., pp. 964-965.

19 Una muestra del apoyo a la aplicación de las ADR en el ámbito europeo es la Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia adoptada el 14 de mayo de 1981. Unos años después, se realizó la Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia. En esta Recomendación, se hace mención expresa a fomentar el arbitraje y la mediación, y no solamente la conciliación, como hacía la anterior Recomendación.

20 Esta Recomendación fue adoptada por el comité de Ministros el 21 de enero de 1998 en la 616ª sesión de los Delegados de los Ministros. Se puede consultar el texto íntegro en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e> (fecha de consulta diciembre de 2023).

Una de las aportaciones más relevantes de esta Recomendación es la enumeración en ocho bloques de los principios de la mediación familiar: I) Ámbito de aplicación de la mediación, donde deja libertad a los Estados para determinar los temas que pueden ser tratados; II) Organización de la mediación, recomendando que no sea obligatoria; III) Proceso de mediación, fijando los principios que han de regir y que deben ser garantizados por los Estados (imparcialidad y neutralidad del mediador, confidencialidad, privacidad, el mediador puede dar información legal, pero no puede dar consejos, ni imponer una solución, debe procurar por el bienestar y mejores intereses de los niños...); IV) El estado de los acuerdos de mediación, estableciendo que se debe facilitar la aprobación de los acuerdos alcanzados y proporcionar mecanismos para su aplicación; V) Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial, insta a los Estados a que la mediación pueda tener lugar antes, durante o después de un procedimiento judicial; VI) Promoción y acceso a la mediación, adoptando los Estados las medidas necesarias para ello; VII) Otros medios para resolver disputas, si así lo estiman conveniente los Estados, además de la mediación; VIII) Asuntos internacionales, finalmente alienta a la aplicación internacional de la mediación, a la que se le aplicaría los mismos principios señalados.

En cumplimiento de esta Recomendación en muchos países europeos se adoptaron distintas legislaciones sobre la materia.

Por lo que respecta a España, ante la ausencia de una ley de ámbito estatal, a partir de 2001 se aprobaron diversas leyes de mediación familiar en varias comunidades autónomas, siguiendo el camino iniciado por Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (BOE-A-2001-7380)²¹. Fue con la Ley 15/2005, de 9 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE-A-2005-11864) cuando se dio un impulso a la mediación familiar en el ámbito estatal, al permitir recurrir a ella como método voluntario de resolución de conflictos (artículo 770.7 LEC). Posteriormente, se realizó la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE-A-2012-9112), donde se regula ya este mecanismo. Esta Ley se hizo, con cierto retraso, para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE-L-2008-80899).

21 Esta Ley fue derogada por la actual Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE-A-2009-13567). Para un estudio sobre la legislación en materia de mediación familiar en el ámbito autonómico nos remitimos a LAUROBA, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, núm. 98, pp. 64-69.

Unos años más tarde, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE-A-2015-7391), añadió el Capítulo IV Bis al Libro IV Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2000-323), artículos 778 quáter., 778 quinquies. y 778 sexies., bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. En el artículo 778 quinquies., que regula el procedimiento, en su apartado 12 se hace especial mención a la mediación señalando que “En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso (...) El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”. La parquedad de esta regulación solamente puede entenderse por la remisión implícita a los instrumentos internacionales que regulan esta materia, a los que necesariamente se tendrá que acudir para completar su interpretación²².

Tal y como señala el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mayor ventaja que presenta la mediación frente al proceso judicial, e incluso frente a la vía arbitral, es “su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes”. En su artículo 1 la define como “...aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Este mediador, como sigue diciendo el Preámbulo, es “...un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

Esta Ley, como señala su artículo 2.1, se aplicará a la mediación tanto en asuntos civiles como mercantiles, no existiendo inconveniente en extenderla también a los conflictos transfronterizos, siempre que como señala, “... no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”. Efectivamente, dentro del proceso evolutivo de las ADR, la idea de aplicarlos a los conflictos transfronterizos proliferó tanto en Estados Unidos como en Europa en la primera década del siglo XXI. Así, en el punto 15 de la Carta Magna de los Jueces (principios fundamentales) ya se señala que “El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir

22 En este sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: “El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC”, *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 267-320, p. 273.

a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos²³. Por tanto, incluso desde el ámbito judicial se produce una apuesta clara por favorecer la aplicación de las ADR. La razón se encuentra en el hecho de que, en los conflictos de carácter internacional, que presentan una especial complejidad, la mediación puede resultar un instrumento más útil, ya que puede proporcionar soluciones más adecuadas, más rápidas y efectivas que las que puede proporcionar la vía judicial. En particular, "...la mediación familiar transfronteriza puede facilitar acuerdos entre los progenitores que sirven para defender el interés superior del menor, reduciendo la carga emocional y económica y la complejidad jurídica inherentes a los procedimientos judiciales", así lo señala en el párrafo AG la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del menor en los procedimientos de Derecho Civil, Administrativo y de Familia (2021/2060 (INI)) (DOUEC 15 noviembre 2022).

2. La mediación como medio de resolución en la sustracción internacional de menores.

A la luz de lo examinado cabe plantearse hasta qué punto la mediación podría ser un instrumento adecuado y ventajoso, para solucionar el que tal vez sea el conflicto familiar transfronterizo más complejo: la sustracción internacional de menores.

En un principio podría pensarse que la mediación no es "a priori" el mecanismo más idóneo para la solución de este conflicto, puesto que en él convergen un conjunto de elementos que lo dotan de una gran complejidad: los intereses del menor, una grave crisis familiar, distancia geográfica, diversos sistemas legales, distintas culturas, incluso diferente idioma..., entre otros²⁴. Sin embargo, la existencia de instrumentos internacionales donde potencian la utilización de este mecanismo en materia de sustracción internacional de menores pone de

23 Carta Magna de los Jueces proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el "Palais de l'Europe", sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria file:///C:/Users/Admin/Downloads/CARTA%20MAGNA%20CCE%20ESP_I.0.0.pdf (fecha de consulta diciembre de 2023).

24 Existen algunas voces minoritarias que manifiestan sus reservas respecto de la utilización de la mediación en aquellos conflictos en los que exista un menor afectado, como sería la sustracción internacional de menores. Así entre otros, GANDIA SELLENS, M.A.: "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, núm. 17, p. 812. BROSCHE, M., MARIOTTINI, EUFAMS II. *Facilitating cross-border family life: towards a common european understanding. Report on the international Exchange seminar 20 december 2019*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Universität Heidelberg Zukunft seit 1386, 2019, p. 15 y p. 23 (https://pure.mpg.de/rest/items/item_3250282_1/component/file_3250283/content fecha de consulta diciembre de 2023), quienes consideran que la aplicación de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores es muy controvertida. Además, añaden que, un grave problema es la falta de disponibilidad de mediadores especializados en esta materia, puesto que el éxito depende en muchas ocasiones de su cualificación. A tal fin, recomienda a Cross-Border Family Mediators como una organización en la que se pueden encontrar mediadores especializados (<https://crossbordermediator.eu/> fecha de consulta diciembre 2023).

manifiesto que, muy al contrario, la mediación, adaptándola a las particularidades que la sustracción internacional de menores exige²⁵, puede ser una herramienta eficaz para proteger el interés superior del menor y para dar una solución lo más adecuada y satisfactoria posible para las partes implicadas²⁶.

En la sustracción internacional de menores un progenitor ha provocado con su actuación una situación muy dramática, arrancando al menor de forma unilateral de su lugar de residencia habitual, produciendo con ello una quiebra en las relaciones paterno-filiales, que en ocasiones puede ser irreparable. Efectivamente, el factor tiempo puede producir en esas relaciones una brecha insubsanable, y mucho más, cuando hablamos de menores de muy corta edad, que son trasladados a otro país, con una cultura y un idioma diferente, es fácil pensar que pronto el otro progenitor se convertirá en un desconocido. Por tanto, en estos casos, la lentitud de la vía judicial puede acarrear unas consecuencias muy graves e irreparables, puesto que, si ha transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado ilícito, se puede considerar que el menor ya está arraigado en su nueva residencia y, por tanto, el retorno puede ser denegado, al considerar que, en aras al interés superior del menor, sería perjudicial para él ordenar el regreso a su antigua residencia. La vía judicial, además, puede acarrear una solución traumática y poco deseable para todas las partes implicadas²⁷.

-
- 25 CASO SEÑAL, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, 2011, núm. 8, 2º semestre, pp. 25-26, recoge las características que la mediación ha de tener cuando se aplica a un supuesto de sustracción internacional de menores y que podríamos sintetizar en los siguientes puntos: 1) Será preferible que la mediación se realice en el país en el que el menor se encuentra en ese momento; 2) Se ha de posibilitar la intervención del menor a lo largo del proceso; 3) Se ha de procurar dar solución también a los problemas conexos (alimentos, educación, visitas...); 4) Se ha de facilitar que la mediación pueda tener lugar en cualquier momento del proceso judicial; 5) Los mediadores deben ser especializados en esta materia, y deben conocer los idiomas que se manejen en el proceso y la cultura de los distintos Estados que intervienen; 6) El desarrollo del proceso de mediación se hará en la medida de lo posible de forma presencial ajustando el tiempo para evitar dilaciones indebidas; 7) Las partes deben tener claro que con la mediación no se está renunciando a la posibilidad de retomar, si así lo desean, la vía judicial.
- 26 En este sentido, la conclusión 7 de la Resolución del /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 (Directiva sobre la mediación) (2016/2066 (INI)) (DOUEC 20 septiembre 2018), que señala que el Parlamento Europeo "Acoge con satisfacción la especial importancia de la mediación en el ámbito del Derecho de familia (en particular, en lo relativo a las modalidades de custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción parental de menores), pues la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres; constata, asimismo, que es probable que las soluciones amistosas sean duraderas y en interés de los menores ya que pueden abordar, además de la residencia principal del menor, también las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia del menor; hace hincapié en este contexto en el importante papel de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en lo relativo a la elaboración de recomendaciones encaminadas a aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en caso de sustracción de menores".
- 27 CALVO BABIO, F.: "La mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (COORD. I. BAZAGA FERNÁNDEZ, M. GONZALO QUIROGA Y R. VENTAS SASTRE), Dykinson S.L., Madrid, 2006, p. 173, recoge los estudios llevados a cabo por REUNITE, que se han hecho sobre niños que habían sufrido una sustracción que se había resuelto de forma traumática, concluyen que casi todos los menores presentaban similar y anormal comportamiento. Dicho comportamiento incluía: a) pérdida de confianza; b) miedo a abandonar la seguridad del círculo familiar y de la gente que el menor conocía; c) profundo sentimiento de culpa que se podía expresar directamente o a través de tristeza, ira, o comportamientos como autodestrucción o desórdenes alimenticios (anorexia o bulimia); d) grandes dificultades para trabar relaciones personales y de amistad. Por ello se consideró por la asociación citada que era mucho menos traumático para los hijos que la sustracción se resolviese con

Si bien la mediación puede ser un mecanismo de aplicación voluntaria para la resolución de cualquier supuesto de sustracción internacional de menores, en algunas situaciones casi podría convertirse en la única opción para solucionar este conflicto familiar. Concretamente podríamos referirnos a tres hipótesis²⁸: 1) Cuando alguno de los Estados implicados, bien donde residía anteriormente el menor; o bien donde ahora ha sido trasladado ilícitamente por uno de los progenitores, no sea parte de los Convenios internacionales o Reglamentos que regulan esta materia; 2) Cuando el menor se encuentra en paradero desconocido²⁹; 3) Cuando se pudiera alegar algún motivo para denegar el retorno del menor, puesto que con la mediación se podrían intentar encontrar puntos de encuentros para de alguna manera intentar reestablecer las relaciones paterno-filiales.

En definitiva, podemos señalar que las ventajas de emplear la mediación para resolver un conflicto de sustracción internacional de menores serían las siguientes³⁰: 1) es un mecanismo de resolución más rápido que la vía judicial; 2) desde un punto de vista económico tiene menores costes, tanto para los particulares como para los Estados implicados³¹; 3) es un mecanismo que se caracteriza por la absoluta confidencialidad, por lo que las partes implicadas pueden sentirse en un espacio más cómodo para tratar sus asuntos privados, con absoluta confianza; 4) mejora la comunicación entre los miembros de la familia; 5) reduce los conflictos entre los progenitores en la disputa; 6) la solución la buscan las propias partes del conflicto³²; 7) el acuerdo alcanzado es el querido por las partes, por lo que existen

un cierto acuerdo de los padres, que propiciase una solución “amistosa” al conflicto que pudiese minimizar estos traumas y garantizar un pacífico contacto de los hijos con ambos progenitores.
REUNITE es una red del Reino Unido especializada en la sustracción internacional de menores <https://www.reunite.org/about/> fecha de consulta diciembre 2023.

- 28 CARRILLO LERMA, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, núm. 19, p. 188.
- 29 En estos supuestos podría utilizarse los llamados ODR (Online Dispute Resolution), que son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de las tecnologías.
- 30 Ventajas señaladas por el Consejo de Europa y recogidas por ZEMANS, A.R.: “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e4, p. 2 (<https://www.imotiva.es/revista-de-mediacion-original/2016/02/Revista16-e4.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).
- 31 Por lo que respecta al ahorro del tiempo y de los costes aplicando la mediación en lugar acudir a la vía judicial, el Informe del Parlamento Europeo ‘Rebooting’ The Mediation Directive: Assessing The Limited Impact Of Its Implementation And Proposing Measures To Increase The Number Of Mediations In The EU, January, 2014, pp. 124-127, señala que de media en la Unión Europea la duración de un proceso de mediación es de 43 días, frente a los 566 días de un proceso judicial (en España la duración de un proceso de mediación serían 50 días, frente a los 510 días de un proceso judicial). En cuanto a los costes la media de un proceso de mediación en la Unión Europea se sitúa en 3.371 €, mientras que un proceso judicial alcanza la cifra de 9.179 € (en España 1.833 € el coste de la mediación, frente a los 8.015 € de un proceso judicial). [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (fecha de la consulta diciembre de 2023).
- 32 La filosofía en la que se sustenta la mediación es considerar que, si las partes fueron las que generaron el conflicto, también ellas son capaces de generar una solución, sin que deba ser impuesta por un tercero ajeno (VELARDE D’AMIL, Y.: “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, p. 1290).

más garantías de éxito en su cumplimiento, al no ser una solución impuesta por un tercero. Por tanto, las partes en el proceso se enfrentan a sus propios conflictos, son ellos los protagonistas, los que intentan buscar una solución justa atendiendo a los intereses de ambos progenitores y especialmente del menor³³.

A pesar de estas ventajas, y del impulso que a través de los distintos organismos internacionales se le ha dado a la mediación como un mecanismo idóneo para la resolución de conflictos familiares, y en particular, para los supuestos de sustracción internacional de menores, en la práctica no ha resultado todo lo eficaz que se esperaba, puesto que el número de casos que se someten a ella es todavía muy reducido en comparación con los resueltos por la vía judicial³⁴.

No obstante, la aplicación de la mediación en la sustracción internacional de menores presenta algunas dificultades y puntos débiles³⁵. En primer lugar, debemos partir del hecho de que nos encontramos ante un conflicto altamente complejo, donde seguramente existirá una alta tensión entre los progenitores. Por un lado, el progenitor que ha llevado a cabo la sustracción estará temeroso de las consecuencias negativas a las que se puede enfrentar. Por otro lado, el progenitor perjudicado, que estará viviendo una situación de angustia y perplejidad ante los acontecimientos vividos, pensando que puede perder a su hijo/a menor para siempre. Todo ello hace que la mediación deba adaptarse a este complejo conflicto transfronterizo, para lograr una solución rápida y satisfactoria para todas las partes implicadas, respetando desde luego el interés superior del menor, lo que no siempre será fácil³⁶. Además, uno de los principales escollos con los que tropieza la mediación es garantizar el reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados entre las partes en todos los Estados intervinientes, debiéndose comprobar que sus legislaciones admiten la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae el acuerdo³⁷. Por tanto, se debe asegurar la ejecutoriedad del acuerdo en los dos Estados implicados, de lo contrario la mediación habrá sido seguramente infructuosa.

33 MARÍN VELARDE, A., MORENO MOZO, F.: "El interés del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 239.

34 En el Informe del Parlamento Europeo 'Rebooting', cit. p. 162 se señala que, a pesar del ahorro de tiempo y costes económico, apenas un 1% de todos los casos que son objeto de litigio en la UE se someten a mediación, un resultado que considera a todas luces decepcionante.

35 Para un tratamiento de las dificultades ver, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: "Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos", *La Ley Digital, Práctica de los Tribunales*, 2019, núm. 137, marzo-abril, pp. 1-21, pp. 10-14.

36 ESPLUGUES MOTA, C.: "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en material de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, octubre, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173, p. 136.

37 Ver sobre el tratamiento de esta cuestión GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 273 y ss.

Finalmente, otro de los problemas que el recurso a la mediación puede plantear es que habrá que tener especial cuidado con los plazos en los que el proceso se desarrolla, pues el transcurso del tiempo es un elemento que juega en contra de una correcta resolución en este tipo de conflictos. Por este motivo, y para evitar que se pueda alegar como causa para denegar el retorno que el menor está arraigado en su nueva residencia, al haber transcurrido más de un año, en algunos Estados solamente se permite el recurso a la mediación una vez iniciado el procedimiento de restitución. La razón es evitar dilaciones indebidas a través de un mal uso de este mecanismo³⁸.

Sin embargo, aún con todo, podemos concluir que a pesar de que existen riesgos y puntos débiles, el mecanismo de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores se presenta como un recurso que puede limitar el daño que esta situación provoca entre las partes implicadas tras la quiebra de las relaciones paterno-filiales, ofreciendo a los progenitores la posibilidad de encontrar puntos de encuentro con la finalidad de encontrar una solución donde el eje prioritario de sus acuerdos sea el bienestar del menor. A diferencia de las soluciones impuestas en la vía judicial, donde las partes se enfrentan con deseos muchas veces de venganza, en la mediación, al ser ellas las que van a buscar su propia solución a sus conflictos, lo harán teniendo en cuenta sus propias características y circunstancias íntimas, ponderando en última instancia, el interés superior de menor que, en términos generales, pasará por un restablecimiento de las relaciones paterno-filiales con ambos progenitores³⁹.

IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.

Ante el aumento progresivo de supuestos de sustracción internacional de menores, y dentro del marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, los Estados acordaron realizar un Convenio específico sobre esta materia con la finalidad de proteger los intereses de los menores en el plano internacional, cuando fueran objeto de un traslado, o de una retención ilícita. Se trataba de fijar de forma coordinada un procedimiento que tuviera como

38 Para evitar estas consecuencias negativas se pueden adoptar algunas cautelas: 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 (SOTO RODRIGUEZ, M.L.: "La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, 2018, enero-junio, núm. 71, p. 162).

39 BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2017, núm. 10, p. 37.

objetivo garantizar la restitución inmediata del menor sustraído al Estado en el que había tenido su residencia habitual. Así, nació el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (CH80). Este Convenio cuenta actualmente con más de cien Estados contratantes, España lo es desde 1987 (BOE-A-1987-19691). Cuando se produce un supuesto de secuestro internacional de menores dentro del ámbito territorial de estos Estados se aplicará este Convenio, lo que implica una rápida actuación positiva entre sus autoridades judiciales y administrativas, puesto que se exige una efectiva cooperación entre ellos para dar solución al conflicto transnacional generado⁴⁰. Efectivamente, el CH80 establece que cada Estado designará a tal efecto una Autoridad Central⁴¹, encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio, con la finalidad de restituir lo más rápidamente posible al menor de 16 años⁴². En principio, el plazo de restitución que señala el Convenio son 6 semanas, ya que de no ser así se podrán pedir explicaciones sobre esa demora, no obstante, en la práctica este plazo rara vez se cumple.

El Convenio es de naturaleza procedimental, lo que significa que la decisión sobre la restitución del menor se adoptará sin entrar a valorar cuestiones que afecten al fondo del asunto, como por ejemplo la custodia. Es precisamente por este motivo por lo que la competencia para resolver sobre la restitución del menor corresponde al juez del lugar donde el menor hubiera sido trasladado o retenido ilícitamente. En cambio, la competencia para tratar todos los aspectos referidos al fondo del asunto corresponde al juez del lugar donde el menor hubiera tenido su residencia habitual antes de haberse producido la sustracción⁴³.

40 A pesar de los beneficios que desde luego pueden predicarse de este Convenio, sin embargo, también su aplicación genera problemas: 1) el Convenio solo se puede aplicar a los Estados parte, por lo que se necesita que todos los Estados implicados en la sustracción lo sean (el Estado donde residía el menor de forma habitual y el Estado donde ha sido trasladado ilícitamente); 2) el Convenio solamente se aplica a los supuestos de traslado o retención ilícita según su definición; 3) es excesivamente burocrático al crear Autoridades Centrales en cada Estado parte y no existir un órgano centralizador; 4) no contempla medios suficientes para luchar contra el nacionalismo judicial (los jueces tiende a favorecer a su nacional) y el llamado fórum shopping (cuando el progenitor sustractor piensa que puede beneficiarse de la legislación del país donde ha trasladado ilícitamente al menor). En este sentido, VELARDE D'AMIL, Y.: "La mediación", cit. p. 1296.

41 En España la Autoridad Central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

42 Se considera que un joven con más de 16 años tiene una voluntad propia y difícilmente se le puede obligar a realizar algo contra su propia decisión.

43 En este sentido, GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2015, núm. 29, p. 14 nota 23, quien recoge los comentarios al respecto de A. DYER que señalaba que "el Convenio de la Haya de 1980 funciona bajo la premisa de que el mejor lugar para determinar la custodia del menor es el país donde dicho menor era residente habitual y ello es así porque deber ser el lugar donde los tribunales pueden acceder más fácilmente a las declaraciones de testigos o donde se encuentra información importante relacionada con la vida del menor en dicho país" (DYER, A.: "Comentarios del Lic. Adair Dyer Jr. Sobre los principios del convenio respecto a la sustracción de menores para la Octava Conferencia Binacional sobre la sustracción de menores, San Diego, California, 17 de marzo de 2014", versión facilitada a los participantes).

Su finalidad es, como señala su art. 1: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Por tanto, el superior interés del menor se concreta en el CH80 en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícito, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.

A la hora de decidir la restitución, el Convenio distingue en el art. 12 según haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado, exigiendo en este caso la inmediata restitución, o que haya transcurrido más de un año, en este supuesto se ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. En ambas hipótesis, se podrán oponer las causas tasadas que regula el art. 13: 1) Cuando la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, o bien hubiera consentido el traslado; 2) Cuando exista un grave riesgo de exponer al menor con esa restitución a un grave peligro físico o psíquico⁴⁴; 3) La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Por lo que respecta a la mediación, no se recoge de manera expresa como hubiera sido deseable, pero se entiende de forma generalizada que es posible acudir a ella, siendo la primera vez que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se refería a las ADR. Así, en el artículo 7 se insta a que las Autoridades Centrales colaboren entre sí con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los menores, y entre las medidas que deben adoptar se señala en su apartado c) que deben garantizar la restitución inmediata del menor o “facilitar una solución amigable”. Además, y en relación con lo anterior, el artículo 10 establece que “la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará, o hará que se adopten, todas las medidas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor”. La Autoridad Central cuando recibe una solicitud de restitución debe dar traslado a la Autoridad Central del Estado donde

44 Para una correcta interpretación de esta excepción tan compleja, se ha elaborado una Guía de Buenas Prácticas: Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI, Artículo 13 (1) (b)*, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado -HCCH Oficina Permanente, La Haya, 2021 (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).

el menor haya sido trasladado, y en caso de no conseguir una “solución amigable”, se actuará por vía judicial, o administrativa para conseguir la restitución.

2. Iniciativas para el impulso de la mediación en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado fue llevando a cabo una importante labor para impulsar las ADR, intensificando ya su presencia de forma expresa en distintos textos legislativos. Así, sirva de muestra el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Instrumento de Ratificación de España BOE-A-2010-18510). En su artículo 31 letra b) ya se insta de forma expresa a que la Autoridad central de un Estado facilite “la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño...”. A pesar de la referencia a distintas ADR, sus esfuerzos se centraron principalmente por potenciar la utilización de la mediación, configurándola como un mecanismo idóneo en los conflictos familiares y, en particular, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Esta labor dio como fruto la Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación⁴⁵, en la que se recogen los distintos principios que este mecanismo debe seguir cuando se aplica a la sustracción internacional de menores, al tratarse de un conflicto muy complejo en el que se entremezclan aspectos de muy diversa índole. Obviamente, se trata de un documento no vinculante para los Estados firmantes del CH80, ya que simplemente tiene carácter consultivo, pero es de una gran utilidad para contribuir a una aplicación coordinada de este mecanismo, pues resulta altamente clarificadora.

La Guía sigue la siguiente estructura: “El Capítulo 1 brinda un panorama general de las ventajas y los riesgos del uso de la mediación en el marco de controversias familiares internacionales. El Capítulo 2 explora los desafíos específicos que plantea la mediación en los casos de sustracción internacional de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. El Capítulo 3 aborda la cuestión de las cualificaciones especiales necesarias para actuar como mediador en los casos de sustracción internacional de niños. Los Capítulos 4 a 13 siguen el proceso de mediación en los casos de sustracción internacional de niños por orden cronológico desde las cuestiones relativas al acceso a la mediación hasta el resultado de la mediación y sus efectos

45 HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación*, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, La Haya, 2012 (<https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).

jurídicos. Los últimos Capítulos están dedicados al uso de la mediación a fin de evitar las sustracciones de niños (Capítulo 14), al uso de otros mecanismos alternativos de solución de controversias destinados a lograr acuerdos amistosos en los casos de sustracción internacional de niños (Capítulo 15) y, por último, a cuestiones especiales relativas al uso de la mediación en casos ajenos al Convenio (Capítulo 16)⁴⁶.

A los efectos de la Guía, se pretende distinguir la mediación de otros métodos análogos que también tienen como finalidad facilitar a una controversia una solución amistosa⁴⁷, proponiendo la siguiente definición: “proceso voluntario y estructurado mediante el cual un ‘mediador’ facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto”, entendiéndose por mediador a un tercero imparcial que lleva adelante la mediación⁴⁸. La mediación podrá ser proactiva, pero nunca directiva; es decir, el mediador solamente podrá ayudar a las partes a encontrar su propia solución⁴⁹. Finalmente cabe destacar el tratamiento que se realiza sobre los principios que han de guiar a la mediación en un supuesto de sustracción internacional de menores. En términos generales los principios que analiza son: 1) la naturaleza voluntaria de la mediación; 2) consentimiento informado; 3) evaluación de la aptitud para la mediación; 4) el respeto y la salvaguarda de los principios generales de neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia; 5) confidencialidad; 6) consideración del interés y del bienestar del niño; 7) toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico; 8) competencia intercultural de los mediadores; y por último 9) los mediadores deben tener una formación específica en esta materia⁵⁰.

No cabe duda de que los conflictos más graves, y de más difícil solución, se plantean cuando la sustracción del menor se realiza trasladándolo a un Estado no contratante del Convenio de la Haya —principalmente países africanos y asiáticos— y con el que no exista tampoco un instrumento bilateral. En estos casos, la mediación se presenta como el mejor mecanismo, tal vez el único, para solucionar el conflicto⁵¹.

46 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 20.

47 Distingue la mediación de la conciliación, del asesoramiento, el arbitraje, de la evaluación temprana neutral, del derecho colaborativo y del derecho cooperativo (Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 7-9).

48 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 7.

49 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 8.

50 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 61-68.

51 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: “Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, junio, núm. 6, versión electrónica sin paginar. Sobre la idoneidad de crear Tribunales transnacionales, arbitrales o judiciales, para la resolución de los conflictos que se generan en familias transnacionales ver ROMANO, G.P.: “Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2020, núm. 3, julio-septiembre, versión digital sin paginar.

Al respecto merecen especial atención los países musulmanes, que en general no son partes contratantes del Convenio, salvo excepciones como Marruecos⁵² —con el que España también tiene un Convenio bilateral⁵³— ya que nos encontramos con varias dificultades: 1) las diferencias religiosas y culturales que existen entre Europa y el mundo árabe y que se traducen en un ordenamiento jurídico en ciertos aspectos difícil de coordinar con el Derecho de familia europeo; 2) las dificultades que se plantean para localizar a los menores, ya que sus autoridades no colaboran⁵⁴; 3) la aplicación de lo que se conoce como el “nacionalismo jurídico”, entendiéndose por tal la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que el menor en el país de recepción va a estar mejor, dificultando el retorno.

Este tema no podía pasar desapercibido, y en el año 2004⁵⁵ se inició un proyecto denominado Proceso de Malta organizado por el Gobierno de este país y por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, y cuyo objetivo principal es mediante la celebración de Conferencias buscar el diálogo entre los Estados parte del CH80 y aquellos Estados que no lo son, principalmente los islámicos, ya que en estos supuestos la mediación puede jugar un papel esencial para buscar una solución a estos conflictos tan complejos.

V. LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA UE.

I. El tratamiento en general de las ADR en el ámbito de la UE.

Tal y como y como hemos visto, el apoyo a las ADR en el ámbito europeo ha sido una constante desde el principio. Buena prueba de ello la encontramos en el hecho de que ya en 1987 se creara la figura del “Mediador del Parlamento Europeo para Casos de Sustracción Internacional de Menores”, denominada actualmente desde 2018, Coordinador del Parlamento Europeo para los Derechos

52 Marruecos se adhirió al Convenio de la Haya de 1980 el 10 de marzo de 2010, entrando en vigor el 1 de junio de ese mismo año <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de la consulta diciembre 2023)

53 Con la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980, el Convenio bilateral se aplica de forma residual en todo aquello que sea más favorable para lograr el retorno del menor, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, marzo, vol. 3, núm. 1, p. 61.

54 DÍAZ GONZÁLEZ, M.: “La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, núm. 12, diciembre, versión digital sin paginar.

55 Conferencia judicial de Malta sobre las cuestiones transfronterizas del Derecho de familia bajo los auspicios del Gobierno de Malta en colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular en el punto 3 de esta Declaración se señala que “Deben ser tomadas medidas para facilitar, a través de la mediación, de la conciliación, del establecimiento de una Comisión de Buenos Oficios, o de medidas similares, soluciones para la protección del menor que sean acordadas entre los padres” (https://assets.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf (fecha de consulta diciembre 2023)).

del Niño. Entre sus responsabilidades se encuentra la promoción de la mediación transfronteriza en los litigios familiares internacionales, sirviendo, además, de punto central de información para los ciudadanos de la UE que se ven envueltos en casos de sustracción internacional de menores⁵⁶.

De entre las distintas medidas adoptadas en el ámbito europeo puede destacarse el artículo 13 de la Convención Europea Sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. El citado precepto, bajo la rúbrica "Mediación y otros sistemas de resolución de controversias", señala con carácter genérico que con "el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen". Por otro lado, también ya tuvimos ocasión de analizar la Recomendación N^o R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros en Mediación Familiar adoptada por el comité de Ministros el 21 de enero de 1998 en la 616^a sesión de los Delegados de los Ministros. Poco tiempo después, los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere, tuvo lugar una sesión especial del Consejo Europeo sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. Una las conclusiones recogidas en el documento y que figura en su parágrafo 30 fue que "Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos"⁵⁷. Este fue el germen que originó la elaboración en 2002 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil⁵⁸, iniciándose con ello una auténtica política comunitaria de fomento de las ADR, en especial de la mediación. Sobre la base de estos cimientos se elaboraría finalmente 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 (DOUE-L-2008-80899).

En el ámbito de los conflictos familiares el apoyo a las ADR, y en particular a la mediación, se pone de manifiesto en la adopción de varios Reglamentos. Así, el Reglamento (CE) n^o 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Uno

56 Sobre esta figura:

<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights#:~:text=Nombrada%20en%20julio%20de%202019,para%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o> fecha de consulta diciembre 2023.

57 https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm fecha de consulta diciembre 2023.

58 En el Libro Verde se señalan los tres motivos por los que las ADR suscitan interés renovado en la UE: 1) se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR; 2) las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados; 3) las ADR representan una prioridad política para las instituciones de la UE. file:///C:/Users/Admin/Downloads/libro%20verde%20sobre%20las%20modalidades%20alternativas%20de-com2002_0196es01.pdf p. 5, fecha de consulta diciembre 2023.

de los Reglamentos más importantes por la relevancia y complejidad del tema a tratar fue el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DOUE-L-2003-82188) (Reglamento de Bruselas II Bis). En su artículo 55, insta a las Autoridades Centrales para que adopten todas las medidas adecuadas a fin de cumplir con los objetivos del Reglamento, y entre ellas señala en su apartado 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”. Este apoyo a las ADR ha quedado reforzado en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE-L-2019-81122) (Reglamento Bruselas II Ter), que entró en vigor el 1 de agosto de 2022, derogando al anterior.

2. Especial referencia al tratamiento de las ADR en el Reglamento Bruselas II Ter.

El legislador de la UE consciente de la complejidad y problemática que genera la sustracción internacional de menores intentó mejorar su regulación con el nuevo Reglamento Bruselas II Ter. Este Reglamento, que entró en vigor el 1 de agosto de 2022, derogó al anterior Reglamento Bruselas II Bis. El Reglamento se aplica cuando la sustracción del menor se produce entre países pertenecientes a la Unión Europea. Los cambios que introduce son tanto de estructura como de carácter sustantivo. En cuanto a la estructura, una de las principales novedades es la introducción de un Capítulo específico (Capítulo III artículos 22 al 29), dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores, frente a la anterior regulación donde solamente se destinaba un artículo. Destaca también como novedad la preocupación del legislador por intentar aclarar la relación de esta normativa de la Unión Europea con el Convenio de la Haya de 1980, señalando expresamente que el Reglamento lo complementará. También ahora se clarifica la edad de los menores, señalando expresamente que se ha de tratar de menores de 16 años, en línea con el CH80, ya que antes se podía plantear la duda de si se aplicaba a todos los menores de 18 años. Por otro lado, como hemos apuntado, el CH80 establece un plazo de 6 semanas para solucionar el problema, sin embargo, en la práctica este plazo se incumple de forma sistemática. Por ese motivo, el legislador de la UE ha introducido un plazo más largo, pero más realista, así señala que se deberá de resolver en 6 semanas para cada instancia, y 6 semanas para la ejecución, por tanto, en total 18 semanas.

Sin duda, una de las principales novedades es el protagonismo que se le concede al menor en este procedimiento, manifestando expresamente la necesidad de dar audiencia al menor en todos los casos, no solamente cuando se apliquen las excepciones de retorno, como ocurría antes. Además, y de forma completamente novedosa, se introduce la posibilidad de que el menor pueda mantener contacto en cualquier fase del procedimiento con la persona que solicita su restitución, condicionado por supuesto, a satisfacer su interés superior. Con ello se pretende paliar los efectos perjudiciales que genera el transcurso del tiempo en estos procedimientos, asegurando la continuidad del vínculo entre el menor y la persona que solicita su restitución.

Ahora bien, uno de los cambios más significativos que ha introducido el legislador es la inclusión expresa en el artículo 25 de formas alternativas de resolución de litigios, señalando que “Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento”. Por tanto, de la redacción se desprende que de forma general el órgano jurisdiccional ha de realizar la invitación para someter el conflicto bien a la mediación, nombrada expresamente, o a cualquier otra ADR, sin embargo, no se desarrolla cómo ha de hacerse esta invitación. Únicamente esta invitación no procederá en las tres excepciones que recoge el precepto. Ahora bien, consideramos que se trata de una enumeración ejemplificadora y no exhaustiva, ya que en definitiva las ADR no tendrán lugar en general cuando sean contrarias al interés superior del menor, que es el que debe marcar la pauta a seguir⁵⁹. Por otra parte, ya hemos tenido ocasión de analizar la importancia del transcurso del tiempo en este tipo de conflictos, por ese motivo habrá que ser muy cauteloso para detectar si, principalmente el progenitor sustractor, está empleando las ADR como una táctica dilatoria, y por ese motivo se ha querido dejar constancia expresamente de esta excepción. Al respecto hay que tener en cuenta también lo que señala el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II Ter, “En todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en

59 En este sentido, CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “Nuevo impulso a la mediación en el Reglamento Bruselas II ter y las dificultades de su implementación en la práctica”, *La Ley digital. La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16, sección Doctrina, p. 3.

virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer...”.

Uno de los temas más problemáticos en la práctica que produce la aplicación de las ADR y que ha generado preocupación en los distintos instrumentos internacionales es la ejecución del acuerdo adoptado por las partes del conflicto en los distintos Estados intervinientes. Al respecto, con la finalidad de dar una solución, el Reglamento Bruselas II Ter dedica los artículos 64 a 68 al reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos⁶⁰.

En definitiva, con este Reglamento Bruselas II Ter se ha dado un nuevo impulso en la utilización de la mediación, y en general de las ADR, para la resolución de los conflictos familiares de carácter transnacional que se originan entre Estados pertenecientes a la UE, el tiempo dirá si será suficiente para incrementar el paupérrimo porcentaje de los casos sometidos a estos mecanismos.

VI. CONCLUSIONES.

La sustracción internacional de un menor tal vez sea el conflicto familiar transnacional de más compleja solución, puesto que intervienen distintos factores jurídicos, culturales, idiomáticos... que exigen un alto grado de cooperación entre los Estados implicados. Además, por la grave situación que se genera con esa actuación, el sufrimiento y la carga emocional impregnarán el conflicto, lo que contribuye a que las soluciones no sean fáciles. Cuando un menor es trasladado ilícitamente a otro Estado por el progenitor sustractor, se produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales con el progenitor perjudicado que debe ser solucionada a la mayor brevedad posible, pues cuando hablamos de menores el tiempo es un factor esencial a tener en cuenta, para evitar que se convierta en un auténtico extraño. Además, si ha transcurrido un año se podrá alegar y justificar el arraigo en el nuevo lugar de residencia evitando así el retorno.

Más allá de la resolución por vía jurisdiccional, que en términos generales resulta muy lenta y puede dañar el interés superior del menor y del progenitor perjudicado, el recurso a las ADR, especialmente a la mediación, se presenta como una alternativa muy ventajosa en la resolución de estos conflictos. Así lo evidencia el impulso que desde la Conferencia de la Haya de Derecho Privado se les ha dado a estos mecanismos, principalmente a través del Convenio de la Haya de Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre

60 A pesar de estos avances se considera que todavía quedan pendientes ciertos retos y hay problemas que no quedan los suficientemente resueltos. Al respecto, CHELIZ INGLÉS, M.C.: “Nuevo impulso”, cit. pp. 9-12; ESPLUGUES MOTA, C.: “El Reglamento Bruselas II Ter”, cit., pp. 172-173.

de 1980. De igual forma en el seno de la UE donde últimamente se ha hecho una clara apuesta en el Reglamento Bruselas II Ter.

Sin embargo, a pesar de la labor de apoyo por parte de los distintos instrumentos internacionales, y de que ahorran tiempo y costes, lo cierto es que en la práctica las ADR, y en particular la mediación, tienen en la práctica una eficacia mínima, pues son todavía muy pocos los asuntos que se resuelven por esta vía. Tal vez, el entusiasmo y confianza que despiertan en los organismos internacionales no se haya sabido trasladar a las partes de un conflicto, que siguen prefiriendo acudir a la vía judicial para dirimir sus disputas y que sea un tercero el que les imponga la solución.

BIBLIOGRAFÍA.

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.

ARGUDO PÉRIZ, J.L.: “Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en Aragón”, en AA.VV.: *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón* (coord. J. L. ARGUDO PÉRIZ), Editores Gobierno de Aragón: Universidad de Zaragoza: Comuniter, Zaragoza, 2020, pp. 17-126.

BELLOSO MARTÍN, N.: “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad de la mediación familiar”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2017, núm. 10, pp. 1-42.

BROSCH, M., MARIOTTINI, *EUFAMS II. Facilitating cross-border family life: towards a common european understanding. Report on the international Exchange seminar 20 december 2019*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Universität Heidelberg Zukunft seit 1386, 2019 (https://pure.mpg.de/rest/items/item_3250282_1/component/file_3250283/content fecha de consulta diciembre 2023)

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, marzo, vol. 3, núm. 1, pp. 47-62.

CALVO BABÍO, F.: “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (coord. I. BAZAGA FERNÁNDEZ, M. GONZALO QUIROGA Y R. VENTAS SASTRE), Dykinson S.L., Madrid, 2006, pp. 165-178.

CANO HURTADO, M^a D.: “Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio”, en AA.VV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (editora A M^a PÉREZ VALLEJO, coord. por M^a P. ANTÓN MORENO), Dykinson S.L., Madrid, 2019, pp. 19-45.

- “International child abduction. Special reference to the cases generated by religious disagreement between parents”, en AA.VV.: *Entre persona y familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE Y G. CARAPEZZA FIGLIA), Reus, Madrid, 2023, pp. 411-430.

CARRILLO LERMA, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, núm. 19, pp. 185-196.

CASO SEÑAL, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, 2011, núm. 8, 2^o semestre, pp. 20-27.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: "Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, junio, núm. 6, versión electrónica sin paginar.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: "Nuevo impulso a la mediación en el Reglamento Bruselas II ter y las dificultades de su implementación en la práctica", *La Ley digital. La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16, sección Doctrina, pp. 1-24.

CLIFFORD WALLACE, J.: "Judicial Reform and Pound Conference of 1976", *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80:592, pp. 592-596.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores", en AA.VV.: *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 291-322.

DÍAZ GONZÁLEZ, M.: "La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos", en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, núm. 12, diciembre, versión digital sin paginar.

ESPLUGUES MOTA, C.: "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en material de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, octubre, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173.

- "El fomento de la mediación y otros medios alternativos de justicia (también en relación con la sustracción de menores en Europa", *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 32, pp. 482-525.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: "Derecho de relación con el menor y derecho de visitas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, versión electrónica BIB 2011\1015, pp. 1-5.

GANDÍA SELLENS, M.A.: "*La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis*", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, núm. 17, pp. 799-820.

GARCÍA GARNICA, M^a C.: "El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre, 2009, núm. 23, pp. 201-248.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2015, núm. 29, pp. 1-37.

LAUROBA, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, núm. 98, pp. 47-76.

MACHO GÓMEZ, C.: "Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa", *ADC*, 2014, tomo LXVII, fasc. III, pp. 931-996.

MALLANDRICH MIRET, N.: "El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC", *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 267-320.

MARÍN VELARDE, A., MORENO MOZO, F.: "El interés del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 193-244.

MIRANZO DE MATEO, S.: "Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto de mediación", *Revista de Mediación*, 2010, núm. 5, pp. 8-15.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L., Madrid, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja", en AA.VV.: *Separación y Divorcio: interferencias parentales* (coord. F. FARIÑA, RAMÓN ARCE, M. NOVO Y D. SEIJO), NINO, Centro de Impresión Digital, Santiago de Compostela, 2010, pp. 21-56.

http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Separacion_y_Divorcio_Interferencias_parentales.pdf (fecha de consulta diciembre 2023)-

ROMANO, G.P.: "Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental", *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2020, núm. 3, julio-septiembre, versión digital sin pagar.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: “Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos”, *La Ley Digital, Práctica de los Tribunales*, 2019, núm. 137, marzo-abril, pp. 1-21.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L.: “La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, 2018, enero-junio, núm. 71, pp. 149-170.

VELARDE D’AMIL, Y.: “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, pp. 1279-1301.

ZEMANS, A.R.: “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e4, pp. 1-8.