

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La mediación como mecanismo eficaz en los casos de sustracción
internacional de niños, niñas y adolescentes**

Karen Melissa Izquierdo Gonzenbach

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Karen Melissa Izquierdo Gonzenbach

Código: 00137853

Cédula de identidad: 1717391872

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES¹

MEDIATION AS AN EFFECTIVE MECHANISM IN CASES OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Karen Melissa Izquierdo Gonzenbach²
melissa.gonzenbach@gmail.com

RESUMEN

La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes es una situación privada internacional la cual se encuentra regulada en varios convenios internacionales. Estos establecen procedimientos con el objetivo de lograr una restitución rápida y efectiva. Sin embargo, en la práctica estos carecen de estas características y se suscitan inconvenientes a la hora de su aplicación. Este trabajo muestra que el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial la mediación familiar internacional soluciona los casos de sustracción internacional de una manera eficaz y precautelando el interés superior del niño en todo momento. Esto se analizó a través de un método sistemático, comparativo e inductivo. Esto se realizó al examinar convenciones, derecho comparado y varias publicaciones. Por lo que, se logró determinar que la mediación trae consigo varias ventajas frente a los procedimientos propuestos por los convenios internacionales y plantea como objetivo principal mantener las relaciones de los progenitores.

PALABRAS CLAVE

Mediación familiar internacional, sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, interés superior del niño, procedimiento, convenio.

ABSTRACT

The international child abduction is an international private situation which is regulated by several international conventions. These conventions establish procedures to achieve a fast and effective restitution, which is the main objective. However, in the practice the procedure lacks of these characteristics and during the use of these conventions some inconveniences arise. This paper shows that the use of alternative dispute resolution mechanisms, especially international family mediation, can effectively resolve cases of international child abduction and ensures the best interests of the child at all times. This was analyzed through a systematic, comparative and an inductive method. This was done by taking into consideration conventions, comparative law and several publications. Therefore, it is clear that the use of an international family mediation has several advantages over the procedures proposed by international conventions and sets as its main goal to maintain relationships between parents.

KEY WORDS

International family mediation, international child abduction, child's best interests, procedure, convention

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por JAIME VINTIMILLA.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN – 2. MARCO TEÓRICO – 2.1 MARCO NORMATIVO.- 2.2 TEORÍAS.- 3. ESTADO DEL ARTE – 4. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – 4.1 PROBLEMÁTICAS DEL CONVENIO.- 5. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – 5.1 DIFERENCIAS CON EL CONVENIO DE LA HAYA.- 6. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.- 7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO – 7.1 PARTICIPACIÓN DEL NIÑO.- 8. NORMATIVA ECUATORIANA – 8.1 MEDIACIÓN.- 9. MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL – 9.1 APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN.- 9.2 ACTA DE MEDIACIÓN.- 9.3 CASO.- 10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

Hoy en día en un mundo globalizado existen distintos tipos de familias. Estas pueden estar compuestas por personas de un mismo Estado o de diferentes Estados. Aquellas familias que son compuestas por individuos de diferentes Estados se las llama familias internacionales, puesto que los individuos se encuentran bajo diferentes jurisdicciones³ y contienen un elemento extranjero. En ciertas ocasiones dentro de estas familias se suscitan conflictos jurídicos de gran relevancia.

Un conflicto jurídico que ha sido de carácter global y de gran interés es la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Esta situación se origina cuando uno de los progenitores sin el consentimiento del otro traslada o retiene a su hijo menor de edad en otro país⁴. Esta es una situación privada internacional, por lo que la rama del Derecho que debe intervenir para resolver esta situación es el Derecho Internacional Privado (DIPr). El DIPr tiene como objeto la regulación y la resolución jurídica de situaciones privadas internacionales. La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes se encuentra regulada en varios convenios internacionales, sin embargo, el convenio más relevante es el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el Ecuador se adhirió a este el 1 de abril de 1992. Este convenio tiene como objeto:

³ Lucía Rizik-Mulet “Sustracción internacional de menores: Jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 29 (2016), 193-234.

⁴ Nuria González Martín, “International Parental Child Abduction and Mediation”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015), 353-412.

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes⁵.

“La tutela de la familia, en estos contextos internacionales, debe poner su acento en la protección debida a un sector poblacional vulnerable por excelencia, nos referimos a los menores”⁶. Si bien es evidente que el objetivo principal del convenio es proteger a los niños y adolescentes, así como restituirlos de manera rápida y eficaz, en la práctica esto no sucede de la manera más eficiente ni con la celeridad que se espera. El procedimiento que se debe seguir se encuentra determinado dentro del mismo convenio, este se lo lleva a cabo con la ayuda de la Autoridad Central designada por cada país y la cooperación judicial y administrativa del Estado donde se encuentra el menor. A pesar de ello, el convenio también prevé la posibilidad de que las partes opten por una solución amigable si así lo desean.

Al hablar de una solución amigable se hace referencia al uso de otros mecanismos alternativos de solución de conflicto, los cuales son reconocidos como una opción acertada para varios Estados. En este caso se pone énfasis en el uso de la mediación familiar internacional, por su flexibilidad y voluntariedad que se requiere durante todo el proceso. Además, en la práctica, la mayor parte de procedimientos que se han realizado con mecanismos alternativos de solución de conflictos se han efectuado a través de un procedimiento de mediación⁷. Sin embargo, hoy en día la mayoría de casos se siguen resolviendo a través del procedimiento propuesto por la convención. Esto debido a que dentro de estas situaciones existen diferencias culturales, al igual que concurrencia de varios sistemas y operadores jurídicos que exponen un entorno de gran complejidad⁸.

Dado todo lo expuesto, el problema comienza con el proceso de restitución de los niños y adolescentes, por la forma que se realiza y la celeridad que se ejecuta el mismo. Es preciso señalar que no es suficiente la presentación de la solicitud de restitución para que esta proceda de manera inmediata. Por otro lado, el convenio pierde eficacia cuando los adolescentes estén próximos a cumplir 16 años, ya que no se podría aplicar el mismo y no se efectuaría la restitución. Además, existe riesgo de que el niño o adolescente pierda

⁵ Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 25 de octubre de 1980, adhesión por el Ecuador el 1 de abril de 1992.

⁶ Nuria González Martín, “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* 29 (2015), 1-37.

⁷ Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases* (Oxford: Hart Publishing, 2011).

⁸ Mercedes Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación* 8 (2011), 21-27.

la relación con su otro progenitor dado que si la interrupción de la relación se da por un largo tiempo esta queda quebrantada y es difícil restaurarla. Por esto, el proceso establecido por el convenio puede llegar a descuidar el interés superior del niño poniendo en riesgo los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran dentro de esta situación. Por lo cual es necesario optar por nuevos mecanismos más flexibles y accesibles para realizar la restitución internacional de los niños o adolescentes.

El objetivo general del artículo es demostrar como la mediación familiar internacional puede ser un mecanismo ideal para resolver este tipo de situaciones a la vez que precautela el interés superior del niño en todo momento. Por otra parte, se identificará y analizará los diferentes convenios que ha suscrito el Ecuador respecto a esta materia y se especificará los inconvenientes que se generan al momento de la aplicación de los mismos al igual que sus diferencias. Asimismo, se va a exponer la forma que se encuentra regulada la mediación y la sustracción internacional dentro de la normativa ecuatoriana. Por último, se demostrará las ventajas de la mediación frente al proceso propuesto por los convenios y ciertos requisitos que son fundamentales para que esta sea eficaz.

La metodología que se implementará a lo largo de todo el ensayo será un método sistemático, un método comparativo y un método inductivo. A través del método sistemático es posible investigar cómo se encuentra regulada la sustracción internacional de menores a nivel internacional como local. De igual forma, es vital analizar la regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos, pero con énfasis en la mediación. Igualmente, es necesario determinar y comparar el alcance de las normas antes mencionadas y su aplicación dentro del territorio ecuatoriano. Por otro lado, el método inductivo consiste en obtener conclusiones sobre la base de hechos fácticos y hechos que son considerados como válidos. Por lo que sobre la base de lo expuesto por varios autores y por lo establecido en la normativa, será posible determinar que la mediación es un método que resuelve los casos de sustracción internacional de niños y adolescentes de la mejor manera.

2. Marco teórico

2.1 Marco normativo

Dentro del marco normativo internacional es primordial tomar en cuenta el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este ha sido una referencia esencial para poder solucionar los casos de sustracción internacional de menores porque establece el procedimiento que las

partes y el Estado debe seguir al momento que una ocurre una sustracción. Además, cabe recalcar que 90 Estados son parte de dicho convenio y Ecuador es uno de ellos.

Por otra parte, es indispensable referirse a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Esta tiene un enfoque especial para los países miembros de la OEA, por lo que el Ecuador, al ser parte de dicho organismo, debe seguir de igual forma el procedimiento establecido.

También es elemental tratar la Convención sobre Derechos del Niño, este es un tratado que reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes y establece el principio del interés superior del niño. Además, este prescribe que:

[...] Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño [...]⁹.

Asimismo, es necesario tomar en cuenta dentro del marco normativo nacional ciertas leyes de manera particular. En la Constitución se establece el orden jerárquico de aplicación de normas en el artículo 425 y dentro de este se reconoce a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador¹⁰. Por otra parte, si bien el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) no contiene de manera expresa la sustracción internacional de menores, el artículo 77 establece la protección contra el traslado y retención ilícita de niños, niñas y adolescentes. Este artículo prohíbe el traslado y la retención ilícita cuando se viole el ejercicio de patria potestad, régimen de visitas o las normas sobre autorización de salida del país¹¹. Además, establece que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para lograr la restitución de los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, se debe considerar la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) la cual en su artículo 43 reconoce a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos que es posible utilizar siempre que verse sobre materia transigible¹². Por último, existe la Resolución 014-CNNA-2008 la cual estableció como Autoridad Central al Consejo de la Niñez y Adolescencia, hoy Secretaría de Derechos Humanos. Esta se encarga de coordinar el cumplimiento de obligaciones internacionales, en específico recibe la solicitud de restitución y remite a la Autoridad Central del país extranjero y también supervisa el progreso del trámite en todo momento. Además, el objetivo

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador en 1990.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, R.O.449, de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹¹ Artículo 77, Código de la Niñez y Adolescencia [CONA]. R.O. 737 de 03 de enero de 2003.

¹² Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

primordial para la Secretaría es cumplir con lo dispuesto en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

2.2 Teorías

Es necesario considerar las diferentes posturas que existen respecto a la mediación como un mecanismo óptimo en los casos de sustracción internacional de menores. Primero, existe una posición restrictiva en el uso de la mediación para resolver este tipo de casos, dado que la mediación puede generar inconvenientes respecto a los plazos requeridos y las partes lo utilizan en ciertas ocasiones como una táctica dilatoria¹³. Por otro lado, es necesario llevar a cabo ciertos procedimientos que dentro de la mediación no son obligatorios. Un ejemplo de esto es la investigación respectiva del caso. Dentro del proceso judicial es obligatorio que se lo realice y cuenta como un requisito para el mismo, para varias Autoridades Centrales esto ha sido un factor indispensable a la hora de decidir qué procedimiento se va efectuar¹⁴. Por último, el efecto y alcance del acta de mediación no es igual en todos los países por lo que podría existir dificultades a la hora de ejecutar la misma. No obstante, existe una posición amplia, en la cual se evidencia que los mecanismos alternativos de solución de conflicto son métodos adecuados para resolver la sustracción internacional de menores. Puesto que las partes son las que definen los hechos y el conflicto que se va a discutir¹⁵. Asimismo, al utilizar este tipo de mecanismos las partes pueden reconstruir su relación y llegar acuerdos que beneficien a ambos. Esta posición es la que se va exponer a lo largo del trabajo.

3. Estado del arte

Existen varios autores que consideran a la mediación como un mecanismo adecuado para resolver los casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, uno de ellos es Christoph C. Paul. Para él la ventaja principal frente al procedimiento establecido en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es que la mediación da la posibilidad de discutir otros temas relacionados al conflicto y no se limita a la discusión de si se debe restituir al niño, esto da a las partes la posibilidad de resolver otros temas relacionados que en ocasiones son considerados el conflicto principal¹⁶. Por otra parte, cuando una sustracción se suscita en

¹³ Aurora Hernández Rodríguez, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e Inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6 (2014), 130-146.

¹⁴ Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases*, 39.

¹⁵ Adam R. Zemans, “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional”, *Revista de Mediación* 8 (2015), 1-7.

¹⁶ Christoph C. Paul, Dr. Jaime Walker, “An International Mediation: From Child Abduction to Property Distribution” *American Journal of Family Law* 23 (2009), 167-173.

un país donde no se ha ratificado los convenios internacionales, la mediación es una opción viable a través de grupos de mediadores bi-nacionales¹⁷.

Por otro lado, Sarah Vigers defiende que la mediación es una práctica que ha sido aceptada para la sustracción internacional de menores por consenso en las dos comisiones especiales de la Haya realizadas en los años 2001 y en el año 2006¹⁸. Esto prueba que la mediación ha sido aceptada desde hace mucho tiempo atrás como una solución viable para estos casos.

Para Celia Caamina la mediación es útil ya que el progenitor que realizó la retención puede mostrarse más abierto a iniciar contacto con un mediador en vez de comunicarse con la autoridad correspondiente¹⁹. Esto crea que las partes puedan tener un acercamiento y puedan compartir sus posturas de manera comfortable.

De acuerdo con Mercedes Caso, la mediación puede ser utilizada como un mecanismo de cautela, pero de igual forma puede ser utilizada tras la salida y localización del menor. Además, se la puede proponer aun cuando se ha iniciado un procedimiento judicial²⁰. Esto muestra que la mediación puede ser considerada como una medida preventiva al igual que una solución posterior a la sustracción.

Por último, Nuria González sostiene que la mediación facilita la comunicación entre las partes, el proceso se puede llevar a cabo de manera rápida y al final es menos intrusivo debido a que la mediación es privada²¹. Además, para ella es necesario que los procedimientos de mediación familiar transfronteriza siempre se guíen teniendo en cuenta el interés superior del menor²². Sin lugar a duda, la mediación tiene varias ventajas frente al proceso establecido dentro de la convención y una de las más relevantes es que permite abordar otros temas como visitas o alimentos²³. Es evidente que la mediación es flexible y permite a las partes construir un procedimiento que mejor se adapte a ellas.

4. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Para empezar, el convenio “establece una estructura de cooperación internacional de autoridades administrativas y judiciales, así como una acción directa para el retorno

¹⁷ Christoph C. Paul, Sybille Kiesewtter, *Cross-border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases* (Frankfurt: Wolfgang Metzner Verlag, 2014).

¹⁸ Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases*, 15.

¹⁹ Celia Caamina Domínguez, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje 1* (2011), 1-35.

²⁰ Mercedes Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, 23.

²¹ Nuria González Martín, “International Parental Child Abduction and Mediation”, 368.

²² Nuria González Martín, “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación”, 17.

²³ Nuria González Martín, “International Parental Child Abduction and Mediation”, 359.

inmediato del menor al país de su residencia habitual”²⁴. Ante esto, es esencial comprender que se entiende por residencia habitual. Esta hace referencia al lugar donde se evidencia la vida del menor y donde este se entiende que tiene vínculos más estrechos. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el lugar de residencia habitual es el centro de la vida del menor sustraído, este se entiende como el lugar en donde se ha desarrollado su personalidad, así como su status quo²⁵. De acuerdo a la Corte Constitucional del Ecuador:

En lo referente al Ecuador se considera residencia habitual a la morada o vivienda fija; es el lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar²⁶.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Movilidad Humana no menciona residencia habitual, pero sí residencia permanente. El artículo 63 establece que un extranjero menor de edad que dependa de una persona ecuatoriana o extranjera que cuente con residencia permanente en el Ecuador puede mantenerse en el territorio nacional de manera indefinida²⁷. Esto ocasiona que los niños y adolescentes extranjeros que mantiene su residencia permanente en Ecuador tengan de igual forma su residencia habitual dentro de este Estado, dado que se entiende que es el lugar donde existe permanencia y estabilidad.

Lo que busca el convenio es determinar si el menor sustraído debe ser restituido o no al Estado que se considera su residencia habitual. En esta situación se discute sobre la sustracción en concreto y no se discute sobre temas de fondo como, por ejemplo: quien tiene la tenencia del niño. Esto se encuentra establecido en el artículo 19 del convenio el cual prescribe que “una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”²⁸. Además, dentro de esta premisa se puede determinar que la competencia sobre la restitución concierne al juez donde el menor ha sido traslado y al contrario la competencia sobre la custodia o asuntos de fondo le corresponde al juez donde el niño o adolescente mantiene su residencia habitual²⁹.

²⁴Aurora Hernández Rodríguez, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e Inconvenientes”, 132.

²⁵María José Aráuz Enríquez, “De las excepciones en la Sustracción Internacional de persona menor de 16 años. Visión doctrinal y jurisprudencial, con énfasis en el proceso nicaragüense”. *Revista de Derecho* 24 (2018), 3-31.

²⁶ Sentencia N°031-11-SEP-CC, Corte Constitucional para el período de Transición, 21 de septiembre del 2011, pág.19.

²⁷ Artículo 63, Ley Orgánica de Movilidad Humana. R.O. Suplemento 938 de 06 de febrero de 2017.

²⁸ Artículo 19, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

²⁹ Nuria González Martín, “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación”, 14.

Para cumplir con los objetivos del convenio y que se restituya al menor en la mayor brevedad posible, el convenio ha determinado que es necesario crear una organización independiente que facilite los procedimientos dentro de los Estados. Estas se las denomina Autoridades Centrales, son designadas por cada Estado contratante y cumplen con funciones específicas. Sus funciones se encuentran descritas en el artículo 7 del mismo convenio. Una de las principales funciones es localizar a los menores y prevenir que estos sufran cualquier daño, pero también esta organización se encarga de coordinar las solicitudes que recibe de otras Autoridades Centrales³⁰. Es posible observar que dentro de sus funciones se encuentra “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable,”³¹ por lo cual son ellos los responsables de informar a las partes sobre sus opciones de métodos alternativos de solución de conflicto. Además, deben fomentar este tipo de soluciones en los casos que sean posibles.

Por otro lado, el convenio tiene ciertos requisitos para su aplicación. Primero, de acuerdo al artículo 4:

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años³².

Adicionalmente, el traslado debe ser ilícito, según el artículo 3, es ilícito cuando exista una infracción al derecho de custodia y por ende al ejercicio efectivo de dicho derecho³³. Este derecho de custodia puede ser atribuido al titular “por disposición legal, por decisión judicial o administrativa, o en virtud de un acuerdo vigente entre las partes”³⁴. Igualmente es necesario fijar que se entiende por derecho de custodia y derecho de visita. Esto se encuentra delimitado en el artículo 5:

- a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y,
- b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.³⁵

Es importante notar que el convenio establece definiciones claras al igual que un procedimiento en concreto que ayuda a las partes en caso de que se suscite una sustracción. Sin embargo, existen ciertas problemáticas que se originan al utilizar el

³⁰ Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández, “El contexto necesario para el avance de la mediación en la sustracción internacional de menores”, *Revista Internacional de Mediación 1* (2014), 131-162.

³¹ Artículo 7, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

³² Artículo 4, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

³³ Artículo 3, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

³⁴ Celia Caamina Domínguez, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, 12.

³⁵ Artículo 5, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

convenio y afectan el proceso de restitución. Estas son de diversa índole y resulta importante tomar en consideración al momento de elegir el procedimiento propuesto por el convenio.

4. 1 Problemáticas del convenio

Primero, es preciso determinar que existe una dificultad al momento de la aplicación territorial, si bien muchos Estados han ratificado el convenio aún existen varios los cuales no forman parte del mismo. Un ejemplo de esto son los países de tradición islámica al igual que países de Asia los cuales no forman parte del convenio³⁶. De manera que, al no tener un marco jurídico específico aplicable en estos casos sería necesario utilizar las normas internas de cada país. Esto crea que el progenitor tenga varias vías de acción que a la final resultan de difícil acceso y se produzca un choque cultural³⁷. Consecuentemente, no se cumpliría con la función del Derecho Internacional Privado de otorgar una solución a la relación jurídica internacional, garantizar la validez no solo en el tiempo, pero también en el espacio y aportar seguridad jurídica.

Otro conflicto se suscita por las causas de denegación de la restitución. El artículo 12 dispone que en caso de haber comenzado los procedimientos desde la expiración del plazo de un año y quede evidenciado que el menor se ha integrado a su nuevo ambiente no sería necesario realizar la restitución³⁸. En este caso el progenitor que realizó la solicitud no tendría otra alternativa que aceptar el traslado de niño o adolescente. Asimismo, dentro del artículo 13 también se establecen supuestos en los cuales la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución. Por último, el artículo 20 determina que se podrá denegar la restitución cuando “no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derecho humanos y de las libertades fundamentales”³⁹. De acuerdo a Nuria González “los órganos judiciales competentes para resolver sobre la restitución, se decantan por aceptar excepciones a destajo”⁴⁰. Además, existe preferencia a la protección de quienes sustraen. Por esto las excepciones deberían ser interpretadas de manera restrictiva, debido a que la regla general es el retorno del menor al Estado de su residencia habitual⁴¹. No obstante,

³⁶ Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases*, 21.

³⁷ María del Carmen Chéliz Inglés, *La Sustracción Internacional de Menores y la Mediación Retos y Vías Prácticas de Solución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

³⁸ Artículo 12, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

³⁹ Artículo 20, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁴⁰ Nuria González Martín, “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación.”, 12.

⁴¹ María del Carmen Chéliz Inglés, *La Sustracción Internacional de Menores y la Mediación Retos y Vías Prácticas de Solución*, 86.

en ciertas circunstancias hay que entender el contexto ya que a veces existe violencia dentro del núcleo familiar. Normalmente el 70% de sustracciones se dan porque “las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita”⁴². En estos casos los jueces deciden no restituir al niño a su lugar de residencia habitual en función de precautelar su seguridad y la de su madre.

Es importante notar que el convenio también prevé la posibilidad de solicitar asistencia judicial y asesoramiento jurídico. Esto se establece en los artículos 25 y 26, pero cabe mencionar que los gastos pueden correr por parte del Estado solo en ciertas ocasiones, ya que existe la posibilidad de formular una reserva para no estar obligado a asumir gastos que deriven de la participación de abogados o asesores jurídicos o del proceso judicial.⁴³ Esto puede crear una problemática para la parte que interpone la solicitud de restitución. En consecuencia, el proceso puede resultar costoso y sin ayuda del Estado puede que sea de difícil acceso para el progenitor.

Por último, otra problemática es la duración del proceso de restitución. Si bien dentro del artículo 11 prescribe que las autoridades deben actuar con urgencia y se fija un plazo de seis semanas para poder solicitar razones de demora en la decisión⁴⁴, la realidad es otra. A continuación, se observa en la siguiente tabla la duración del proceso de restitución a lo largo de los años y la diferencia que existe de acuerdo a su forma de terminación.

Tabla.1 Duración del Proceso de Restitución en Días

Forma de Terminación	1999	2003	2008	2015
Decisión Judicial de Retorno	107	125	166	158
Rechazo Judicial	147	233	286	245

⁴² Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Sustracción Internacional de Menores Una Visión General”, en: El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios (España: Institución “Fernando el Católico”, 2011), 115-155.

⁴³ Artículo 26, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁴⁴ Artículo 11, Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Retorno Voluntario	84	98	121	108
--------------------	----	----	-----	-----

Fuente: elaboración propia a partir de Nigel Lowe y Victoria Stephens⁴⁵

De acuerdo a la tabla es posible observar como a lo largo de los años la duración ha incrementado notablemente en aquellos casos que las autoridades judiciales están involucradas. En cambio, cuando se realiza un retorno voluntario el tiempo es considerablemente menor que las otras dos formas de terminación. Por otro lado, de manera general si bien el año 2015 se redujo el tiempo comparado al 2008 aún no se cumple el plazo establecido en el artículo 11 del convenio. En el Ecuador “este proceso puede durar entre seis meses y tres años”⁴⁶. Así pues, es necesario tomar en consideración que, si los tiempos de restitución siguen dentro de este rango los objetivos del convenio se ven afectados al igual que los derechos de los de los niños y adolescentes, así como los derechos de sus progenitores. Por último, en caso de que el adolescente cumpla 16 años durante el procedimiento de restitución el convenio se volvería inaplicable e ineficaz.

5. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Primero, es importante destacar que entre la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP) y el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores existe un caso de concurrencia de acuerdos internacionales debido a que los dos regulan una misma materia. Sin embargo, el artículo 34 de esta CIDIP establece una cláusula de compatibilidad con el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Dentro de este artículo se dispone que en caso de que los dos Estados fueran parte de los dos convenios, regirá la Convención Interamericana. No obstante, es posible que los Estados de manera bilateral acuerden la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁴⁷. Por lo que al final, los Estados pueden decidir qué convenio se va a aplicar para el caso en concreto.

⁴⁵ Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction —, Global report, Hague Conference on Private International Law, 2018.

⁴⁶ “122 padres quieren recuperar a sus hijos”, Diego Bravo, El Comercio, 27 de febrero de 2014, <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/122-padres-quieren-recuperar-a.html>

⁴⁷ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 15 de julio de 1989, ratificada por el Ecuador el 25 de enero de 2002.

5.1 Diferencias con el Convenio de la Haya

Si bien el contenido de esta CIDIP es muy similar al Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, existen diferencias notables las cuales son necesarias exponer.

A continuación, es preciso establecer que esta CIDIP solo es aplicable para los Estados que son parte de la Organización de Estados Americanos. En cambio, el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se aplica solo en los Estados contratantes de dicho convenio. Por lo que, este puede ser aplicado en diferentes continentes dado que 90 países han ratificado el convenio y este llega a tener un carácter global.

Dentro de esta CIDIP la solicitud de restitución del menor se lo realiza ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde el menor tiene su residencia habitual y solo si existiera urgencia la solicitud se realiza ante las autoridades del Estado donde se encontrare el menor⁴⁸. En cambio, en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores la solicitud se debe realizar ante cualquiera de las Autoridades Centrales. La Convención Interamericana no determina que se entienda por urgente, ni establece las causales que precisan que una situación sea de carácter urgente⁴⁹.

Otra diferencia, es la opción de optar por una solución amigable. Dentro de la Convención Interamericana no se estipula esta posibilidad, pero tampoco se restringe el uso de manera expresa. No obstante, en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en el artículo 7 se determina que las Autoridades Centrales deben facilitar a las partes el uso de una solución amigable. Consecuentemente, se entienda por solución amigable aquellos métodos alternativos de solución de conflictos, los cuales pueden ser la mediación o negociación.

6. La sustracción internacional en el derecho comparado

En preciso señalar que varios Estados además de ser parte de estas convenciones han contemplado dentro de sus ordenamientos cual es el procedimiento que se debe efectuar en caso de que ocurra una sustracción y consecuencias que deberán afrontar los progenitores que realizaron la sustracción.

En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, el artículo 272 prescribe que “quien sustraiga a un niño, niña o adolescente del poder quien

⁴⁸ Artículo 6, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

⁴⁹ Jinyola Blanco-Rodríguez, Raúl Santacruz-López, “La restitución internacional de menores sustraídos por sus propios padres” *Revista Estudios Socios-Jurídicos 11* (2009), 257-280.

lo tenga por virtud de la ley u orden de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años”⁵⁰. Adicionalmente, la persona culpable debe sufragar los gastos de envío del niño o adolescente a su residencia habitual. Por otro lado, el artículo 390 establece que el padre o madre que sustraiga o retenga indebidamente a su hijo o hija va responder por los daños y perjuicios que su conducta ocasiona y debe reintegrar todos los gastos realizados para lograr la restitución⁵¹. Esto demuestra que existen consecuencias penales, pero también económicas para el progenitor que realice la sustracción.

En cambio, en Chile la Corte Suprema estableció en el Acta 205-2015⁵² el procedimiento a seguir en los casos de sustracción internacional. Dentro del procedimiento se establece que no es necesario requerir legalizaciones ni otras formalidades de documentación. Además, el plazo máximo de la resolución no debe exceder las 48 horas siguientes a su presentación. La audiencia que se realiza es única ya que busca asegurar el retorno seguro del niño o adolescente, pero también el tribunal facilitará el uso de una solución amigable si así las partes lo desean. Igualmente, dentro de la audiencia el niño puede expresar su opinión si esta resulta relevante. Por último, la sentencia se comunicará de manera verbal y deberá contener los principios tomados en consideración para su decisión⁵³.

Por último, en Uruguay existe la Ley N°18.895⁵⁴, esta es una ley especializada que trata sobre la restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. Dentro de esta norma se incorpora aspectos del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pero también se determinan otros elementos que son importantes destacar. Primero, se establece de manera expresa las normas procesales aplicables para el caso de sustracción. Además, determina que la autoridad policial forma parte del procedimiento y colabora realizando las notificaciones y diligencias necesarias. Por último, es importante recalcar que dentro de esta norma el tribunal al admitir la demanda debe despachar el mandamiento de restitución en veinticuatro horas⁵⁵.

⁵⁰ Artículo 272, Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, Venezuela G.O. N°5859, 10 de diciembre del 2007.

⁵¹ Artículo 390, Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, Venezuela.

⁵² Ver, Acta 205-2015, Corte Suprema de Chile, 03 de diciembre del 2015.

⁵³ Id.

⁵⁴ Ver, Ley N°18.895, Uruguay, D.O N°8473, 22 de mayo del 2012.

⁵⁵ Ley N°18.895, Uruguay, N°8473.

7. Interés Superior del Niño

Es evidente que cuando se suscita una sustracción internacional lo que se busca, de manera inmediata, es velar por la protección del niño. Para lograr esta protección es fundamental tomar en cuenta el principio de interés superior del niño. Este es un concepto jurídico indeterminado el cual debe ser interpretado de manera dinámica y flexible, dado que se debe analizar caso por caso la situación más favorable para el niño o adolescente⁵⁶. Para la Corte Constitucional del Ecuador “la aplicación del interés superior del niño, como principio, atenderá la situación en concreto, es decir, considerando las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”⁵⁷. Por otro lado, la Sala de Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de Guatemala ha definido el principio de interés superior del niño como:

La potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño⁵⁸.

Ahora bien, para lograr el objetivo de este principio se debe tomar en cuenta “la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social y su predictibilidad”⁵⁹. El análisis y la valoración de estos elementos ayudan a satisfacer los intereses, pero también crea una solución beneficiosa para todos y en especial para los niños. Además, de acuerdo a la Observancia General No 14 del Comité de los Derechos del Niño los elementos que se deben tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación⁶⁰. Para esto es necesario buscar un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior⁶¹. Consecuentemente, lo que se busca es que los elementos sean valorados de manera general sin perder la importancia de cada uno, sin embargo, puede que exista otros elementos no descritos anteriormente que de igual forma son válidos al momento de determinar el interés superior del niño.

⁵⁶ Isaac Ravetllat Ballesté, “El interés superior del niño: concepto y delimitación”, *Educatio Siglo XXI* 30-2 (2012), 89-108.

⁵⁷ Sentencia N°380-17-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de noviembre del 2017, pág.58

⁵⁸ Causa 01174-2017-00877, Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, 16 de abril de 2018.

⁵⁹ Rony Eulalio López-Contreras “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015), 51-70.

⁶⁰ Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Observación, Naciones Unidas, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁶¹ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia* (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2020), 396.

Este es un principio que se encuentra contemplado en la normativa interna de cada Estado, pero también en la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de la normativa ecuatoriana este principio se encuentra consagrado en la Constitución al igual que dentro del CONA. En la Constitución el artículo 44 determina que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas [...] ⁶².

Al establecer este principio en la Constitución se crea una seguridad sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero también se determina que los derechos deben ser protegidos de manera conjunta entre todos lo que conforman la vida del niño o adolescente. Asimismo, cabe mencionar que “en el caso de del interés del niño lo que se pondera son derechos y la forma de hacerlos efectivos, considerando al menor de edad como un sujeto pleno de estos”⁶³. Debido a que los niños no pueden hacer efectivo sus derechos por sí solos es necesario que el Estado priorice sus necesidades y las resguarde en todo momento.

Por otro lado, el artículo 11 del CONA prescribe que:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento [...] ⁶⁴.

Aquí se evidencia que las autoridades administrativas y judiciales antes de tomar una decisión deben observar la situación en la cual se encuentra el niño o adolescente y deben proteger los derechos de estos en todo momento. El principio de interés superior del niño no solo vincula a jueces y tribunales, este también vincula a los poderes públicos, a los padres y al resto de ciudadanos⁶⁵. Sin embargo, es necesario enfatizar que este principio también va acompañado del derecho del niño a disfrutar su niñez con sus dos progenitores⁶⁶. Sobre la base de esto, cuando se suscita una sustracción internacional se debe considerar la situación anterior y la situación actual en la cual se encuentra el niño o adolescente. Esto quiere decir que se debe realizar un análisis del caso en concreto para determinar el interés superior del niño y si este debe ser restituido o no.

⁶² Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶³ Farith Simon Campaña, *Manual de Derecho de Familia*, 383.

⁶⁴ Artículo 11, CONA.

⁶⁵ Isaac Ravetllat Ballesté, “El interés superior del niño: concepto y delimitación”, 102.

⁶⁶ Yvette Velarde D’Amil, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el convenio de la haya de 25 octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED 17* (2015), 1279-1301.

En una mediación se precautela el interés superior del niño cuando se toma en consideración todos los elementos determinados por la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño y la solución alcanzada es “la más eficiente y benigna para sus intereses”, esto quiere decir que el acuerdo es estable, viable y toma en consideración las necesidades de los niños o adolescentes. Esta también se relaciona con la autonomía progresiva del niño y su facultad de ejercer por sí mismo los derechos conferidos⁶⁷. Esto se encuentra relacionado con la participación del niño o adolescente dentro de los procesos, lo cual se expondrá a continuación.

7.1 Participación del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 prescribe que:

1.Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional⁶⁸.

Así pues, el niño tiene derecho de expresar su opinión dentro de los procesos judiciales y administrativos una vez que se haya verificado que tiene la edad adecuada y la madurez necesaria. Del mismo modo, dentro del artículo 11 del CONA consta que se debe escuchar la opinión del menor en caso de que se encuentre en la condición de hacerlo⁶⁹. Por ello la Corte Constitucional determina que:

Al ser a la vez sujeto de derechos y garantías, se le asegurará el disfrute pleno de los mismos, como son, el derecho a la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción; a la integridad física y psíquica; a la salud integral y nutrición; al deporte y recreación; a la seguridad social; a la participación social, y a ser consultados por los asuntos que le afecten, entre otros ⁷⁰.

Sin embargo, esto no implica que su opinión sea obligatoria dentro del proceso, en razón de que las autoridades judiciales o administrativas son las que toman la decisión final.

Asimismo, dentro de la mediación la voz del niño o adolescente también puede ser tomada en consideración, sin embargo, existen autores que consideran negativo la presencia de ellos dentro de la mediación. En razón de que puede influir en la neutralidad

⁶⁷ Miguel Alarcón Cañuta, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, *Ars Boni et Aequi* 2 (2015), 11-47.

⁶⁸ Artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶⁹ Artículo 11, CONA.

⁷⁰ Sentencia N°064-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de marzo del 2015, pág.27.

e imparcialidad del mediador, además la presencia de los mismos puede constituir un elemento perturbador dado que puede interferir en la autoridad de decisión de los padres⁷¹. No obstante, existe otra postura a favor de la participación de los niños o adolescentes dentro de una mediación. Puesto que se les da la posibilidad de expresar sus sentimientos, dudas o confusiones y los padres pueden tomar en cuenta esta información al momento de realizar un acuerdo⁷². Igualmente, dentro del artículo 295 del CONA se da la posibilidad de escuchar la opinión del niño o adolescente dentro una mediación cuando esté se encuentre en condiciones de expresarla⁷³. Sin embargo, a diferencia de la participación de los menores de edad dentro de un proceso judicial “la participación de los niños en un proceso de mediación es a todas las luces menos estresante y perturbadora”⁷⁴. Por último, es preciso recalcar que los progenitores son los que van a tomar en cuenta la opinión del niño puesto que estos son los responsables de llegar a un acuerdo dentro de una mediación.

8. Normativa ecuatoriana

Es importante establecer que el Ecuador se adhirió al Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores el 22 de enero de 1992. Este debe aplicarse de manera directa en caso de que se suscite una sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes debido a que el artículo 425 de la Constitución determina el orden jerárquico de aplicación de normas y este posiciona a los tratados y convenios en segundo lugar de aplicación.

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas y los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos⁷⁵

Asimismo, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que:

La Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores forma parte del bloque de constitucionalidad y debe ser aplicable de manera directa y sin dilación por las autoridades que conozcan los casos relativos a la protección de niños que han sido trasladados o retenidos ilícitamente⁷⁶.

Además, sobre la base del DIPr las normas aplicables a las situaciones privadas internacionales deben ser, en primer lugar, los tratados y convenciones que estén vigentes,

⁷¹ Miguel Alarcón Cañuta, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, 33.

⁷² Id., 31.

⁷³ Artículo 295, CONA.

⁷⁴ Miguel Alarcón Cañuta, “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, 36.

⁷⁵ Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁶ Sentencia N°031-11-SEP-CC, Corte Constitucional para el período de Transición, 21 de septiembre del 2011, pág.13.

seguido por las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado. Respecto al Ecuador este tiene un modelo disperso de DIPr dado que existe una mera compilación y las reglas se encuentran en varias leyes, también existe un modelo convencional más que nominal ya que los instrumentos internacionales se encuentran reconocidos en la Constitución⁷⁷. Sobre la base de esto, existen distintos tipos de normas, algunas son de origen nacional y otras de origen internacional. Estas se dividen en normas convencionales las cuales nacen de instrumentos internacionales, institucionales que provienen de procesos de integración como la Comunidad Andina de Naciones o la Unión Europea y normas autónomas que nacen de cada país. En el Ecuador encontramos estos 3 tipos de fuentes y son aplicables para las situaciones privadas internacionales.

Por otro lado, dentro de la normativa ecuatoriana no existe un procedimiento específico en caso de que se suscite una sustracción internacional de menores. Dentro del artículo 77 del CONA solo se establece que los niños, niñas y adolescentes que fueron trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y gozar de visitas de sus progenitores, del mismo modo el Estado debe tomar las medidas necesarias para lograr el regreso y la reinserción⁷⁸. Si bien se dispone tomar las medidas necesarias dentro de este artículo, no se plantea de manera específica cuales van a ser estas medidas ni como se debería proseguir en caso de que ocurra una sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes.

8.1 Mediación

Respecto a la mediación, esta se encuentra reconocida en la Constitución y el artículo 190 prescribe que:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir [...] ⁷⁹.

Es claro que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son reconocidos a nivel constitucional y dentro de la normativa ecuatoriana. La mediación se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y Mediación. Dentro de esta norma se establece los parámetros para llevar a cabo una mediación y el artículo 43 determina que:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto⁸⁰.

⁷⁷ Ver, Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁸ Artículo 77, CONA.

⁷⁹ Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁸⁰ Artículo 43, LAM.

Es evidente que dentro de la mediación las partes son las responsables de crear una solución a su conflicto y el mediador es la persona que facilita el diálogo entre ellas. Asimismo, este artículo establece que se podrá utilizar la mediación siempre y cuando la materia sea transigible “es decir a todo aquel aspecto en el cual las partes pueden renunciar derechos”⁸¹. En consecuencia, la mediación procede cuando se puede disponer de derechos y obligaciones libremente. No obstante, en el caso de alimentos es preciso señalar que el acuerdo de mediación versa sobre el monto o la forma de pago, sin embargo, el derecho a percibir alimentos no es transigible dado que así lo prescribe el artículo de 362 del Código Civil⁸². Por lo tanto, si bien la normativa ecuatoriana no establece de manera taxativa que materia es transigible, esta si determina que materia no es transigible y por ende no es posible dirimir el conflicto en un procedimiento de mediación. En el Ecuador la mediación es un método adecuado para resolver controversias y es una vía óptima para acceder a la justicia⁸³.

Es importante señalar que el artículo 47 de la LAM determina que el acta de mediación en el Ecuador tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada⁸⁴. Además, dentro del Código Orgánico General de Procesos se establece que el acta de mediación tiene carácter de título de ejecución⁸⁵. Por lo cual, no cabe ni acción ni recuso alguno contra la misma. Esto crea seguridad jurídica para las partes y se precautela el acuerdo alcanzado. Sin embargo, “todos los asuntos referentes a niños, niñas y adolescentes y alimentos serán susceptibles de revisión por las partes”⁸⁶. Dado que el acta de mediación en este caso se asemeja a una resolución que únicamente tiene la naturaleza de cosa juzgada formal, ya que no son susceptibles de ningún recurso o acción, pero su contenido puede ser modificado. Igualmente, esto se encuentra establecido de manera expresa en el artículo 47 de la LAM:

[...] En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias ⁸⁷.

⁸¹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, *Revista MASC ECUADOR 1* (2005), 8-19.

⁸² Ximena Bustamante Vásquez, “LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTA DE MEDIACIÓN” (Tesis, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 90.

⁸³ Ximena Bustamante et al., “Las orientaciones del mediador: análisis de la mediación en Quito”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 8* (2016), 263-316.

⁸⁴ Art. 47, LAM.

⁸⁵ Art.363, Código General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

⁸⁶ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 17.

⁸⁷ Art. 47, LAM.

En los casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes la norma convencional permite de manera expresa el uso de otros mecanismos alternativos de solución de conflicto. Además, dentro de la normativa ecuatoriana no se prohíbe el uso de la mediación para estos conflictos de manera expresa y el artículo 294 del CONA prescribe que “la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia”⁸⁸, en este caso no se vulnera derechos irrenunciables por ende es posible el uso de este mecanismo en los casos de sustracción. Adicionalmente, dentro del documento informativo de marzo de 2011 realizado sobre la base al perfil del Ecuador, se estipula que la mediación puede ser objeto de “restitución/no restitución de un niño luego de su supuesto traslado o retención ilícitos, custodia, visita/contacto, alimentos para el niño y controversias patrimoniales luego de la ruptura de la relación”⁸⁹. Esto confirma la posibilidad de utilizar la mediación cuando se produzca un caso de sustracción internacional de niños y adolescentes, además da la posibilidad de mediar otros temas que son relacionados a la materia. Por último, cabe destacar que, de las 141 solicitudes de restitución presentadas en el Ecuador en el año 2020 se realizaron 4 acuerdos entre los progenitores en casos de restitución internacional⁹⁰.

9. Mediación familiar internacional

Ahora bien, al determinar que sí es posible resolver la sustracción internacional de menores a través de una mediación es preciso señalar que el tipo de mediación que se debe implementar es la mediación familiar internacional. Al hablar de mediación familiar internacional lo que se busca resolver son conflictos familiares que conciernen al menos a dos Estados. Este mecanismo presenta varias ventajas frente al proceso judicial. Por un lado, la mediación familiar internacional permite resolver controversias de manera rápida y económica, también aminora el trabajo que tienen los órganos jurisdiccionales y por último ayuda a conservar las relaciones familiares⁹¹. Igualmente, toma en consideración los intereses de todos los miembros de la familia y permite que estos puedan expresar sus

⁸⁸ Art. 294, CONA.

⁸⁹ Documento Informativo N°2 de marzo de 2011 para la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 relativo a la Sustracción de Menores y el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Protección de los Niños, Documento Informativo, Oficina Permanente de La Haya, 2011.

⁹⁰ Cecilia del Consuelo Chacón Castillo, Informe de Gestión I Semestre 2020, Secretaria de Derechos Humanos, 2020.

⁹¹ Aurora Hernández Rodríguez, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e Inconvenientes”, 136.

preocupaciones y sentimientos respecto al conflicto que se ha suscitado. Las partes son más abiertas a exponer todo lo que sienten debido al principio de confidencialidad. Este permite crear confianza y un espacio cooperativo. Dentro del procedimiento de mediación las partes no se observan como adversarios, estas dialogan y llegan a una solución de manera voluntaria, por lo que es más probable que respeten el acuerdo y cumplan con el mismo. Sobre la base de esto “parece que la mediación puede ser, en los casos en los que resulta apropiada, la mejor manera de garantizar que la decisión que se tome respetará el superior interés del menor”⁹².

No obstante, cabe mencionar que “la mediación familiar internacional es más compleja que la doméstica o nacional, y por ende, exige que los mediadores tengan una formación más amplia”⁹³. Esto debido a que puede existir diferencias culturales entre las partes, el conflicto puede que haya escalado a un nivel muy alto y la situación geográfica en la cual se encuentran las partes no es la misma⁹⁴. Es fundamental que el mediador esté calificado y cuente con los recursos necesarios para lograr una comunicación efectiva entre las partes.

9.1 Aplicación de la mediación

A continuación, es preciso señalar el modelo de mediación que debería ser implementado dentro de los casos de sustracción internacional y las ventajas de la mediación frente al proceso establecido por los convenios antes descritos.

Primero, el modelo óptimo que debería ser implementado dentro de estos casos es el Modelo Transformativo, ya que este se centra en las partes y su relación, el acuerdo es una consecuencia del trabajo y colaboración de las partes. Lo que se busca es cambiar el conflicto de uno destructivo a uno productivo, porque de esta manera cambia la interacción que tienen las partes entre ellas. Asimismo, el papel del mediador en este modelo es apoyar cambios productivos en la interacción de las partes⁹⁵. Por lo tanto, la mediación “será exitosa no solo cuando se llega a un acuerdo, sino especialmente cuando además del acuerdo alcanzado, éste es consecuencia o resultado de la transformación

⁹² Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández, “El contexto necesario para el avance de la mediación en la sustracción internacional de menores”, 154.

⁹³ Luciana B. Scotti, “La mediación familiar transfronteriza en los casos de restitución internacional de niños: Situación en la República Argentina”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional I* (2017), 91-118.

⁹⁴ Mercedes Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, 23.

⁹⁵ Joseph P. Folger, “La Mediación Transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas” *Revista de mediación 2* (2008), 6-16.

positiva de la situación de conflicto”⁹⁶. Es evidente que en los casos de sustracción internacional de niños y adolescentes los progenitores tienen que mantener una relación amigable y saludable en beneficio de sus hijos. En consecuencia, al implementar este modelo lo que se busca es que la relación de los progenitores se transforme y exista un reconocimiento recíproco entre ellos. Esto ayuda a mantener una relación en el tiempo y en caso de que exista un nuevo conflicto los progenitores van a ser capaces de solucionarlo de manera efectiva. No obstante, al existir otros modelos de mediación el mediador puede aplicar aquel que considere beneficioso para el caso en concreto debido a que cada caso es diferente y las relaciones al igual que los conflictos son diferentes.

Por otra parte, cabe señalar que es posible que exista una mediación simple o una co-mediación. La co-mediación es aquella que se efectúa con dos mediadores. Esta se recomienda para este tipo de casos por alto grado de conflicto que pueda existir o debido a las distintas culturas de donde provienen las partes. La presencia de dos mediadores “puede ayudar a crear un ambiente calmo y un entorno constructivo que facilite la discusión”⁹⁷. Del mismo modo, en caso de utilizar la co-mediación los mediadores deben apoyar a las partes y colaborar para que estas recorran un camino de revalorización y reconocimiento⁹⁸. Para lograr esto los mediadores utilizan distintas herramientas, una de ellas son los *caucus*. Esta es una herramienta que se utiliza dentro de la mediación para evitar un estancamiento o en caso de que ya exista uno permite que el diálogo fluya nuevamente. El *caucus* consiste en tener reuniones por separado con las partes, dentro de estas reuniones se da la posibilidad a las partes de expresar sus sentimientos e información que consideren relevante. Esta herramienta permite manejar el conflicto y lograr una comunicación efectiva.

Las ventajas de la mediación frente a un proceso de restitución internacional son varias. Es importante destacar que la mediación no afronta las mismas limitaciones jurisdiccionales que los procesos judiciales⁹⁹. En virtud de que la mediación no se encuentra limitada a abordar las condiciones y modalidades expuestas en los convenios antes descritos. Dentro de la mediación es posible abordar temas como la tenencia,

⁹⁶ Carmelo Hernández Ramos, “Modelos aplicables en mediación intercultural”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales* 17 (2014), 67-80.

⁹⁷ Mediación. 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, ISBN 978-94-90265-06-9, 2012, párr.223.

⁹⁸ Robert A. Baruch Bush, Sally Ganonh Pope, “La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción de los conflictos familiares” *Revista de Mediación* 2 (2008), 17-28.

⁹⁹ Mediación. 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, párr.187.

alimentos y visitas siempre que las partes así lo deseen y tomando en cuenta los sistemas jurídicos involucrados.

Asimismo, la mediación resuelve el conflicto de la distancia. En vista de que las partes se encuentran en dos Estados diferentes, resulta difícil tener reuniones presenciales, sin embargo, hoy en día también existe la mediación telemática. Esta se efectúa a través de videoconferencias, teleconferencias u otros medios de comunicación semejantes los cuales facilitan el diálogo y hacen posible tener una comunicación continua. Es indispensable que dentro de este procedimiento también se garanticen los principios de la mediación en todo momento.

Además, la mediación puede plantearse en dos momentos, está puede iniciar antes de que se produzca una sustracción del niño, niña o adolescente, como mecanismo de prevención o esta puede ser planteada tras la salida y localización del menor¹⁰⁰. El momento preventivo resulta ser de gran importancia debido a que se procura velar por el bienestar del niño o adolescente y se evita que se produzca una sustracción. También, previene que se produzca una “ruptura del vínculo con uno de los padres”¹⁰¹. Adicionalmente, en caso de que la sustracción ya se haya perpetuado la mediación aproxima a las partes y las invita a llegar a un acuerdo de manera amistosa¹⁰².

Igualmente, la mediación es eficaz cuando la sustracción internacional se suscita en países donde no se ha ratificado los convenios internacionales, esta es una opción viable a través de grupos de mediadores bi-nacionales¹⁰³. Esto significa que los mediadores son aptos para comprender los contextos culturales de las partes involucradas y ayudan a mantener un diálogo entre estas dos culturas. Conviene destacar, que los mediadores son una parte esencial dentro de la mediación familiar internacional por eso de acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas de Mediación se recomienda que los mediadores tengan una formación especializada para tratar este tipo de casos. Los mediadores deben ser experimentados y deberían haber recibido una formación específica. Igualmente, es recomendable que los mediadores hablen el idioma de ambas partes o por lo menos que uno de ellos lo haga.

¹⁰⁰ Mercedes Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, 26.

¹⁰¹ Nuria González Martín, “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación.”, 7.

¹⁰² Celia Carrillo Lerma, “Mediación Familiar Internacional y Sustracción de Menores”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* 19 (2015), 185-196.

¹⁰³ Christoph C. Paul, Sybille Kiesewtter, *Cross-border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, 24.

No obstante, antes de comenzar con una mediación es necesario que se realice una evaluación de la aptitud del caso que se pretende solucionar dentro de un procedimiento de mediación, puesto que se busca prevenir demoras que puedan afectar los derechos de los niños y de los progenitores. Asimismo, existen ciertas situaciones en las cuales existen riesgos especiales. De acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas de Mediación estos riesgos se pueden catalogar en “violencia doméstica o abuso de drogas o alcohol”¹⁰⁴. En estos casos la guía recomienda tomar precauciones en estos casos o descártalos en su totalidad para la mediación. Este control se debería realizar en cada caso en concreto y sobre la base de los hechos proporcionados por la Autoridad Central y las partes, además se debe tomar en cuenta la normativa de cada Estado.

9.2 Acta de mediación

Así pues, en caso de que se llegue a un acuerdo y se redacte un acta de mediación es necesario que esta sea vinculante y goce de efectos jurídicos dentro de los respectivos Estados a los cuales pertenecen las partes. Esto implica que en caso de incumplimiento el acta pueda ejecutarse y se realicen los actos procesales necesarios para cumplir con las obligaciones establecidas dentro de la misma. De acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas:

El acuerdo puede constituir un contrato jurídicamente vinculante entre las partes desde el momento de su perfeccionamiento. Sin embargo, muchos sistemas jurídicos restringen la autonomía de una parte en el derecho de familia hasta un cierto grado, en especial, en cuanto a la responsabilidad parental¹⁰⁵.

Debido a esto se recomienda que el acta de mediación sea aprobada por un tribunal en los casos que la legislación no contemple el acuerdo de mediación como un contrato jurídicamente vinculante o en caso de que no tenga el efecto de sentencia ejecutoriada como lo dispone la normativa ecuatoriana. Además, esta debería ser suscrita ante un centro de mediación el cual cuente con autorización del órgano respectivo de cada Estado. Esto también facilitaría la ejecución del acta en caso de incumplimiento, dado que muestra seguridad de que la mediación se efectuó bajo los parámetros pertinentes.

Por otro lado, es preciso establecer el foro más adecuado en caso de que se ejecute el acta de mediación. Esto en función de poder determinar cuál es el lugar más beneficioso para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por ello y sobre la base del Derecho Internacional Privado el foro que podría ser aplicable a esta situación sería el foro de protección. Este responde “directamente a la protección de una de las partes, la

¹⁰⁴ Mediación. 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, párr.148

¹⁰⁵Id., párr. 290

determinada como débil en el proceso, favoreciendo el acceso a los tribunales de esa parte”¹⁰⁶. En este caso la tendencia es en favor de los niños y adolescentes ya que estos son considerados como la parte débil del proceso. El foro de protección busca que no exista indefensión ni tampoco vulneración de derechos. Debido a lo cual, este foro puede ser el Estado donde el niño o adolescente mantiene su residencia habitual o en caso de que se encuentre realizando visitas internacionales en el otro Estado.

No obstante, en función del principio de la autonomía de la voluntad, las partes podrían pactar una cláusula de elección de foro dentro del acta de mediación. Esta se la conoce de manera análoga como prórroga expresa de jurisdicción y se aplica cuando las partes dictaminan de manera escrita el foro al cual se van a someter para resolver la controversia. Conviene señalar que para pactar este foro es necesario que la materia sea transigible, que no exista un foro exclusivo y no haya una norma que lo prohíba. En esta situación las partes podrían pactar que en caso de incumplimiento del acta se van a someter a un determinado foro para poder ejecutar la misma. Esto debe ser analizado sobre la base de la normativa de cada Estado que las partes pertenecen, así pues, en caso de que se cumplan los tres requisitos antes descritos las partes podrían fijar sin ningún inconveniente esta cláusula.

9.3 Caso

A continuación, se presentará un caso real en el cual la mediación solucionó de manera preventiva una sustracción internacional. Este caso se publicó en la revista *American Journal of Family Law* en el año 2009¹⁰⁷.

En el año 1995 contrajeron matrimonio Heidi una ciudadana alemana y Sebastián un ciudadano americano. En el año 1996 adquirieron una casa en Los Ángeles y en el 2004 tuvieron un hijo llamado Adam. En el año 2006, se suscitó una crisis dentro del matrimonio debido a una infidelidad por parte de Sebastián, por lo que él decidió mudarse. Heidi y Sebastián acordaron de manera verbal que Adam iba a convivir 3 meses con cada uno de sus progenitores. En octubre de 2006, Heidi y Adam regresaron a Berlín con el objetivo de visitar a sus padres por 4 meses, sin embargo, durante la visita decidió aceptar un trabajo en Berlín y mudarse a un apartamento en la ciudad. Heidi inscribió a Adam en una guardería en Berlín. A comienzos de diciembre Heidi presentó una demanda

¹⁰⁶ Sonia Rodríguez Jiménez, *Competencia Judicial Civil Internacional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas: 2016)

¹⁰⁷ Christoph C. Paul, Dr. Jaime Walker, “An International Mediation: From Child Abduction to Property Distribution”

de divorcio y retiró \$52,000 de una cuenta que mantenía en conjunto con Sebastián. Sebastián comenzó averiguar sobre el proceso de restitución mientras todo esto sucedía. Él interpuso en Los Ángeles una demanda para solicitar tenencia compartida y demandó que Heidi regrese con su hijo¹⁰⁸.

En enero de 2007 los abogados alemanes de ambas partes sugirieron comenzar con un procedimiento de mediación. La pareja tuvo 5 sesiones de mediación las cuales trascurrieron durante 6 meses. Estas sesiones se produjeron de manera conjunta, pero también por separado. Durante las primeras sesiones las partes pudieron expresar todo lo que sentían y sus preocupaciones. A partir de la tercera sesión se estableció los puntos que iban a tratar dentro de la mediación. Aquí se evidenció que existían otros conflictos aparte del lugar de residencia de su hijo. En la cuarta sesión se comenzó a crear acuerdos y en la quinta sesión, se redactó el acuerdo final. Los acuerdos alcanzados fueron que: Heidi y Adam iban a regresar a Estados Unidos. La residencia de Heidi, Sebastián y Adam durante los próximos 3 años iba ser California. También, se estableció un régimen de tenencia compartida y se decidió que la pensión alimenticia o manutención iba ser dividida en porcentajes iguales (50/50). Por otro lado, dentro del acta se estableció acuerdos sobre la crianza, duración de viajes internacionales, días festivos y cumpleaños. Las partes al final del acta establecieron la forma mediante la cual se iba a liquidar la sociedad conyugal y su decisión de divorciarse por mutuo acuerdo¹⁰⁹.

Este caso muestra que la mediación es un procedimiento óptimo y eficaz para prevenir que se susciten casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Las partes pudieron expresar todos sus sentimientos de manera segura y sintieron que fueron comprendidos recíprocamente. También, se evidencia de manera clara que los progenitores fueron los encargados de crear un acuerdo que beneficie tanto al niño como a ellos. Asimismo, debido a la flexibilidad que otorga la mediación se pudo solucionar otros conflictos que también enfrentaban las partes. Sin embargo, lo más importante es que se pudo preservar la relación de los progenitores y que el niño mantuvo una relación cercana con ambos.

¹⁰⁸ Christoph C. Paul, Dr. Jaime Walker, “An International Mediation: From Child Abduction to Property Distribution”

¹⁰⁹ Id., 171-172.

10. Conclusiones y recomendaciones

En conclusión, podemos afirmar que el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tienen ciertos conflictos que se suscitan a la hora de su aplicación. Estos ocurren por diferentes circunstancias las cuales han sido descritas anteriormente, no obstante, se constata que al optar por una mediación estas dificultades son solucionadas.

Por otro lado, no es necesario implementar dentro de la normativa ecuatoriana un proceso de restitución de niños y adolescentes, dado que el Ecuador al ser parte de estas dos convenciones debe aplicar de manera directa las mismas. Adicionalmente, al no existir una norma expresa dentro de la normativa ecuatoriana se habilita a las partes a optar por el procedimiento que mejor les convenga, siendo así una opción viable la mediación o el procedimiento establecido por los convenios.

También, se logró demostrar que el interés superior del niño está presente en todo procedimiento que los niños o adolescentes están involucrados y que los Estados como los progenitores deben resguardar el bienestar de los menores de edad. En mediación se logra proteger el interés del niño siempre que se considere las necesidades de los mismos. El mediador juega un rol importante ya que él debe verificar que el acuerdo realmente cumpla y satisfaga las necesidades de los niños y adolescentes.

Por último, la mediación es un procedimiento que crean los progenitores. Es fundamental que la mediación se adapte a las necesidades de estos, debido a que cada caso es distinto. No obstante, se debe tomar en cuenta que la mediación va a ser un mecanismo útil para los casos de sustracción internacional siempre que los progenitores así lo deseen ya que el principio rector de la mediación es la autonomía de la voluntad. Es indispensable recalcar que la mediación no debe generar demoras innecesarias ni poner en riesgos los derechos de los involucrados.

Una sugerencia para que el procedimiento resulte más confiable es que exista mediadores especializados. Para esto los Estados contratantes deben crear cursos especializados dentro de esta materia, de esta forma el mediador cuenta con las herramientas necesarias para ayudar a las partes en su proceso de diálogo. De igual manera se debe considerar la opción de crear una lista a nivel regional o global, la cual establezca los mediadores calificados para mediar sustracciones internacionales. Esta lista debería ser realizada y aprobada por La Haya así existe seguridad de su experticia.

Otra sugerencia es que las partes deben tener más información sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial sobre la mediación. Las Autoridades Centrales deben ser las encargadas de otorgar esta información al progenitor que presenta la solicitud y deben promover el uso de la mediación cuando así lo desean las partes y si el caso no cuenta con riesgos especiales.

Por último, una recomendación sería negociar y aprobar una convención la cual facilite el reconocimiento y ejecución de este tipo de actas de mediación. Si bien existe la Convención de Singapur, esta solo se aplica para aquellos acuerdos resultantes de un conflicto comercial. Por lo que, al aprobar una convención de este tipo, la ejecución de actas de mediación respecto a esta materia en específico sería más ágil y efectiva. Además, el acuerdo alcanzado gozaría de una seguridad jurídica mayor.