

# COOPERACIÓN JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA EL DIÁLOGO DE CULTURAS ANTE EL CONFLICTO DE DIFERENTES CONCEPCIONES FAMILIARES\*

MARÍA PILAR DIAGO DIAGO

*«Cuando los elefantes luchan, es la hierba quien sufre.»*

Proverbio Suajili

En un tiempo caracterizado por la excesiva compartimentación del conocimiento, resulta gratificante que se mantengan con vigor iniciativas como la del Foro Internacional de la Institución «Fernando El Católico» dirigido por la profesora Yolanda Gamarra. Con esta, ya ha llegado a la III edición con éxito y con gran impacto tanto en la comunidad universitaria como en la sociedad en general.

No es frecuente que se ponga tanto interés y esfuerzo en crear y mantener un foro que descienda del ámbito estrictamente científico al educativo, y que se caracterice por su excelencia, pues excelentes son todos los académicos que en él participan. Pero además, en él se presentan temas que son tratados desde diferentes ángulos del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado, permitiendo el reencuentro de dos disciplinas que comparten orígenes.

La visión amplia del Derecho Internacional de la doctora Gamarra y su inquietud por crear un foro abierto y libre donde se aborden temas de actualidad, y se debata sin los encorsetamientos propios del ámbito estrictamente científico, son los motores de esta iniciativa por la que debo dar mi más sincera enhorabuena a su Directora.

El cuarto eje del tema general del foro «el discurso civilizador en Derecho Internacional» versa sobre el tema marco de la cooperación jurídica, como instrumento para el diálogo entre culturas. Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González eligen como campo de pruebas del avance en la cooperación y por

---

\* Aportación realizada en el marco del Proyecto de Investigación «Sociedad intercultural: retos jurídicos del ordenamiento español» Resolución UZ2009 Soc.03 de 12 de enero de 2010.

ende, en la pacificación social, un tema difícil y espinoso: el secuestro internacional de menores. En ocasiones este desgraciado fenómeno tiene su origen, no tan remoto, en el conflicto de diferentes concepciones familiares al que se dedica este comentario.

Una de las cuestiones más relevantes de los últimos tiempos que han dado lugar a debates doctrinales y a importantes iniciativas legislativas, valga como uno de los últimos ejemplos para España la reciente entrada en vigor el 1 de enero de 2011 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 19 de octubre de 1996<sup>1</sup>, es la protección del menor.

Su especial estatus, ha contribuido a sensibilizar los distintos contextos jurídicos y desde aquellos se ha procurado organizar su protección alrededor de un valor jurídico superior: el interés del menor<sup>2</sup>. En esta línea se sitúa la regulación material que cada ordenamiento dedica a las relaciones ente padres e hijos, y a la organización de aquellas en la garantía de la protección del menor. Así *la potesta dei genitorum*, *autorité paternelle*, *Parental Responsibility* o la patria potestad comparten un mismo objetivo: imponer un complejo entramado de deberes a los padres, orientados al cumplimiento del cuidado y formación del hijo hasta su mayoría de edad.

Ahora bien, para que todo este contingente de leyes lleguen a producir los resultados deseados, deben acompañarse de una exhaustiva regulación internacional privatista, que dé respuesta a la creciente mundialización de las relaciones paternofiliales<sup>3</sup>. En el tema que aquí interesa, debe ser capaz de articular los mecanismos necesarios para que el hijo mantenga relaciones con sus dos progenitores y en los

<sup>1</sup> BOE 2-12-2010 Son muy numerosos los trabajos elaborados sobre este Convenio, entre los más recientes v. para la entrada en vigor en España BORRÁS, A., «La entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 1996 de protección de niños», *Abogados, Diario de actualidad del Consejo General de la Abogacía Española*, febrero de 2011, pp. 32-34 y en «Abogados.es», de 27 de enero de 2011 [http://www.abogados.es/portalABOGADOS/printPortal.do?urlPagina=/S005024003/1295972209241\\_es\\_ES.html](http://www.abogados.es/portalABOGADOS/printPortal.do?urlPagina=/S005024003/1295972209241_es_ES.html) y ZABALO ESCUDERO E. «Entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños» *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 26, 2011; sobre los problemas de compatibilidad con normas de responsabilidad parental de la Unión Europea y las normas españolas de producción interna v. GARAU SOBRINO, F., «Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 282 a 289, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1161/569>

<sup>2</sup> V. en especial BORRÁS, A., *El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado*, Discurs d'ingrés, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1993, pp. 7 a 59. En Derecho interno y entre muchos otros trabajos v. en general RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, AA.VV., *El interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2008.

<sup>3</sup> DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos» en AA.VV., *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 143 a 176.

supuestos en que se produzca una sustracción del hijo común o se impida el derecho de visitas, debe permitir el rápido restablecimiento de las relaciones, cuando de manera indebida se han roto.

La mundialización constituye el campo real en el que hoy se debe construir el discurso civilizador. El despliegue de las herramientas propias de la ciencia de los conflictos de leyes, ha de ser capaz de superar el choque de concepciones de la familia del que, con demasiada frecuencia, el perjudicado es el hijo y que puede llegar a desencadenar situaciones tan extremas como las descritas.

En efecto, son muchas las circunstancias que influyen en que las relaciones normales entre padres e hijos se vean alteradas. El marco de la inmigración y aun de la emigración que está aumentando en nuestro país, que es uno de los elementos clave de la mundialización, genera una clara inestabilidad en las unidades familiares. Pero además, el crecimiento del número de matrimonios o uniones mixtas entre parejas de distinta nacionalidad y el correlativo aumento de separaciones y divorcios a los que dan lugar, vuelven a situar al hijo menor en demasiadas ocasiones, en el lugar de víctima en el que nunca debería estar.

La situación se agrava cuando uno de los miembros de la pareja procede de un país con tradiciones, costumbres y leyes muy diferentes a las del mundo occidental. La difícil convivencia de estas parejas está marcada por unas concepciones familiares producto de culturas tan distantes, que les hace complicada la adaptación. En el peor de los casos se produce la ruptura de la pareja y es frecuente que los efectos más negativos de aquella se materialicen en las relaciones con el hijo común. Es lo que ocurre en los citados casos de sustracción internacional de menores, que son especialmente complicados cuando se producen en este entorno multicultural, si bien como es obvio, las diferencias culturales no tienen necesariamente que desembocar en conflictos<sup>4</sup>.

Las relaciones jurídicas entre padres e hijos en el mundo occidental, se desarrollan en el marco de la familia sometida a importantes cambios sociales<sup>5</sup> que influyen directamente en la concepción de aquella y que conduce a la existencia de nuevos modelos familiares, como son las familias monoparentales. El paulatino logro de la igualdad de la mujer en todas las esferas y particularmente en el marco familiar, ha ido acompañado de una transformación en la misma de las relaciones entre padres e hijos, que se caracteriza hoy por el equilibrio y la consideración de la personalidad del menor.

Sin embargo, conviene recordar que esto no siempre ha sido así. La concepción actual de las relaciones entre padres e hijos, es el producto de una importante evo-

---

<sup>4</sup> VRELLIS, S., «Conflit ou coordination de valeurs en Droit International Privé. À la recherche de la justice» en *Recueil des Cours*, 2007, t. 328, pp. 178 a 473 v. en especial pp. 225 y s.s.

<sup>5</sup> ROCA, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999.

lución histórica<sup>6</sup>, que ha transformado el poder o derecho ilimitado del padre típico del Derecho Romano, en la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos tal y como establecen las legislaciones de los diferentes países occidentales<sup>7</sup>.

Así pues, una vez que queda determinada la filiación, se puede decir que nacen las relaciones jurídicas entre padres e hijos al margen del concreto carácter de tal filiación, esto es, con independencia de que aquella sea matrimonial o no matrimonial, por naturaleza o adoptiva, consagrándose de esta forma la igualdad de todos los hijos<sup>8</sup>, que proclama el artículo 39.2 de la Constitución<sup>9</sup>. Dentro de estas relaciones destaca sobremanera las que se establecen durante la minoría de edad o incapacidad de los hijos y que integran la llamada patria potestad<sup>10</sup> en la calificación del Código Civil español, a la que ya se ha hecho referencia.

En este ámbito debe recordarse que los sistemas occidentales establecen el ejercicio dual de estas funciones que corresponden al padre y a la madre y que deberán ejercerse conjuntamente. La concepción que de las relaciones jurídicas entre padres e hijos tienen los diferentes ordenamientos de nuestra área cultural, se distancia notablemente de la que mantienen los sistemas de inspiración islámica<sup>11</sup>, que se basan en una concepción muy peculiar de la autoridad parental y que recuerda, momentos no tan lejanos de nuestra propia Historia del Derecho.

Para comprender la organización familiar islámica, debe partirse de la idea de que esta está jerarquizada y que tiene un acentuado carácter patriarcal, fruto de la tradición que a través de los Códigos y demás normativas, se trata de mantener<sup>12</sup>. Esta organización es la que siguen las familias fundadas a partir de un matrimonio

<sup>6</sup> Sobre la evolución histórica de las relaciones entre padres e hijos v. BOULANGER, F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Paris, 1998, pp. 4 y s.s.

<sup>7</sup> Artículo 110 CC español: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos y a prestarles alimentos» v. en general MEULDERS, M.T., «Vers la responsabilité parentale dans la famille européenne», en *RTDF*, 1991, pp. 5 y s.s.

<sup>8</sup> La desaparición de esta discriminación tiene lugar a partir de la Constitución y la Ley 13 de mayo de 1981.

<sup>9</sup> Así las relaciones paternofiliales pueden definirse como los efectos de la filiación que integran un conjunto de derechos y obligaciones que vinculan al padre y/o a la madre con el hijo y que reciben regulación en nuestro sistema jurídico a través del artículo 154 y ss. del Código Civil.

<sup>10</sup> Conviene advertir que las relaciones paternofiliales subsisten pese a que no se posea la patria potestad. Sirva como ejemplo los casos en que los progenitores han incurrido en un supuesto de exclusión o privación de la patria potestad (art. 111 y 170 CC) o en el simple hecho de que la patria potestad se haya extinguido (art. 169). Pese a ello, las relaciones continúan y se concretan en el deber de velar por los hijos (art. 110, 111), o el del respeto mutuo y en general, en el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos.

<sup>11</sup> BOULANGER, F., *Droit civil de la famille. T. II Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, 1994, pp. 255 y s.s.

<sup>12</sup> ASÍN CABRERA, A., «La mujer y el Derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración» en VV.AA., *La construcción cultural de los femenino*, La Laguna, 1998, pp. 127 y s.s. VV.AA., *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1999, FAHMY, M., *La condition de la femme dans l'Islam*, Paris, 1990.

entre musulmanes y que también, puede afectar a los matrimonios entre musulmán y no musulmana que de hecho, son los que más abiertamente van a plantear el conflicto entre las diferentes concepciones familiares.

Sin embargo, debe excluirse de este sistema, la familia que tiene su origen en el matrimonio entre musulmana y no musulmán. El motivo es que tal matrimonio es declarado nulo por el Derecho islámico, que conoce un impedimento indispensable por religión basado en el mismo Corán (2:221, 60:10). La consecuencia de ello es que el hijo es ilegítimo en relación al padre, y los vínculos con la madre son iguales que los del hijo nacido fuera del matrimonio. Este dato es suficientemente ilustrativo de las diferencias a las que se alude.

Por lo demás y dentro de esta concepción distante de la nuestra, las relaciones jurídicas entre padres e hijos, parten de un contenido muy similar a las relaciones que se desarrollan en el marco occidental. Así, se refieren a la guardia del hijo, su educación y dirección, su mantenimiento y en el caso en que posea patrimonio, la gestión y representación del mismo. Ahora bien, estas funciones que en principio, integran lo que para nosotros es la patria potestad, que puede ostentar un solo padre o ambos, no se corresponden a una única institución.

En efecto, los deberes que integran la autoridad parental, son sometidos a una distinción muy marcada, hasta el punto de que se puede hablar de tres tutelas claramente diferenciadas: la guardia o tutela de la educación, la tutela sobre la persona del niño y la tutela sobre los bienes que se genera sólo cuando el hijo tiene patrimonio. Se trata en definitiva, de un reparto de las tareas de protección del hijo, que se hace en función de las aptitudes de las personas a las que se les encomienda, principalmente el padre y la madre.

La guardia del niño y su cuidado desde el nacimiento, corresponde normalmente a la madre, pues se considera que es la persona idónea para cuidar y procurar la primera educación del niño, satisfaciendo con ternura sus necesidades. Recibe el nombre de *hadana*<sup>13</sup>, que etimológicamente significa estrechar entre los brazos o el pecho y que también se utiliza para describir la acción del pájaro que incuba los huevos bajo sus alas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sobre esta institución y el resto de relaciones entre padres e hijos en Derecho islámico v. CHARIF FELLER, *La garde (Hadana) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Geneve, 1996; BENCHEICK HOCINE DENNOUNI, H., «La garde: un attribut de la maternité en droit algérien», en *RTDC*, 1986; KHAROFI, A., «La garde de l'enfant dans la loi islamique et la Convention des Nations Unies relative aux droits des enfants», en VV.AA., *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, 1996, pp. 351 a 373; ERFANI, M., «Pension alimentaire et garde de l'enfant de parents divorcés en droit iranien», en VV.AA., *La protection juridique de l'enfant*, Bruxelles, 1993, pp. 369 y s.s. HERNANE, *La Hadana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien*, Alger, 1991; MILLIOT, L., y BLANC, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 1987, nº 534 y s.s.; LINANT de BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, 1973.

<sup>14</sup> CHARIF FELLER, *La garde (Hadana) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Geneve, 1996, p. 46.

La segunda corresponde sin embargo, al padre, que ejerce la tutela permanente sobre el hijo, tiene la obligación de mantenimiento y de velar por él y, en especial, tiene la obligación de que su educación sea en la religión islámica. Dato fundamental que en ocasiones puede ser el detonante de un supuesto de sustracción, cuando se sospecha que la madre no musulmana (o falsamente convertida) no educará a su hijo en la religión del Islam.

La sociedad española se convulsionó ante el trágico desenlace de la sustracción de la hija de una artista aragonesa por su padre marroquí y dos hermanos de este también marroquíes en 1997, que finalizó con la trágica muerte de la niña. Todos los esfuerzos fracasaron, el Convenio con Marruecos de 20 de mayo de 1997<sup>15</sup> sobre asistencia, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores<sup>16</sup>, no se había todavía firmado y se daba la siniestra circunstancia de que el secuestro por un progenitor no estaba tipificado como delito en España, en el momento del traslado forzado de la menor a Marruecos.

La acción de la Asociación para la Recuperación de Niños sacados de su país, fundada por la madre, logró que este hecho se tipificase en el Código Penal<sup>17</sup> y se aprobó además, la proposición no de Ley nº 43/03-VI sobre protección de menores secuestrados, así como de sus representantes, para su tramitación ante la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos<sup>18</sup>.

En 1999 la *Cour d'Appel* de Casablanca dictó orden de detención internacional contra los secuestradores por el delito del secuestro de una niña menor con petición de rescate económico, falsificación de documentos y uso de documentos falsos, con una petición de 20 años de prisión y pena de muerte en caso de fallecimiento de la menor. Esta medida no resultó efectiva pues los sustractores se refugiaron en Finlandia, país que no tenía tratado de extradición con Marruecos.

Como muy bien pone de manifiesto el trabajo de los Profesores Calvo Carrascosa y Carrascosa González, acudir a la vía penal puede no dar la solución al caso. En la actualidad puede obtenerse una sentencia condenatoria en España del sustractor, pero de nada valdrá si, como ocurrió en el caso relatado, no se puede obtener la extradición del padre secuestrador, lo que ocurrirá en especial,

<sup>15</sup> La niña fue sustraída el 20 de abril de 1997.

<sup>16</sup> V. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 47ª 62.

<sup>17</sup> En la actualidad art. 225 bis del Código Penal español.

<sup>18</sup> Legislatura: VI. Original del B.O.C.A nº 7. El asunto llegó al Tribunal de Estrasburgo pues se presentó demanda contra el Estado español por ineficacia ante el secuestro de la niña Asunto Tapia Gasca y D. c. España. Sentencia de 22 de diciembre de 2009 (demanda nº 20272/06).

cuando regrese al país de su nacionalidad y rija el principio de «no extradición de los nacionales».

La sustracción internacional de menores ha causado alarma en la sociedad internacional<sup>19</sup> que reaccionó en su momento, con la puesta en marcha de dos Convenios esenciales en la materia, pero que no hacen frente a los problemas que se plantean cuando el menor es trasladado a países del Magreb y cuando el fenómeno pone de relieve el choque de concepciones familiares diferentes. Es por ello por lo que dentro de esta línea convencional los Estados se han apresurado a firmar Convenios bilaterales con alguno de esos países como es el franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, el franco-tunecino de 18 de marzo de 1982, el franco-egipcio de 15 de marzo de 1982 o el Convenio franco-libanés de 25 de agosto de 2000 o el Convenio español-marroquí ya señalado.

De esta forma se estructura un marco legal que trata de dar solución a esta problemática, haciendo efectiva la protección jurídica del menor<sup>20</sup>; valor esencial que debe inspirar toda la normativa internacional privatista sea cual sea el país que la apruebe o suscriba. Si bien, es cierto que el *overbooking* de instrumentos legales complica el panorama jurídico y en ocasiones, puede llegar incluso a perjudicar el interés del menor<sup>21</sup>.

Los dos Convenios ya mencionados, más importantes en esta materia son el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. El objetivo de ambos Convenios es el mismo, pero las herramientas utilizadas divergen; es por ello por lo que, como han señalado los autores del estudio de referencia, hubiera sido más interesante lograr una coordinación y afrontar el problema de manera unívoca<sup>22</sup>.

Cabe señalar por último, que el Reglamento 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,

<sup>19</sup> En el ámbito europeo v. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, 2010, y en el ámbito de la Conferencia de La Haya v. en general Herranz Ballesteros M. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, 2004.

<sup>20</sup> Para un acercamiento a la figura que ofrece la mayor protección del menor abandonado en los sistemas jurídicos de inspiración musulmana v. DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. «La Kafala islámica en España» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 140 a 164. <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/977/448>.

<sup>21</sup> V. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Sustracción internacional de menores: una visión general» en esta monografía.

<sup>22</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Problemas de secuestro internacional de menores», en *Actualidad Civil*, nº 21, 1998, y en el estudio publicado en esta obra.

regula también la sustracción, siempre que el menor sea trasladado desde un Estado miembro en el Reglamento, a otro Estado miembro<sup>23</sup>.

El sugerente y bien articulado estudio de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González ofrece un panorama exhaustivo y claro de los mecanismos legales que se dirigen a la lucha contra este fenómeno y de la relación entre los mismos. Sin duda, la cooperación jurídica se torna vital, cuando es la misma protección del menor la que está en juego y entonces, será aquella la que propicie el verdadero dialogo entre culturas.

Sólo me resta transmitir mi más sincera felicitación a los autores que, como ocurre con el profesor David Kennedy, demuestran en su trabajo no tener miedo a la pedagogía y a la claridad expositiva, unida siempre y sin excepción, al rigor. Virtudes sobresalientes que quizás, por escasas, no siempre son debidamente valoradas.

---

<sup>23</sup> V. GONZALEZ BEILFUSS, C., *Brussels II bis: Its impact and application in the member States*, 2007, y de la misma autora, «EC Legislation in Matters of Parental Responsibility and Third States», en AA.VV., *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, 2005, pp. 493 y s.s. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ C. «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 222 a 235. De la misma autora, «La «supresión» del exequátur en el R 2201/2003», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 63 a 83.