

MEDIACIÓN en SUSTRACCION DE MENORES

Isabel Tomás García
Magistrada. Jefa de Área de Relaciones Externas e Institucionales
Escuela Judicial española

Definición de mediación:

La mediación es aquel proceso en el que un tercero cualificado e imparcial - el mediador- ayuda a las partes a negociar, directa o indirectamente sobre las cuestiones que necesitan ser resueltas y a alcanzar decisiones que consideren recíprocamente aceptables y que alienten la cooperación.

Desde el punto de vista transfronterizo, se calificaría por el hecho de que el mediador, ayuda a las personas en conflicto que residen en dos estados diferentes a restablecer la comunicación y a encontrar por si mismos acuerdos en el curso de entrevistas confidenciales.

Son numerosas las voces en los países que consideran este medio de resolución de conflictos aceptable y muy recomendable en la S.I.M.

El Convenio de la Haya contiene la mención a la mediación de forma implícita cuando dice: Art. 7 Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y en el punto **c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.**

El art.10 del Convenio dice que " La Autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas

adecuadas **encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor.**

Todos los encuentros internacionales de la Conferencia de la Haya han puesto de relieve la necesidad de verdaderas mediaciones.: (recomendación de abril de 2002 , declaraciones de Malta de marzo 2004 y marzo 2006)En la 5ª reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la SIM y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de Octubre de 1996, en especial con referencia al Apéndice del documento de Noviembre de 2006 donde se sugiere la modificación de los procesos nacionales con diversos propósitos. La primera medida a destacar fue:

" Intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios , en forma que no se retrase la restitución del menor".

Sin embargo ninguno de estos textos prevé la forma o modalidades de la puesta en práctica de una mediación familiar internacional.

El recurso a la mediación en materia de sustracción de menores es una iniciativa que se experimentó en Gran Bretaña destacándose los trabajos piloto de REUNITE y que posteriormente ha sido seguida por otros países como Francia con la estructura "Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles "(MAMIF) y a nivel bilateral la Comisión parlamentaria franco alemana , el modelo binacional de mediación germano-estadounidense para

las controversias internacionales que involucran padre e hijos, cuya primera reunión de expertos tuvo lugar en Berlín en Febrero de 2006, la BUNDES-ARBEITSGEMEINSCHAFT FÜR FAMILIEN-MEDIATION o Asociación Federal en materia de mediación familiar(BAFM) (mas información en la web [www. bafm-mediation.de](http://www.bafm-mediation.de)). La **European** Mediation Network Initiative (EMNI) www.mediationeurope.net grupo de trabajo europeo que comprende 47 países y que surgió en septiembre de 2007 tras las conferencias en Suiza Dinamarca y Finlandia, el grupo de trabajo para la mediación binacional germano-polaca y la declaración de Berlín/Wroclaw, de 24.10.2007.

Asimismo la asociación " Mediation binationale familiale en Europe (MFBE) cuya web es www.mfbe.eu y es de destacar la web del Ministerio de Justicia francés que ofrece información sobre la sustracción y la mediación enlèvement-parental.justice.gouv.fr

Cabe destacar también la figura del mediador del Parlamento Europeo para estos casos. Me remito para mas información a la web del Parlamento Europeo.

Sin embargo no se ha creado hasta la fecha ninguna estructura internacional para poner en práctica las mediaciones y todavía hay una cierta desconfianza .

Así el presidente de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado William Duncan en la Conferencia de Malta de 2004 indicó: " Es necesario dar tiempo a los dispositivos de mediación existentes para producir resultados. Los retrasos en la resolución de los procesos relativos a la custodia y a las visitas afectan al interés superior del menor... El tiempo juega a favor del progenitor que ha sustraído al menor y complica inevitablemente el restablecimiento del status quo... No se trata de

rechazar la mediación pero hay que afirmar que debe ser implementada y apoyada por una estructura jurídica firme, que garantice la igualdad de partes, que permita evitar retrasos indebidos y que garantice la aplicación de las soluciones alcanzadas.”

Si bien la mediación en los casos de familia tiene una importante aceptación, no se da con la misma frecuencia en la sustrac. de menores. El motivo es que existen grandes barreras que todavía hay que derribar.

En los casos de sustracción tal como indica la profesora de Derecho internacional privado Flora Calvo Babío en ocasiones se ha recurrido a diferentes tipos de “mediación” entendida esta en sentido amplio que comprende tanto la negociación, la conciliación, el arbitraje y la mediación en sentido estricto.

1.- Negociaciones que llevan a cabo los gobiernos de los países implicados. Cuando un caso alcanza un eco en prensa y televisión, se suele intentar una negociación a alto nivel para ese supuesto concreto, pero en ocasiones ello lleva a caer en la cuenta de la necesidad de firmar acuerdos o convenios para evitar que se produzcan estas situaciones en el futuro o crear instrumentos para poder resolverlas.

Sustracción de la menor franco-rusa Elise de 3 años en Arles (Francia) marzo de 2009. Dos procedimientos por sustracción uno por la madre en Rusia otro por el padre en Francia. Encontrada cerca de Budapest (Hungría). Intervinieron el Cónsul General de Rusia en Francia, el Ministerio de Justicia y el de Asuntos Exteriores, el Secretario de Estado para los Derechos Humanos. Ahora el caso está en mediación.

Las ultimas noticias son la posibilidad de llegar a un acuerdo; la madre ha propuesto una guarda alterna.

-caso "Shaban-Arias" (menores residentes en Guatemala, madre argentina católica, padre jordano musulmán. Intervención del Presidente de la República Argentina, el Rey Hussein de Jordania, Presidente de Guatemala, Secretaria General de Naciones Unidas, el Secretario General de la OEA, la Comisión de los Derechos del niño, UNICEF el juez de familia Dr. Carlos Antonio Romano. Gracias al rumbo jurídico-político que tomó, el acuerdo bilateral que no llegó a firmarse, en la práctica es aplicado por Al-Tamimi (hoy senador en Jordania), quien actúa como mediador en casos de sustracción internacional o retención internacional de niños entre Jordania y otros países, especialmente europeos. Mas información en www.foundchild.org.ar

2.-Negociaciones bilaterales cuando el menor es llevado a un estado no miembro del convenio de la Haya y en especial cuando se trata de países islámicos. Francia consciente del problema fue pionera en la elaboración de convenios bilaterales con países islámicos con los que estaba ligada de forma especial por razones históricas; así convenio con Marruecos "Convention franco-marrocaïne 10/8/1981, la Convention franco-egyptienne de 15/3/1982 y posteriormente con Túnez, Argelia y Líbano que prevén la devolución de menores y reconocimiento de resoluciones, sin embargo la aplicación sigue siendo difícil y las diferencias culturales, políticas y religiosas hacen que los convenios resulten ineficaces.

No se trata de una mediación entre los progenitores, es una negociación-mediación pues intervienen gobiernos y en algunos casos ONGs u organismos internacionales.

En este punto están trabajando organizaciones internacionales entre las que cabe destacar REUNITE. Reunite es una organización sin ánimo de lucro que nació en el Reino Unido, especializada en la sustracción internacional de menores cuyo objetivos esenciales son:

- proporcionar información y apoyo a padres y familiares cuyos hijos pueden sufrir, o han sufrido un secuestro internacional
- proporcionar información legal de distintos países, destacándose su labor de investigación y cooperación en países del área musulmana
- ofrecer mediación en casos de sustracción internacional de menores, tanto para colaborar a resolver el caso como para prevenir su aparición y para garantizar el régimen de visitas con un elemento transfronterizo.
- trabaja por generar una conciencia ciudadana sobre las consecuencias perjudiciales del secuestro internacional y sobre cómo prevenir su aparición.
- ha realizado un importante proyecto piloto sobre mediación en S.I.M. en 2006.
- ofrece un servicio de atención telefónica de 24 horas diarias. Tel. +44 (0) 116 2555 345, Fax. +44 (0) 116 2556 370 y página web www.reunite.org

En España estamos empezando a notar el número creciente de casos de sustracción, en especial hacia Marruecos donde a pesar de existir convenio, en la práctica resulta poco operativo, y hacia otros países de África.

Caso de GERONA. Sustracción de una menor española que es llevada a GAMBIA a residir con su familia paterna en un poblado. Intervinieron los miembros de la Comisión institucional para el seguimiento de protocolos de la provincia de Gerona en materia de protección integral de la víctima y protocolos de agresiones a menores. El resultado fué la reintegración de la menor a la madre en Gerona.

3.- Mediación intrajudicial en el curso de un procedimiento del Convenio de la Haya

La sustracción en principio no parece una materia apta para ser resuelta en mediación pues el nivel de conflicto entre las partes es importante, la distancia geográfica entre países dificulta la realización de las sesiones, puede haber diferencias culturales y religiosas, concurren varios sistemas legales, y los diferentes idiomas dificultan la comunicación, pero hay múltiples razones para acudir a ella.

RAZONES QUE NOS IMPULSAN A ACUDIR A LA MEDIACION

Se han hecho estudios, en especial me referiré al proyecto piloto sobre mediación en este tipo de casos y a las conclusiones realizadas por Reunite en relación con menores que han sido sustraídos y en concreto las conclusiones de Marilyn Freeman, Head of the Reunite Research Unit and Senior Family Law Lecture at London Metropolitan University:

(mas información en la web www.reunite.org). En resumen son:

En la sustracción se dan factores estresantes importantísimos: la ruptura de la relación personal,

el temor a la pérdida de los lazos afectivos, las preocupaciones económicas, la necesidad de tomar decisiones trascendentales en el orden personal y en el orden familiar ... No se puede calificar al progenitor que se lleva al menor como " el malo" que pretende en exclusiva causar un daño al otro y que no tiene en cuenta los derechos del menor a relacionarse con sus dos progenitores; en ocasiones, la retención o salida ilícita se produce fruto de la desesperación o por un convencimiento firme de que el menor va a estar mejor sin el padre. En algunos casos se ha producido una situación de falta de información o de errónea información: algunos progenitores se lamentan de las consecuencias que ha tenido su actuación: indican que tenían la firme convicción de poder trasladar al menor sin problemas, que incluso lo habían consultado con abogados. En otros casos son los solicitantes de la devolución los que una vez iniciado el proceso de devolución previsto en el Convenio de la Haya se quejan del mismo; su intención no era la de solicitar la devolución forzosa del menor sino tal vez solo mantener el contacto sus hijos. Los progenitores llegan a sentir que han perdido el control sobre sus vidas.

Por otra parte, los progenitores que han protagonizado el traslado temen que no van a recibir un adecuado trato legal en el país de la sustracción y ello es especialmente evidente cuando no son nacionales del país de salida y sí lo es el progenitor apartado.

Pero si hablamos de menores, las consecuencias en la mayor parte de los casos son irreparables:

En las conclusiones de REUNITE se indica que los menores perdieron la confianza en sus padres y en otros adultos y que recuerdan la experiencia durante años.

- Dificultades para retomar la relación con el otro progenitor que se hacen mas graves cuanto mayor tiempo ha pasado desde el momento de la sustracción que se pueden concretar en:

- Dificultades para mantener el idioma de la relación lo que dificulta el lazo afectivo y ello se produce sobretodo en menores de corta edad. Si el menor, a muy corta edad, es trasladado de un lugar a otro con lengua distinta, y el progenitor que ostenta su guarda no mantiene el idioma del lugar de residencia inicial, el menor pierde un vehiculo esencial para su relación: el propio idioma.

- A mayor distancia geográfica entre los progenitores, más difícil es el ejercicio de la coparentalidad sobre todo en el caso de menores que no pueden viajar solos, o en el caso de familias con un nivel económico que no permite afrontar los viajes.

¿qué puede lograr la mediación?

Aunque el Convenio de la Haya tiene una evidente utilidad para prevenir las sustracciones y ponerles fin, funciona como un mecanismo automático que muchas veces es implacable: Especialmente traumática resulta la vuelta del menor que los magistrados franceses denominan " retour guillotine"; un niño que se ve arrancado de su progenitor y enviado al otro de la noche a la mañana sin ningún tipo de preparación. Esto de por sí debería ser un motivo válido para iniciar mediación pero hay más motivos:

-Buscar la cooperación en lugar del enfrentamiento y relación de vencedor y vencido que genera mayor agresividad.

-Hacer tomar conciencia a los progenitores de que ellos son los responsables de la toma de decisiones en relación a sus hijos y sus vidas y centrarse en las necesidades y sentimientos del menor.

-Liberar al menor del conflicto de lealtad hacia uno u otro progenitor, lo que contribuye a generarle seguridad y alivio al ver que sus padres llegan a acuerdos.

-Valorar la posición del otro y en algunos casos la herencia multicultural.

-Evitar los costes del procedimiento

-Evitar el estrés de estar litigando en dos países diferentes

-Puede evitar la pérdida del vínculo durante la tramitación y gestionar las visitas.

-Sirve para conocer verdaderamente los intereses de cada uno de los implicados y empatizar con ellos, y llevar a cabo una actuación no violenta que es la de restablecer el diálogo para encontrar la solución que a ellos mejor les convenga, lo que se denomina el "traje a medida".

REQUISITOS a la hora de ponerla en práctica:

-que se ponga **en marcha como proceso complementario** al procedimiento judicial de retorno ante el juzgado, y siempre que no haya finalizado. Habrá que garantizar que el menor va a permanecer localizable en ese país y no va a ser aprovechada la circunstancia del inicio de la mediación para ser llevado a un tercer país, o para ser contra-

sustraído, es decir sustraído por el progenitor víctima como venganza.

-Examinar su procedencia. Cuestión que debe ser realizada por el juez de familia que deberá valorar la concurrencia de factores de violencia de género, el denominado SAP -"síndrome de alienación parental" definido por Gardner en 1985, el síndrome SAID - "sexual allegations in divorce"- definido por Blush y Ross en 1987 (acusaciones falsas de delitos sexuales), y síndrome de la madre maliciosa definido por Turkat en 1994 (progenitor custodio que quiere venganza y sin justificación interfiere en el régimen de visitas con un patrón estable de actos maliciosos contra éste sin que encuentre justificación en otro trastorno mental).

Que no exista impedimento legal para acudir a ella En relación a la violencia de género hay que tener en cuenta que en España la L01/2004 de 28 de Diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género en el artº 44 establece " *en todos estos casos, está vedada la mediación familiar*" .

En el cuestionario que respondieron los progenitores que participaron en el proyecto piloto de mediación de Reunite, sobre este tema, pregunta Q15. consideraron de forma mayoritaria que no había supuesto un inconveniente. " en un nº pequeño de casos un progenitor estaba nervioso por encontrarse frente al otro (debido a violencia doméstica) pero una vez iniciada la mediación, se sintió a salvo y a partir de ese momento era capaz de hablar libremente buscando lo mejor para su hijo."

En mi opinión prohibir de forma general la posibilidad de mediación debería ser objeto de revisión. Los mediadores deben estar específicamente entrenados para poder valorar la inadecuación del procedimiento de mediación cuando se dan circunstancias de falta de equilibrio entre las partes y cerrarla.

-Que se lleve a cabo de **forma rápida**. Se debe respetar el plazo de seis semanas. La mediación ha de iniciarse lo antes posible y mediador y partes implicadas deben llevar a cabo las sesiones de forma intensa procurando concluir las en un tiempo inferior. Las sesiones que en otros procesos de familia tienen una duración aproximada de una hora, hora y media, en estos casos se suelen prolongar durante aproximadamente tres horas con el fin de realizar un trabajo más intenso en un número menor de días (dos o tres días).

-La mediación debe ser una **vía en la que confíen** gobiernos, jueces y ciudadanos. En Canadá, Australia o Inglaterra la mediación tiene muy buena aceptación, pero no es así en todos los países, pues en muchos de ellos es una vía desconocida o se recurre muy poco a ella y en otros está más desprestigiada que la justicia. Es muy importante la forma en que acercamos la mediación al ciudadano: hay que hacerle entender que no es una forma de dilatar el procedimiento, y que no queremos que desista de su propósito de recuperar a su hijo; que el procedimiento está en marcha pero que el interés de su hijo menor merece el intento.

En las respuestas del cuestionario REUNITE Pregunta Q13 ¿Cómo de útil le resultó la mediación para resolver la disputa sobre el menor? el 54% respondió muy útil, el 32% útil e incluso en los casos en que no se llegó a un acuerdo se respondió lo siguiente: "Útil, no funcionó con nosotros pero en general diría que funcionará con la mayoría de parejas"

El trabajo del juez es ofrecer la posibilidad animando a seguir su recomendación pero sin coaccionar; la mediación es un proceso caracterizado por la voluntariedad. La forma puede ser diferente según los casos, pero en general hay que dejar claro que la devolución del menor, en el caso de que ésta se produjera, no va a suponer el fin de las contiendas judiciales en marcha, o el inicio de un proceso de familia con un alto grado de conflictividad, y que por ello la mediación puede servir para resolver todo en bloque.

Creo que hay que realizar las siguientes consideraciones:

1.- al progenitor que se ha visto privado del hijo y que normalmente ha sido aconsejado para que no hable y no negocie con el progenitor que tiene al hijo con el fin de evitar que el juez lo considere una aceptación, hay que explicarle que se mantienen sus derechos a solicitar el retorno de acuerdo con el convenio, que el juez no tendrá en cuenta el intento de mediación, y que nada de lo que se diga durante las sesiones llegará al juzgado.

2.-Al progenitor que ha sustraído al hijo es importante dejarle claro que el proceso del Convenio de la Haya está vigente que se mantienen sus derechos a oponerse al retorno.

3.-A ambos:- que si finalmente no llegan a un acuerdo pueden volver al juzgado a obtener una solución. - y que la mediación solo se puede poner en marcha con el consentimiento de ambos padres y que la no aceptación de uno de ellos no tendrá consecuencias en el proceso del Convenio.

Estaría bien que los jueces recibiéramos una preparación en técnicas de comunicación aplicadas a la derivación a mediación. La derivación debe ser a una sesión informativa no al inicio de las sesiones. Considero que la derivación a la sesión informativa es absolutamente recomendable en esta clase de procesos pues lo que no se conoce no se puede elegir. En este punto juega un papel importantísimo el mediador que realiza la información. En las respuestas al cuestionario de Reunite, los implicados que participaron en mediación respondieron que no tenían conocimiento de la mediación tal como resultó y que sería conveniente que fuera mas conocida.

-Debe estar al alcance de quien lo necesite: considero fundamental la gratuidad de la mediación en estos casos, asi como que se preste ayuda de traductores e intérpretes a los implicados con el fin de que en todo momento puedan saber de forma precisa qué es lo que está sucediendo lo que incrementará la confianza en el proceso. Podría acudirse al sistema de video-conferencia, skype, e-mails con el fin de evitar los desplazamientos, o a un sistema de co-mediación (un mediador de cada país que trabajan conjuntamente, pero que en cualquier caso deberán finalmente reunir a las partes, por la importancia que tiene la función

pedagógica de la mediación para mejorar la comunicación y evitar futuros litigios. Las sesiones pueden ser por separado, pero finalmente considero que deben confluir. Podrían llevarse a cabo en uno o varios fines de semana con el fin de evitar problemas en el trabajo, gastos innecesarios de desplazamientos, tener que dejar al menor al cuidado de terceras personas.

-Capacitación y profesionalidad:

Bajo estas palabras me estoy refiriendo en primer lugar a los abogados de las partes, que deben aconsejar a sus clientes sobre la decisión de iniciar o no el proceso de mediación y luego deben dar el visto bueno a los acuerdos alcanzados. La capacitación de los mediadores es fundamental: deben tener experiencia en mediación familiar como mínimo y preferiblemente deben estar familiarizados con este tipo de casos, deben conocer la legislación al menos del país donde se está tramitando el proceso y preferentemente la de los dos países implicados, y deberían ser bilingües o conocer varios idiomas. En los modelos de cooperación binacionales seguidos por Alemania se considera idóneo que exista co-mediación, en dos sentidos: intervención de mediador de la esfera jurídica y otro de la esfera psicológica y por otro lado, con el fin de generar confianza en las partes, que cada mediador pertenezca al país de origen de una de las partes.

En las aportaciones de los progenitores al cuestionario de Reunite se sugirió que debería haber un mediador de cada sexo.

Es fundamental en mi opinión realizar una lista de mediadores internacionales debidamente capacitados y

con experiencia a la que poder recurrir de forma rápida. Pienso que GEMME (Grupo Europeo de Jueces por la mediación) www.gemme.eu podría hacer un gran trabajo en este punto.

- En las sesiones las partes **deben ser escuchadas** con respeto a sus costumbres y tradiciones, y en algunos casos puede ser interesante la intervención del menor con el fin de ser escuchado sobre las tradiciones que tiene más aceptadas, sobre su ambiente, y ello con indicación de que en ningún caso le corresponde decidir. La audiencia al menor podría bien realizarla el mediador o bien los equipos de psicólogos y trabajadores sociales del juzgado de familia.

Deben respetarse los principios de toda mediación: voluntariedad, confidencialidad, equilibrio de partes.

- Debe permitir **hablar sobre problemas relacionados** con la sustracción como pueden ser las visitas, quien abonará el gasto de viajes, la pensión de alimentos mensual para el menor, la toma de decisiones respecto a la educación del menor. De esta forma se puede evitar la existencia de otros contenciosos posteriores.

- Es importante que si se llega a un acuerdo, el mismo **sea aceptado por el Fiscal y por el juez** y no existan trabas para que forme parte de una resolución que ponga fin al procedimiento. El acuerdo debe ser claro y muy preciso, con el fin de que no pueda ser reinterpretado de forma distinta por otro país y por tanto no aplicado y con el fin de evitar que uno de los progenitores en un futuro

quiera realizar una interpretación diferente y ello supondría vuelta a empezar con el contencioso.

-Finalmente creo que se debe hacer **un seguimiento de los casos** con el fin de aprender de las iniciativas tomadas y ver los puntos débiles con el fin de solventarlos en el futuro.

Fase procesal para introducir la mediación

En general la mediación tiene mayores posibilidades de triunfar cuando las partes acuden a ella antes de iniciarse el proceso. En Cataluña la ratio de acuerdos es de 7 por cada diez casos cuando es anterior al proceso de familia, y baja a 5,5 cuando el proceso judicial está en marcha.

En la sustracción de menores sería admisible tanto antes de producirse la salida del menor como después de iniciarse un proceso judicial de restitución del menor pero también puede tener un papel importante para:

- cumplir la orden de restitución judicial y ayudar a facilitar la coparentalidad y la comunicación después del conflicto. Asimismo para cumplir tales órdenes de la forma más rápida, adecuada y voluntaria posible. Y también para encauzar la cuestión de fondo ante el tribunal que corresponda. A través de la mediación puede lograrse alcanzar un acuerdo de restitución voluntaria.

Creo que una vez el juez tiene la demanda del Abogado del Estado, debe ser en la audiencia del progenitor que ha sustraído al menor donde se debe introducir esta posibilidad. El abogado del Estado debe dar su conformidad y deberá ponerse en contacto con el progenitor solicitante en caso de que no hubiera comparecido en el juzgado, con el fin de

conocer su postura sobre la mediación. Es importante que el Ministerio Fiscal confíe en este método complementario de resolución del conflicto.

- **Experiencias concretas**

- **En** el juzgado a mi cargo tramité un caso del que os voy a comentar su desarrollo y en estos momentos estamos pendientes de otro caso en que la madre que ha sustraído a los menores tras un procedimiento de divorcio en Suiza ha aceptado mediación; estamos pendientes de la contestación del abogado del Estado respecto a la postura del padre en relación con la mediación.

Caso seguido personalmente por mi en el juzgado n.18 de familia a mi cargo.

Antecedentes:

Padre nacionalidad estadounidense de origen chipriota.

Madre de nacionalidad española.

Casados en Chipre en el año 2001 habiéndose oficializado forma civil en el Tribunal testamentario de un condado del Estado de Alabama (EEUU)

Hijos: dos gemelos nacidos en el 2003. Edad 2 años.

Residencia de la familia : Estados Unidos.

Forma de sustracción: La madre se traslada con los menores a una población cercana a Barcelona y no quiso volver a EEUU.

La familia convivía normalmente sin que hubiera divorcio ni separación aunque la madre había solicitado en un juzgado de una población de Barcelona medidas provisionales y se habían acordado sin audiencia del padre.

El padre acude al Juzgado competente del Estado de Alabama solicitando le fuera restituida la custodia

de los menores y por el juez se acuerda que los menores sean devueltos tan pronto puedan viajar y que ninguna de las partes trasladará a los niños fuera del estado sin el consentimiento del Tribunal. El padre con el fin de lograr la restitución presenta solicitud de devolución ante la autoridad central de su país al amparo del convenio de la Haya.

Mediadores Toni Vidal (abogado y mediador) y Nuria Villanueva (psicóloga y mediadora)

Lugar de las sesiones: Barcelona. Al principio se planteó la posibilidad de video conferencia pero finalmente el padre se trasladó a Barcelona.

Desarrollo de las sesiones.

1ª. Se les recuerda cual es el papel que va a jugar el mediador, no dar respuesta, solo ayudarles a que ellos encuentren sus respuestas y las partes deben encontrar el contenido.

Se realizan varias sesiones.

Resultado. Acuerdo. La madre ostentará la custodia de los menores con un régimen de visitas con el padre. Dio lugar a un procedimiento de familia de mutuo acuerdo en el juzgado de la provincia de Barcelona donde residía la madre.

El abogado del Estado desistió del procedimiento en mi juzgado.

Otro caso.

Fue publicado en el American Journal of Family Law de la primavera de 2008 - volumen 22 número 1 y ha sido elaborado por Chritoph C. Paul - abogado y mediador alemán y portavoz de la BAFM (German Association of Family Mediation) y por la Dra. Jamie Walker, americana y residente en Alemania, mediadora y formadora de mediadores.

Reúne todos los elementos de un conflicto clásico: diferentes estados, existencia de convenio internacional, diferencias en las legislaciones internas, diferentes idiomas, distancia geográfica y corta edad del menor.

Situación inicial.

En el año 2003, un matrimonio alemán se traslada por cuestiones laborales a los EEUU. La pareja sufre una crisis y la esposa - Sabine- se enamora de un ciudadano americano- Daniel- con el que inicia una relación de convivencia. Sabine queda embarazada pero, antes del nacimiento del bebé, rompen su relación. Sabine sale del domicilio de Daniel para instalarse en su propio hogar. En Abril de 2004 nace su hijo, Phil. Daniel, con el consentimiento de Sabine, le inscribe como hijo propio y así se hace constar en el certificado de nacimiento.

Durante el año 2004, el marido alemán de Sabine regresa a Alemania, Mientras tanto, Daniel mantiene una relación muy ocasional con Phil. En Septiembre de 2004, Sabine decide regresar a Alemania y reanuda la relación de convivencia con su esposo, quien según la legislación alemana es el padre legal del menor Phil.

Daniel se opone al traslado del menor e inicia ante las jurisdicciones competentes la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Estos procedimientos judiciales se caracterizan por las amargas y recíprocas acusaciones. Aunque, en primera instancia, los tribunales alemanes rechazan la solicitud de restitución, dos años después de la salida de Sabine de los EEUU, la Corte Superior

Regional (*Oberlandesgericht*) ordena la restitución del menor para el enjuiciamiento del fondo del asunto en los EEUU. Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte insta a los padres a tratar de alcanzar una solución a través de la mediación.

Gracias a la intervención del grupo "Child" dependiente del Ministerio de Justicia de Berlín, los padres aceptan el sometimiento a mediación. La intervención del Ministerio resulta esencial para convencer a los abogados americanos de que, en el supuesto de fracaso de la mediación, ello no tendría ninguna repercusión sobre los procedimientos judiciales. Según la legislación alemana - y la legislación española establece el mismo principio- los procedimientos judiciales suspendidos por el sometimiento de las partes a mediación pueden reanudarse en cualquier momento sin ninguna consecuencia sobre ellos. Los abogados, tanto de Sabine como de Daniel, prestan finalmente su conformidad a someterse a un procedimiento de mediación. En ese momento empieza la búsqueda de los mediadores adecuados para intervenir en dicho supuesto.

Este tipo de mediación exige una preparación logística muy detallada. Las cuestiones que se pactan antes de iniciar propiamente las sesiones de mediación fueron las siguientes:

a) el lugar de reunión: las reuniones deben desarrollarse en el país de residencia del menor en aquel momento y, en concreto, en una población en la que ninguno de los intervinientes tiene su domicilio

al objeto de tratar de preservar al máximo la neutralidad

b) disponibilidad: tanto los padres como los mediadores deben garantizar una disponibilidad total durante unos cuantos días; en concreto se pactan 4 días seguidos y un total de 23 horas de efectiva mediación. Ello conlleva que Daniel debe organizar sus vuelos y que Sabine debe organizar el cuidado del menor durante esos días.

c) primer encuentro con el menor; se pacta una primera visita entre el menor y su padre asistida por un trabajador social.

d) el contenido de la mediación y los costes económicos se pactan con intervención de los respectivos abogados.

e) el idioma de las sesiones de mediación: se pacta utilizar el inglés sin perjuicio de algunas discusiones puntuales sobre el menor en alemán con la madre.

f) el número de mediadores: dos

El proceso de mediación pasa por diferentes fases:

1- Fase de inicio: las primeras reuniones están revestidas de una gran tensión y en ellas se entremezclan tanto cuestiones profundas como cuestiones triviales. Se realizan sesiones individuales de cada mediador con cada uno de los progenitores. Estas sesiones permiten a los padres sentirse individualmente escuchados y aportan a los mediadores un conocimiento mucho más detallado de la situación y las emociones que la rodean. Sirven además para clarificar temores, ansiedades, esperanzas y alternativas para el supuesto de no

alcanzar un acuerdo en mediación. Asimismo, los mediadores llevan a cabo los llamados "reality checks" - confrontaciones con las consecuencias de determinadas decisiones o comportamientos.

2º Fase: "reflecting team": los mediadores cambian sus puntos de vista en presencia de las partes; muestran los aspectos y las dinámicas más agresivas para ir introduciendo su propio punto de vista. El uso moderado del sentido del humor es un factor desestresante imprescindible.

Al segundo día de intensa mediación, se alcanza un primer acuerdo que incide en las visitas del padre y el menor tras la marcha del padre, Se acuerda tomar un día de descanso que sirve para rebajar la tensión y facilitar el diálogo entre los progenitores.

Durante el mismo se desarrolla el siguiente encuentro entre el padre y el menor, organizado por la propia madre y en el que ya no es necesaria la presencia del trabajador social. Phil sólo tiene dos años y medios y no habla inglés. La madre potencia su relación y ello tiene un efecto importantísimo en todo el proceso. Daniel toma consciencia de las dificultades que conlleva la atención y cuidado constante de un menor de tan corta edad y la labor que ha tenido que hacer Sabine.

3ª Fase: acuerdos: en el tercer día se alcanzan ya acuerdos que se pasan a los respectivos abogados quienes formulan sus recomendaciones que se integran en el mismo.

El acuerdo que se alcanza en este caso concreto es el siguiente:

- suspender el retorno del menor a EEUU por un año
- concretar el viaje del menor a EEUU con su madre para estar una semana con su padre
- regular visitas ordinarias del padre en Alemania
- garantizar el estudio de inglés del menor
- garantizar la contribución económica del padre
- continuar con la mediación el siguiente verano

Como elementos que han operado de forma esencial cabe destacar los siguientes:

- la actitud y profesionalidad de los mediadores; resulta imprescindible que los mediadores cuenten con un entrenamiento específico y que mantengan siempre una mentalidad abierta sin dejarse llevar por la primera impresión.

- el papel de los propios abogados que situaron bien el marco legal (sobre todo teniendo en cuenta las diferencias legales entre los dos países) y que estuvieron en contacto con sus clientes constantemente

-la predisposición de los tribunales -en este caso de los tribunales alemanes- a propiciar y aceptar un acuerdo que afectara a la decisión judicial.

Al finalizar el proceso todos los implicados reconocieron que los procedimientos judiciales habían incrementado el conflicto y que la mediación se había convertido en el único camino posible de solventar el problema de fondo.

Conclusión .

Acudo a unas cifras proporcionadas por Lisa Parkinson (mediadora de familia en UK)

De los 875.000 divorcios que hay cada año en Europa, casi en uno de cada cinco (170.000) hay un elemento transfronterizo.

Por tanto conflictos transfronterizos existirán y probablemente con la globalización se incrementarán. La cuestión es cómo los vamos a afrontar.

El recurso a la mediación como medio complementario, que no solo alternativo, de resolución de conflictos dependerá mucho de la confianza que le otorguemos los jueces, y su éxito a medio plazo dependerá de la calidad de los mediadores.

Ha sido muy importante la publicación de la Directiva comunitaria sobre mediación en el ámbito civil. (DIRECTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de mayo de 2008 publicada en el Diario oficial de la Unión Europea en 24 /5/2008.

En la exposición de motivos destaca su pretensión de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, entendiendo como tal la asequibilidad de una "resolución justa" en un tiempo razonable mediante la inserción de la mediación en el sistema de resolución de conflictos.

La Directiva es una ley marco de mínimos que concreta los aspectos más relevantes de la mediación a los que deberá ajustar la legislación de cada Estado. En concreto:

La definición de mediación , la definición de "mediador", la calidad exigible a los servicios de

mediación realizándose una remisión a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la Recomendación de la Comisión de 4 de Abril de 2001 en la que se mencionan los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.

La voluntariedad de la mediación destacando la Directiva que los tribunales pueden invitar a las partes a recibir una sesión informativa pero sin impedir que las legislaciones internas puedan introducir sistemas de derivación a la mediación con un cierto carácter coactivo. En ningún caso la mediación puede impedir ni directa ni indirectamente el acceso a la justicia ni ser un sistema sustitutivo de la misma.

La confidencialidad de la mediación que exige que el mediador no podrá ser llamado ante los tribunales en calidad de testigo o perito ni utilizados los documentos ni las informaciones obtenidas en el ámbito de la mediación.

La suspensión de los plazos de caducidad y prescripción durante el proceso de mediación, quedando pendiente la determinación del día en que puede considerarse iniciada la mediación y a partir de qué momento puede entenderse que ha terminado.

La necesidad de que los Estados Miembros asuman la necesidad de publicitar por todo medio el acceso a la mediación.

La ejecutividad de los acuerdos alcanzados en mediación en todo Estado Miembro cuyo contenido haya sido declarado ejecutable por el Tribunal o por

otra autoridad competente o por un instrumento adecuado según la ley del Estado miembro que realiza el requerimiento. En el ámbito del reconocimiento y ejecución, al primera dificultad que surge es la inteligibilidad de los acuerdos, en orden a que no presenten graves problemas interpretativos, lo que refuerza el papel de los abogados, al objeto que de pueda garantizarse de forma clara y precisa y se asegure el respeto a los principios jurídicos elementales. Cuando sean objeto de los acuerdos, decisiones que tengan trascendencia jurídica es necesario que tales acuerdos se ajusten a los requisitos legales exigibles y que se tenga en cuenta la trascendencia fiscal de determinados negocios jurídicos. La intervención de un abogado autorizará el acto con su firma y asumirá su correspondiente cuota de responsabilidad, con lo cual se reforzará la calidad del convenio cuando se trate de dotarle de eficacia en el extranjero, sin perjuicio de aquellos acuerdos, que por pertenecer al ámbito del orden público, necesiten de la homologación judicial.

Es de destacar asimismo la labor que realiza **GEMME**.

Es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios Tribunales de Justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente la mediación.

Creada en Francia en el año 2004, su impulsor y primer presidente fue el Presidente de la Cour de Cassation francesa, Guy Ganivet y actualmente

presidida por Ivan Verougstraete de la Cour de Cassation belga. Hoy existen secciones en España, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Portugal, Bulgaria, Hungría y Suiza. Existen miembros asociados en Noruega Gran Bretaña, Grecia, Eslovenia, Rumanía, Polonia y Lituania.

Es una asociación que tiene el estatus de observadora en el Consejo de Europa y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Su carácter es no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Además de jueces hay una cuota reducida para admisión de profesionales de la abogacía, de la mediación o de la enseñanza que tengan reconocido prestigio por su trabajo en favor de los ADR y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia. Trabaja activamente por la difusión y la implantación de la mediación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de los ciudadanos.

En el próximo congreso GEMME que tendrá lugar precisamente aquí en Barcelona la próxima semana, se abordará el día 19 de junio en la ponencia "Mediación y conflictos transfronterizos, experiencias " esta cuestión siendo los ponentes nuestro compañero Joaquín Bayo, el magistrado alemán Cristoph Strecker, Paulino Fajardo, y un

representante de Reunite. Espero poder ofreceros las conclusiones en otra ocasión.

Muchas gracias.