



LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

Cinthia Romano

Mediadora del Estado de Ginebra

“Sustracción parental de menores: Aspectos civiles, penales y procesales”

Madrid 21, 22 y 23 de Junio de 2017

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN	4
1. INTRODUCCIÓN Y NOCIONES	5
1.1. LA DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL	5
1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL	7
1.2.1. Estados diferentes	7
1.2.2. Extranjería	7
1.2.3. La distancia geográfica	8
1.2.4. Sistemas jurídicos duales	8
1.2.5. El tiempo.....	8
1.3. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL	9
1.3.1. La participación voluntaria	9
1.3.2. La imparcialidad y la independencia del mediador	9
1.3.3. Calificación del mediador y respeto del código de deontología.....	9
1.3.4. El respeto por las personas de todas las culturas	9
1.3.5. El examen de la seguridad personal de los participantes y de la protección de los menores.	10
1.3.6. Tener en cuenta las necesidades y el bienestar de los niños	10
1.3.7. El reconocimiento de los derechos del niño.....	10
1.3.8. Las decisiones son tomadas por los participantes	10
1.3.9. La confidencialidad de la mediación está sumisa al derecho aplicable	10
1.3.10. El acceso a cada participante a un consejo jurídico independiente para asegurar una toma de decisión informada	11
1.4. EL LUGAR DE LA MEDIACIÓN EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.....	11
1.4.1. La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.....	11
1.4.2. Bruselas II bis	13
1.4.3. Otros actos internacionales.....	13
2. LOS ACTORES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL	14
2.1. EL MEDIADOR FAMILIAR INTERNACIONAL	15
2.1.1. Las competencias del mediador familiar.....	15
2.1.2. La co-mediación binacional directa	16
2.2. LA PLAZA DEL MENOR EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL	17
2.2.1. Aspectos internacionales de la plaza del menor en la mediación familiar internacional.....	17
2.2.2. Algunos problemas prácticos de la participación del niño en la mediación familiar.....	18
3. LA PRÁCTICA COMPARADA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR	20
3.1. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN SUIZA	20
3.2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARGENTINA: SALTA.....	23

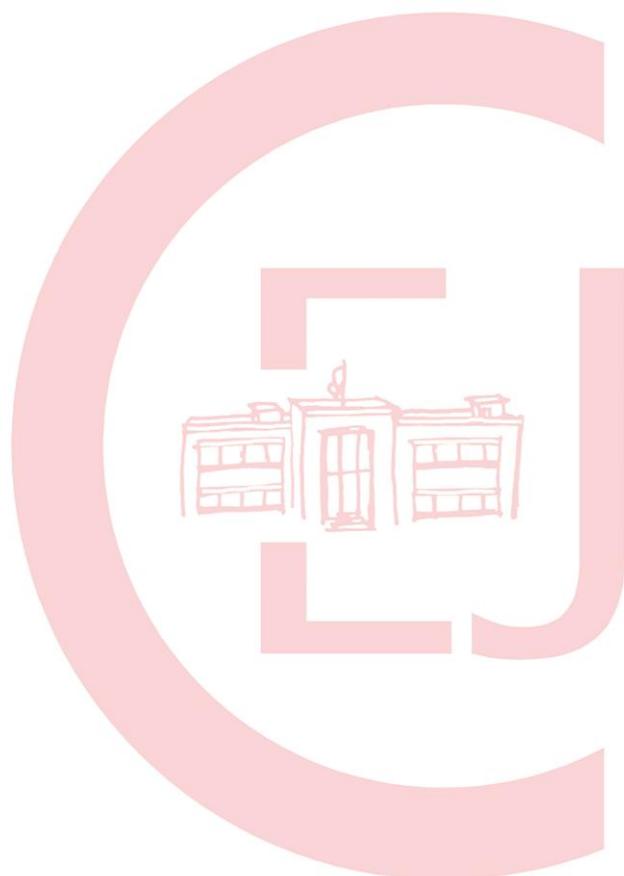
4. ANEXO:	26
4.1. LA DIFERENCIA ENTRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	26
4.2. LAS ETAPAS DEL PROCESO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL.....	27
5. BIBLIOGRAFÍA	28



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

El propósito de este escrito sobre la mediación familiar y sus diferentes aspectos en la escena internacional, se realizará mediante el análisis de los conceptos necesarios para entender el tema en la primera parte. Posteriormente, en una parte número II, veremos los roles de los actores en la mediación familiar (El niño, el mediador y los padres). Por último, observaremos la práctica de la mediación familiar en comparación con Suiza y Argentina, mi país de origen. Me gustaría analizar y comparar su legislación, jurisprudencia y prácticas respectivas.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1. INTRODUCCIÓN Y NOCIONES

La necesidad de la mediación en la sociedad contemporánea se debe más que nada a la globalización que ha contribuido a debilitar la jerarquía y el crecimiento de lazos en el mundo. Ella afecta todos los niveles de la sociedad: en la vida cotidiana, en la esfera de las relaciones privadas y en la economía mundial y del trabajo en la práctica de la administración pública. Los procesos que se desarrollan en el mundo de hoy, exigen enfoques diferentes en la resolución de conflictos.

La tendencia general a la profesionalización de los diferentes dominios, con especializaciones específicas, ha conducido a que la resolución de conflictos (mediación) se separe como un nuevo dominio profesional. La mediación ha evolucionado como un dominio interdisciplinario que conserva todavía métodos y teoría de la comunicación. Los lazos más estrechos los tiene con la jurisprudencia, la diplomacia, la psicología, el *management*, la ciencia política y la filosofía.

La mediación en su sentido moderno comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XX en los Estados Unidos, Australia, Gran Bretaña, es decir en los países de derecho anglosajón, para después expandirse sucesivamente en Europa. La primera proposición de recurso a la mediación fue tomada en el ámbito de las relaciones familiares. En el futuro, la mediación se desarrolló en la resolución de conflictos de amplio espectro, tanto del orden familiar como también conflictos complejos y variados en el ámbito público y comercial.

La mediación familiar es una etapa importante en la mejora de la capacidad del sistema jurídico en el dominio de la resolución de conflictos en el seno familiar. La mediación es eficaz en los casos en que las partes no se ponen de acuerdo por su cuenta, se encuentran en un callejón sin salida y no hablan entre sí. La técnica de la mediación familiar ayuda a las partes en conflicto a resolver sus diferencias y trabajar juntos para resolver los problemas asociados con la separación, el divorcio, los niños, así como las cuestiones financieras e inmobiliarias. La mediación, a diferencia de la consulta de un psicólogo, se centra más en el sujeto, ya que la misma considera los problemas concretos y las formas de solución.

Además, las reflexiones de expertos del campo de lo social, psicológico y jurídico han demostrado que el poder judicial no es capaz de "desconflictualizar", de apaciguar: Las parejas en situación de ruptura no pueden encontrar en la corte una solución adaptada a los conflictos que son esencialmente de orden afectivo, emocional, psicológico, relacional. Esta evolución ha sentado las bases de la mediación familiar: Los cimientos sobre los que ella construyó su especificidad, es el ideal de la paternidad compartida más allá de la ruptura conyugal y la autonomía de las personas a decidir sobre su vida privada¹.

1.1. LA DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

La mediación familiar internacional es uno de los campos de aplicación de la mediación familiar, que es en sí misma uno de los campos de la mediación. El concepto de la mediación es único, independientemente del terreno donde ella intervenga.²

¹ GANANCIA, p. 41

² GANANCIA, p. 39

El término “mediación” proviene del latín *mediatio*, que significa la intención destinada a poner de acuerdo, a conciliar o a reconciliar a las personas, a las partes.³ A través de múltiples definiciones que fueron dadas, encontramos un cierto consenso: “*La mediación es un proceso dirigido por un tercero imparcial, calificado y sin poder de decisión, obligado por la confidencialidad, cuya función es ayudar a las personas a restablecer la comunicación que les permitirá construir un acuerdo por ellos mismos*”.⁴

Antes de observar la definición de la mediación familiar, es preciso remarcar que Francia es el único país de Europa que instituyó un diploma de Estado de mediador familiar que puede garantizar la calidad de los profesionales que intervienen delante de las familias.⁵ La mediación familiar en Francia está constituida por instancias nacionales como la Association Pour la Médiation Familiale (APMF), l'Union National des Associations Familiales (UNAF), el Conseil national consultatif de la médiation familiale (CNCMF), la Fédération Nationale de la Médiation Familiale (FENAMEF)⁶.

APMF ha inventado su propia definición de la mediación familiar en el año 1998: “*La mediación familiar, especialmente con respecto a la separación y el divorcio, es un proceso de gestión de conflictos en el que los miembros de la familia solicitan o aceptan la intervención confidencial e imparcial de una tercera persona, el mediador familiar. Su rol es el de llevarlos a encontrar por ellos mismos las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptable, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno y especialmente las necesidades de los niños en un espíritu de corresponsabilidad parental. La mediación familiar se ocupa de cuestiones relativas a la desunión, principalmente relacionales, económicas, patrimoniales.*”⁷

Por el contrario, en el año 2008, el CNCMF formuló una definición oficial de la mediación familiar: “*La mediación familiar es un proceso de construcción o de reconstrucción del lazo familiar, basado sobre la autonomía y la responsabilidad de las personas implicadas en situaciones de ruptura o de separación en el cual un tercero imparcial, independiente, calificado y sin poder de decisión, el mediador familiar, favorece, a través de la organización de entrevistas confidenciales, la comunicación, la gestión del conflicto en el seno familiar comprensivo de su diversidad y de su evolución*”.

A esta definición, el CNCMF ha agregado la declinación del contexto de aplicación: “*Su campo de intervención cubre:*

- 1) *Todas las modalidades de la unión, y notablemente : matrimonio, concubinato, PACS*
- 2) *La situación de lazos intergeneracionales en su diversidad*
- 3) *Todas las situaciones de ruptura como el deceso, separaciones, cuestiones patrimoniales, incomunicaciones*
- 4) *Las situaciones familiares de dimensión internacional.*”

³<http://encycopedie.universelle.fracademic.com/54223/médiation>

⁴ GANANCIA, p. 39

⁵ GANANCIA, p. 44

⁶ Es necesario mencionar también la Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles (MAMIF) y el Servicio Social internacional (SSI)

⁷ LEFEUVRE, p. 182

Esta definición oficial tiene el mérito de evocar el campo de la intervención, la misión y la postura del mediador, así que su función esencial de recreación de lazos familiares. En revancha, ella omite la noción de la búsqueda de acuerdos, que es parte integrante de la mediación. La elaboración de acuerdos distingue la mediación de otras intervenciones como la terapia de pareja, el consejo conyugal, el trabajo social. La mediación tiene esta doble finalidad: Relacional, con el trabajo sobre la comunicación y el lazo, y pragmático por la búsqueda de acuerdos.⁸

Danièle Ganancia, jueza de familia y vice-presidente del Tribunal de Gran Instancia de París, propone una definición de la mediación familiar internacional que tiene en cuenta la identidad de la trama de la mediación, y de la especificidad de su campo de aplicación: *“La mediación familiar internacional puede ser definida como un proceso por el cual un tercero imparcial y calificado ayuda a parejas en situación de ruptura o de separación y que viven en Estados diferentes, a restablecer la comunicación y a encontrar por ellos mismos un acuerdo adaptado a sus necesidades y, en particular, de las necesidades de sus hijos, todo ello dentro de un espíritu de corresponsabilidad parental.”*⁹

En el próximo párrafo veremos las características específicas concernientes a la mediación familiar internacional. Por una descripción de las diferencias entre la mediación familiar internacional y la mediación familiar más detallada sírvase consultar el Anexo 1.

1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

1.2.1. Estados diferentes

La primera característica de la mediación familiar internacional reside en el hecho que los padres viven separados en dos Estados diferentes o en el mismo Estado (Con la misma nacionalidad), pero uno de ellos sustrae el menor hacia otro Estado de donde él mismo es originario.

Al mismo tiempo, esta característica puede aplicarse a una situación en donde los padres tienen como proyecto residir en dos Estados diferentes. En ese caso, la mediación familiar es preventiva.

1.2.2. Extranjería

El Estado (En el sentido de persona moral de derecho público que personifica la nación en un país donde ella asegura la administración) pone en juego nociones de soberanía nacional, de fronteras, que hacen de la mediación familiar internacional una mediación entre dos nacionalidades, dos culturas, a veces dos lenguas, dos sistemas jurídicos.

La mediación familiar internacional es así distinta de la mediación intercultural, bien que existe comúnmente, en ese sentido, una confusión en el espíritu del mediador: Si la mediación familiar internacional implica normalmente dos personas de nacionalidad y de culturas diferentes, y es en sí misma una mediación internacional, ella es más compleja ya que

⁸ GANANCIA, p. 45.

⁹ GANANCIA, p. 54.

comprende dos Estados, y las dificultades engendradas por las fronteras, las soberanías nacionales y la dualidad de sistemas jurídicos.

Por el contrario, si una madre francesa y un padre francés son originarios uno de la metrópolis y el otro de un territorio marítimo, se tratará, en razón de la diferencia de culturas, de una mediación intercultural, pero no de una mediación internacional dado que los dos padres tienen la misma nacionalidad y, por ende, pertenecen al mismo Estado y están sumisos al mismo derecho.¹⁰

1.2.3. La distancia geográfica

A veces imposibilita el encuentro personal de ambos padres, dado que los mismos no pueden asumir los costos de desplazamiento y de estadía en el extranjero. Esto impone una mediación a distancia, con una mediación indirecta entre los dos padres, por teléfono, mail, videoconferencia, etc. Puede tener lugar también una mediación binacional, con un mediador en cada país.

El menor que es alejado del padre que reside lejos, generalmente lo rechaza. Por lo que el mediador tiene que realizar, en la medida de lo posible, un trabajo en paralelo con el menor que deberá ser integrado al proceso de mediación. Y es por eso que la audición del niño constituye una necesidad en los reglamentos internacionales.

1.2.4. Sistemas jurídicos duales

La mediación confronta las partes a situaciones difíciles: Cada uno se refiere al derecho de su país y los dos derechos son irreconciliables o contradictorios. No hay una salida judicial clara y eso genera un sentimiento de inseguridad fundamental. La mediación permite la construcción de un derecho común a ambas partes: Les da seguridad, lo que hace del derecho un elemento primordial, parte integrante del proceso de mediación. El protocolo de acuerdo que asegura jurídicamente la circulación del menor entre los dos países es intrínseco a todo entendimiento. Él necesita que el mediador tenga conocimientos jurídicos internacionales y un trabajo conjunto con los abogados de las partes.

1.2.5. El tiempo

El tiempo de los procedimientos, a veces es muy corto, condiciona el tiempo para la mediación: El padre extranjero viene a la mediación por un breve lapso de tiempo y esto condiciona el proceso de mediación que se debe realizar en un breve lapso de tiempo, en dos o tres audiencias intensivas¹¹, lo que no aporta nada de positivo a la mediación.

Como ya lo dijimos, la mediación familiar internacional es uno de los campos de aplicación de la mediación familiar lo que nos permite aplicar sus principios que veremos en el párrafo siguiente.

¹⁰ GANANCIA, p.55

¹¹ GANANCIA, p 61-63

1.3. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

La mediación, así como cualquier actividad, se realiza sobre la base de ciertos principios que determinan la organización y el procedimiento de resolución de conflictos con la ayuda de un mediador. Ellos son de una importancia fundamental. En primer lugar, ellos determinan el desarrollo posterior de la mediación representando la base de la auto-regulación de las actividades de mediación, actuando como punto de referencia para el legislador para mejorar el instituto de reconciliación con la ayuda de un mediador. En segundo lugar, la existencia de los principios permite a la mediación, como una actividad independiente y "extrajudicial", definir la originalidad de sus normas de organización y del ordenamiento jurídico. Por último, los principios de la mediación son, a la base, las actividades prácticas del mediador para resolver los desacuerdos entre las partes¹².

1.3.1. La participación voluntaria

La mediación es un proceso voluntario. En ciertos países, se exige a las personas concernidas que asistan a una reunión de información y de evaluación con un mediador familiar profesional antes de entablar una demanda, a los fines de examinar las diferentes posibilidades de resolver los conflictos relativos a los menores. Pero la mediación en sí es voluntaria y los padres deben querer participar. Los jueces pueden animar a los padres a participar en una mediación antes de la primera audiencia, u ordenarles de asistir a una reunión de información y evaluación con un mediador. Si la mediación es aceptada, los participantes deben demostrar la voluntad de resolver sus diferendos y de encontrar un acuerdo. Los participantes y el mediador pueden suspender o poner fin a la mediación en todo momento si consideran que la misma no es apropiada o si no hay un progreso en relación a un acuerdo.

1.3.2. La imparcialidad y la independencia del mediador

Los mediadores son formados para dirigir la mediación de una manera equilibrada e imparcial, para acordar la misma atención a cada participante y a las necesidades de los menores implicados. El mediador no debe tener un conflicto de intereses o tener un interés personal en el resultado de la mediación.

1.3.3. Calificación del mediador y respeto del código de deontología

Los mediadores están sumisos a las exigencias nacionales en materia de formación y práctica profesional. Ellos deben adherir a un código de deontología nacional para mediadores familiares y deben tener calificaciones suplementarias por la mediación familiar internacional.

1.3.4. El respeto por las personas de todas las culturas

Los mediadores deben asegurar que las personas sean tratadas con el mismo respeto, sin importar su cultura. Ellos tienen un cuidado particular a la diversidad y las diferencias culturales. Las creencias religiosas, así como las normas y los valores culturales están

¹²Estos principios fueron elaborados por el Servicio Social Internacional en su « Guía por la mediación familiar internacional », Ginebra, 2015. P. 93 http://www.iss-ssi.org/images/Conf-MFI/guides/Guide_ES.pdf

comprendidos y considerados. La flexibilidad de la mediación permite, cuando es necesario y útil, la participación de jefes religiosos o comunitarios, así como miembros de la familia como los ancianos.

1.3.5. El examen de la seguridad personal de los participantes y de la protección de los menores.

Según las circunstancias y la práctica en curso en el país donde la mediación tiene lugar, el mediador puede reencontrar cada padre por separado, a los fines de determinar el modo de solucionar el conflicto que conviene y, en caso de que la mediación se imponga, de evaluar si los dos padres están listos a participar. Si un menor, u otra persona, es expuesto a un peligro, la mediación no es apropiada y otro tipo de ayuda es necesaria, delante de un organismo encargado de la protección de la infancia. Los participantes en la mediación deben poder reencontrarse en toda seguridad, sin riesgo ni miedo. Un dispositivo debe desplegarse para que los participantes puedan llegar y salir de las audiencias de mediación sin riesgo o sin temor que un conflicto se produzca entre ellos fuera del edificio y de la sala de mediación.

1.3.6. Tener en cuenta las necesidades y el bienestar de los niños

Los mediadores trabajan con los padres para que éstos se concentren sobre las necesidades y los intereses de los niños, así que sobre sus propias necesidades. La mediación debe acordar una atención particular a las necesidades y al bienestar de los niños.

1.3.7. El reconocimiento de los derechos del niño

Las Convenciones internacionales (Convención de Naciones Unidas relativas a los derechos del niño y la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños del 25 de enero de 1996) reconocen que los niños que tienen la edad y la madurez que les permite expresarse en su propio nombre, tienen derecho a ser consultados sobre las decisiones y los acuerdos que afecten sus vidas. Los niños pueden ser consultados durante o en forma paralela a la mediación, si su participación es juzgada útil y si todos los actores de la mediación consienten.

1.3.8. Las decisiones son tomadas por los participantes

Los mediadores no tienen ningún poder de decisión. Los participantes son los dueños de sus decisiones. Ellos son ayudados para poder tomar decisiones informadas y maduras, y concluir acuerdos aceptables para cada uno.

1.3.9. La confidencialidad de la mediación está sumisa al derecho aplicable

Los mediadores no deben divulgar las informaciones obtenidas en el curso de una mediación, salvo si ellas indican que un niño está en peligro o si, en circunstancias excepcionales, un tribunal lo ordena.

1.3.10. El acceso a cada participante a un consejo jurídico independiente para asegurar una toma de decisión informada

Los participantes son incentivados a pedir el consejo de un asesor jurídico independiente sobre sus proposiciones de acuerdo antes de tomar las decisiones finales. Ellos deberían hacerlo igualmente antes de someter el acuerdo a la homologación o integrarlo en una sentencia judicial.

1.4. EL LUGAR DE LA MEDIACIÓN EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Son numerosas las convenciones internacionales que han establecido entre sus principales objetivos el mantenimiento de las relaciones personales entre el niño y ambos padres: es el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante: CEDH, artículo 8), la Carta Europea de los derechos fundamentales (artículo 24), la Convención del Consejo de la Europa sobre el contacto en relación con los Estados (artículo 4). Sin embargo, examinaremos de cerca otras convenciones internacionales.

1.4.1. La Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (RS 0.211.230.02), pretende asegurar la restitución de los menores sustraídos de forma ilegal en Estados firmantes en cuyo territorio se contemplen los derechos de custodia y de visita establecidos en otro Estado firmante.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (En adelante “la Convención de 1980 sobre sustracción de menores”) anima a la búsqueda de soluciones amistosas. De hecho, establece en su artículo 7 que las Autoridades Centrales “*tomarán todas las medidas apropiadas [...] c) para garantizar la restitución voluntaria del menor o una solución amistosa*”, disponible en parte, reproducida en el artículo 10: “*la Autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará adoptar toda medida apropiada para garantizar el retorno voluntario*”.

El tiempo es crucial en los casos de sustracción internacional de niños. El objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores es el rápido retorno del menor al Estado donde se encuentra su residencia habitual¹³ y el restablecimiento, lo más rápido posible, de la situación antes de la sustracción a los fines de reducir las consecuencias nefastas del traslado o retención ilícitos del niño. La Convención de 1980 sobre sustracción de menores, protege los intereses del niño impidiendo a uno de los padres de obtener una ventaja mediante la creación de “enlaces artificiales de competencia judicial internacional, con el fin de obtener la custodia [exclusiva] de un niño”.

Cualquiera que sea la etapa en la que ella tenga lugar, la mediación en un caso de secuestro de niños debe llevarse a cabo rápidamente. El fracaso de la Convención de 1980 sobre Sustracción de Menores a expensas del niño en cuestión, es un problema importante

¹³ Ver Preámbulo de la Convención de 1980 sobre Sustracción de Menores

contra el que es necesario establecer las garantías necesarias en caso de recurrir a la mediación. Intentar una solución amistosa de una disputa familiar internacional es en interés de todos, pero hay que evitar que un padre haga uso de la mediación como una táctica dilatoria.

Por otra parte, también debería señalarse las actividades de la Conferencia de La Haya sobre la promoción de la mediación y el desarrollo de estructuras de mediación en los conflictos familiares transfronterizos en el contexto del Proceso de Malta.

El Proceso de Malta, diálogo entre jueces y altos funcionarios de Estados Partes en los Convenios de La Haya así como Estados no Partes en los Convenios de La Haya cuyas leyes se basan en la *charia*, o fueron influenciados por ella, se esfuerza por buscar soluciones a conflictos transfronterizos que conciernen la guarda, los contactos y el secuestro de niños, particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad de los marcos jurídicos internacionales en la materia. Tres conferencias se organizaron en Malta en 2004, 2006 y 2009 para avanzar en estos temas.

A raíz de una recomendación de la Tercera Conferencia de Malta, el Consejo de 2009 dio un mandato para establecer “un Grupo de trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación con el fin de ayudar a resolver litigios transfronterizos relativos a la custodia del niño o el contacto entre padres e hijos. El Grupo de trabajo está compuesto por expertos de varios Estados que participan en el Proceso de Malta, de los cuales los Estados Partes en la Convención de 1980 sobre Sustracción de Menores y los Estados no Partes”. A principios de 2011, algunos Estados se han comprometido a aplicar los Principios en su territorio y han designado un punto central de contacto para la mediación familiar internacional¹⁴.

Sin embargo, hay ciertas "fallas" en el Convenio de La Haya de 1980, lo que suscita críticas y reflexiones. Por ejemplo, existe una situación particularmente emblemática: Un pareja de franceses que se había establecido en Israel durante dos años con sus cuatro hijos, de 2 a 14 años, se separa. El padre estimaba que sus hijos estaban a la deriva debido a que la madre, que no tenía "buen gusto" por la educación de los mismos, los había puesto en pupilos en un colegio. Él trae consigo a los tres mayores a Francia que estaban encantados con esta nueva situación. La madre demanda el retorno sobre la base de la Convención y, a pesar de la oposición de la hija mayor (que no fue escuchada por el juez) que quería quedarse con su padre, el juez ordenó la devolución inmediata de los tres menores a Israel.

Golpeado con una orden de detención en ese país, y sujeto a la ley de una madre vengativa, el padre no pudo mantener ningún contacto con sus hijos durante ese periodo. Hasta el día que la madre, cansada de las fugas de la hija mayor, la reenvía a Francia con su padre. Pero, de repente, la adolescente se niega a volver a visitar a su madre y se mantiene separada de sus hermanos y hermanas en Israel. La familia se encuentra así desmembrada.

Parecería que hay que llevar a los tribunales a aplicar el Convenio de La Haya de 1980 usando “el principio de la precaución”, como lo hacen los jueces anglosajones: Subordinando

¹⁴ Ver “Una Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Mediación”, La Haya, Países Bajos, 2012, p. 17-18, 28-30 https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf

de hecho el regreso del niño a los compromisos, adquiridos por el padre que lo “recupera”, de organizar el contacto entre el niño y el padre que lo había trasladado.¹⁵

1.4.2. Bruselas II bis

En el contexto europeo, no hay que olvidar el Reglamento N° 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en lo sucesivo “Bruselas II bis”) que no es aplicable a las relaciones con Suiza, pero está en vigor entre los Estados miembros de la Unión Europea¹⁶.

En virtud del artículo 25 de Bruselas II bis, las autoridades centrales deben cooperar, tanto en general como en casos específicos, incluyendo la promoción de soluciones amigables de conflictos familiares, en materia de responsabilidad parental. Por otra parte, la mediación se introduce en la ley de los países miembros.

En el artículo 55, Bruselas II bis prevé la cooperación entre las autoridades centrales "con el fin de facilitar la conclusión de acuerdos entre los padres a través de la mediación."

Bruselas II bis también establece reglas uniformes de competencia: El juez competente es el juez del Estado donde el niño tenía su residencia habitual en el momento del secuestro. Por ejemplo: una pareja franco-española que vive en Francia con su hijo se divorcia. El juez francés confía la residencia del niño al padre y acuerda el derecho de visita a la madre. Insatisfecha con la decisión, la madre española decide retornar a su país y se presenta ante el tribunal de Barcelona por la custodia del niño. El juez español está obligado a declinar su competencia debido a que el juez francés, juez de la residencia habitual del niño es el único competente¹⁷.

1.4.3. Otros actos internacionales

- Resolución 1291 de la Asamblea del Consejo de Europa de 26 de febrero de 2002 sobre sustracción internacional de menores, que abogaba por la mediación, emitirá hasta una propuesta innovadora: *“Los Estados miembros deben establecer comisiones de mediación que resuelvan con prontitud todos los casos de conflicto de la sustracción de menores y proponer soluciones en los intereses objetivos del niño.”*(Artículo 7)
- El Convenio del Consejo de Europa sobre las relaciones personales de 15 de mayo de 2003, establece lo siguiente: *“Las autoridades judiciales tomarán todas las medidas apropiadas [...] b) para alentar a los padres a concluir acuerdos amigables, recurriendo a la mediación familiar y otros métodos alternativos de resolución de conflictos.”*
- Recomendación R 98 del Consejo de Europa Comité de Ministros de 21 de enero de 1998 se invitó a los Estados miembros del Consejo de Europa a recurrir a la

¹⁵ GANANCIA, p. 79

¹⁶ GUY-ECABERT, VOLCKRICK p. 149-150

¹⁷ GANANCIA, p. 74

mediación internacional en los litigios transfronterizos como un proceso apropiado. Ella hizo un análisis muy detallado de las cuestiones específicas planteadas por la mediación internacional e incluso recomendó una formación específica para los mediadores internacionales.

- Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (RS 0.211.231.011) Este Convenio busca evitar conflictos legales entre las autoridades de los Estados firmantes cuando tomen medidas para la protección de menores.

Después de un examen detallado de los conceptos y principios básicos de la mediación familiar internacional, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Es necesario concebir una definición precisa de la mediación familiar internacional y sus principios básicos en actos internacionales por una fuente conocida existente a nivel internacional, y que los países estén en condiciones de ratificar.
2. Algunos actos internacionales siguen siendo vagos términos de las diferentes circunstancias de la mediación familiar internacional, de manera que la confusión y malos entendidos ocurren.

Probablemente una búsqueda más detallada de problemas concretos y ejemplos prácticos podrían ayudar en el desarrollo positivo de este dominio.

Seguidamente pasaremos al próximo capítulo, en el que se analizan los actores de la mediación familiar internacional y su estatus en el proceso de mediación.

2. LOS ACTORES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

La mediación es un proceso voluntario de elaboración de un acuerdo en el que no hay ni ganadores y ni perdedores. La solución obtenida por las partes durante el procedimiento de conciliación, generalmente, no requiere la ejecución, debido a que las partes están satisfechas con ella y están interesados en su realización.

La gran ventaja de la mediación en relación a los procedimientos judiciales, es de poder resolver en su totalidad las relaciones de ambos padres con el niño. En la justicia, en particular en el contexto del Convenio de La Haya de 1980, como hemos visto, es sólo al retorno del menor a su país de residencia habitual que se hace referencia, sin buscar una solución a los problemas de fondo: En particular, el interés del niño a largo plazo, necesario para examinar con cuál de los padres estará mejor en su vida cotidiana, y cómo el niño podrá tejer vínculos más estrechos y continuos con el otro. Sólo la mediación puede asegurar esas negociaciones globales, respetando los derechos y las necesidades y la dignidad de todas las personas implicadas¹⁸.

¹⁸ GANANCIA, p. 127

Sobre de estas constataciones, veremos cada actor de la mediación familiar internacional separadamente y descubriendo, en primer lugar, el papel de mediador en la resolución de conflictos entre los cónyuges. A continuación, vamos a ver el lugar del niño en la mediación familiar y su derecho a ser oído en la mediación familiar internacional que será considerado en el segundo párrafo. No examinaremos a los padres como actores de la mediación familiar internacional debido a que su estatus será observado en relación a la legislación y las realidades de ambos países, Suiza y Argentina, que serán presentados en el capítulo siguiente.

2.1. EL MEDIADOR FAMILIAR INTERNACIONAL

La neutralidad es una de las principales características de la persona que conduce el proceso de mediación. Sin negar el papel clave de mediador para resolver un conflicto, sin embargo, debe hacerse hincapié en que las partes desarrollen sus propias soluciones al conflicto. El objetivo principal de mediador es una especie de "inmersión" de las partes en el conflicto. El mediador identifica cuidadosamente los intereses de cada parte, ejercen una especie de seguimiento del conflicto. Sólo puede compartir su visión del problema con las partes en desacuerdo.

Así identificaremos algunas características con respecto al estatus del mediador. Todas las características que se describen en el primer capítulo (Párrafo 2) significan para los mediadores la adaptación de diferentes métodos, conocimientos técnicos, a veces hasta una postura un poco particular¹⁹.

2.1.1. Las competencias del mediador familiar

Los mediadores adhieren a un código de ética y un código de conducta profesional que se deben cumplir en cualquier situación. Realizaron una formación especializada que cubre los dominios relacionados con la mediación: el derecho, las técnicas de comunicación y negociación, así como los aspectos psicosociales de una ruptura familiar. En muchos países, los mediadores profesionales deben ser aprobados por las autoridades competentes para poder ejercer. En los países donde no existe la formación, los mediadores deben ser reconocidos a nivel local para ser mediador, es decir, debido a su experiencia en la resolución de conflictos y sus competencias humanas²⁰.

El mediador familiar internacional debe, en lo posible, ser bilingüe, y ser capaz de organizar las entrevistas en el idioma de ambos padres. Además, el mediador es un "corredor" entre dos culturas. En el espacio de mediación, él ayuda a cada uno de los padres a expresar sus valores, referencias culturales, y también a comprender las diferencias con el otro²¹.

El mediador debe desarrollar una capacidad de adaptación a la complejidad y particularidad de situaciones diferentes, es decir, ser flexible²².

¹⁹ Por una descripción más detallada de las etapas del proceso de mediación familiar internacional ver Anexo 2

²⁰ Ver la Guía para la mediación familiar internacional, p. 10
<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/kindesentfuehrung/lf-ssi-familienkonflikte-es.pdf>

²¹ GANANCIA, p. 137

²² GANANCIA, p. 221

El mediador familiar acompaña a las personas en la búsqueda de una organización y la redacción de un documento de presentación de los acuerdos que puedan ser convenidos. El valor de este documento depende de lo que las personas le atribuyen por sí mismos.

La mediación familiar no despoja al juez de sus funciones, ya que la misma tiene lugar al margen del proceso²³. El protocolo del acuerdo debe ser escrito por el mediador, para integrar las dimensiones afectivas y relacionales, que son la esencia del proceso, junto con los datos legales. En el protocolo del acuerdo, los padres pueden resolver todos los problemas relativos a sus responsabilidades: La autoridad parental; la residencia del niño; el derecho de visita y alojamiento; el contacto regular con el padre con el que no convive por teléfono, correo electrónico, cámara web; el costo y las modalidades de los viajes, etc.

Este seguimiento es indispensable en estas situaciones en las que los acuerdos internacionales son a menudo muy frágiles, ya que no hubo un tiempo de maduración suficiente y el rencor acumulado durante años de batalla legal permanece vivo. Es sólo mediante el uso, con el tiempo, y cuando los acuerdos han comenzado a ser respetados, que la confianza se instalará²⁴.

2.1.2. La co-mediación binacional directa

La mediación por lo general se lleva a cabo en el mismo país que el proceso legal y se la planifica varios días antes de la audiencia en el Tribunal. Como los casos de sustracción transfronteriza de niños siguen siendo extremadamente conflictivos y llenos de presión, dentro del marco judicial donde hay una agenda muy apretada, se acepta comúnmente que la co-mediación es fundamental²⁵.

El sistema de co-mediación binacional sirve más que nada para tranquilizar a los padres sobre la imparcialidad del proceso: Con la participación de dos mediadores originarios de ambos países, cada padre se siente mejor comprendido por el mediador que posee su idioma, su cultura, y el conocimiento del sistema jurídico de su país.

La co-mediación puede tomar varias formas:

1. La mediación bi-nacional en un solo país: Este es un sistema de “tándem” de dos mediadores (por ejemplo franco-alemanes mediaciones por la MAMIF y el Ministerio de Justicia alemán²⁶). Esta experiencia de co-mediación binacional requiere de un acto político de cooperación entre dos estados.
2. La mediación binacional con un mediador en cada país, a través de videoconferencia.
3. La mediación binacional indirecta, "*en navette*": Esta es la implementación de una co-mediación a distancia, conducida por cada mediador, desde su país, con la

²³ LEFEUVRE, p. 142

²⁴ GANANCIA, p.195-196

²⁵ Ver la Guía de Buenas Prácticas en virtud de la Convención de La Haya del 25 de Octubre de 1980, p.69-70

²⁶ Se trata de una co-mediación binacional directa conducida por un mediador familiar francés y un mediador familiar alemán que intervienen juntos en el país donde vive el menor.

presencia de uno los padres a su lado. Las partes no se “reúnen”, pero el mediador organiza la comunicación entre ellas mediante entrevistas por separado, pasando de una a la otra.

No debemos olvidar que el mediador familiar actúa como un "defensor" de los intereses de los niños o como un “educador” de los padres sobre las necesidades de los niños²⁷. Observaremos el lugar del niño en el párrafo siguiente.

2.2. LA PLAZA DEL MENOR EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

Sabemos que esto no es tanto la separación de los padres sino el conflicto lo que fragmentará, dividirá al niño por dentro al punto de afectar, a veces, su equilibrio mental. Un niño quebrantado es producto de la separación conflictiva de los padres. Esta fragmentación que sufre el niño no es exclusiva del medio internacional, pero sus efectos se multiplican en un contexto transfronterizo.

Un niño es desplazado por un padre de un país a otro, a menudo brutalmente, durante la noche, y sin preparación. No más escuelas, no más amigos, no más abuelos, y lo más importante, ninguna madre o padre. Este es el shock del desplazamiento, de lo desconocido de un nuevo país, de un idioma y un entorno extranjero²⁸.

La “participación” del niño en la mediación familiar ayudará a evitar estas consecuencias indeseables. Como ya hemos aprendido, la mediación debe prestar especial atención a las necesidades y al bienestar de los niños, por lo que los mediadores deben animar a los padres a centrarse en sus necesidades e intereses.

Para entender mejor el lugar del niño en la mediación familiar internacional, en primer lugar, hay que observar las garantías internacionales para la participación de los niños en la mediación y discusiones a nivel internacional sobre este tema.

2.2.1. Aspectos internacionales de la plaza del menor en la mediación familiar internacional

No hay que olvidar que, *a priori*, la mediación familiar trata de llenar esta laguna y considerar la vida del niño²⁹. La mediación familiar internacional tiene sus raíces en el cruce de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) y los sistemas legales de los diferentes países para permitir que un niño continúe beneficiándose de ambos padres y fortalecer así la co-parentalidad tan necesaria a su construcción como persona.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dice: *"En todas las medidas concernientes a los niños ya sea que ellas provengan de instituciones públicas o privadas de bienestar social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. (Artículo 3 al. 1).*

²⁷ BABU, p. 26

²⁸ GANANCIA, p. 109

²⁹ SELLENET, p. 101

El derecho del niño a ser escuchado es reconocido no sólo por el Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también por la Convención de Protección a la Infancia de 1996 y varios instrumentos e iniciativas regionales. El Consejo de la Europa adoptó en 1996 la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, que entró en vigor el 1 de julio de 2000, cuyo objetivo es proteger los intereses de los niños por intermedio de medidas procesales a fin de que puedan ejercer su los derechos, en particular en los procesos judiciales de familia. El Reglamento Bruselas II bis, que entró en vigor el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, que completa la aplicación de la Convención sobre Sustracción de Niños de 1980 en estos estados, refleja la rápida evolución en la promoción de los derechos de los niños en los procesos judiciales. Inspirado en gran parte por el Convenio sobre la protección del niño de 1996, el Reglamento Bruselas II bis, incluso con más fuerza promueve la inclusión de los deseos de los niños³⁰.

También hay que tener en cuenta el simposio: "El niño en la mediación familiar en Europa", organizada por UNAF en colaboración con el Foro Europeo el 11 y 12 de junio 2009 y el Consejo Económico Social Ambiental para hacer frente a la investigación, los modelos teóricos, modelos de formación y prácticas profesionales de los mediadores familiares en Europa. Las discusiones en la conferencia nos permitirán abordar tres dimensiones:

1. El discurso del niño: Tener en cuenta los problemas y riesgos involucrados.
2. La plaza del niño: Hay que enfrentarse a la necesidad de diferenciar las fantasías de la realidad.
3. El dispositivo: Hay que seguir pensando el contexto, cualesquiera que sean las prácticas, tales como el marco legal y ético de la mediación familiar que sigue siendo parte del estudio.³¹

Como parte del simposio, los mediadores familiares presentes participaron en talleres que han demostrado ser de gran riqueza.³² Veremos algunos problemas prácticos en relación con el lugar del niño en la mediación familiar que fue desarrollado por estos mediadores.

2.2.2. Algunos problemas prácticos de la participación del niño en la mediación familiar

El niño es un usuario de la mediación. Sin embargo, en principio, hoy en día, queremos que el niño sea actor en los dispositivos que lo conciernen. El niño es una persona, dicen los psicólogos. El derecho y las políticas quieren que sea reconocido y valorizado su lugar como sujeto. Sin embargo, la "figura del niño" no es unívoca y el "interés superior del niño" es difícil de alcanzar. Sigue siendo un objeto de proyección, cada uno según su posición – profesional del derecho o de la psicología, padre - según lo que quiere oír y obtener. El niño manipulado puede devenir manipulador.

³⁰Ver la Guía de Buenas Prácticas en virtud de la Convención de La Haya de 1980, p.72

³¹ RINGOT, Audrey, L'enfant et l'un des objets du conflit, Le Journal « La place de l'enfant dans la médiation familiale », p.10

³² DAHAN, Jocelyne La vérité sort- elle de la bouche des parents ? Le journal « La place de l'enfant dans la médiation familiale »,p. 28

De manera más general, hay situaciones en las que el niño atrapado en el deseo de sus padres, es "ajeno a sí mismo." Se trata de un fenómeno de "alienación parental", la realidad es confirmada por las observaciones de los médicos. ¿De qué manera esta realidad, que se encuentra en todas partes en Europa impacta en la mediación familiar?

En primer lugar, en la mediación familiar, hay una confianza esencial en los padres. Ellos son los representantes naturales y el mejor portavoz de lo que son y lo que quieren sus hijos. El mediador es el facilitador de un debate en el que los padres están de acuerdo en lo que es bueno para sus hijos, al mismo tiempo, el mediador tiene un aspecto diferente, más distanciado. El elabora por su parte, hipótesis acerca de cómo los niños son tenidos en cuenta por los padres. Al mismo tiempo, la representación que tiene el mediador del bienestar de los niños, por cada situación, se refleja en sus intervenciones. La neutralidad del mediador no impide que sea parte en la negociación. Yendo más lejos, algunos también pueden ver el mediador como un orador que, no solamente, tiene una mirada sobre la forma en que los padres toman en cuenta los puntos de vista de sus hijos, pero que también puede constatar las situaciones donde los niños son rehenes hasta el punto de ser "alienados" para intervenir.³³

Es necesario tener en cuenta la situación cuando un padre quiere separarse y llevarse a sus hijos con él a otro país. En este género de conflicto, estamos ante un juego de a dos, en el que los dos están básicamente atrapados ante una misma dificultad. Los padres víctimas han reaccionado con el secuestro, los padres secuestradores tomaron la iniciativa, pero tienen la misma dificultad. Los niños pueden ser muy jóvenes para entender lo que está sucediendo y la repentina pérdida de contacto con el otro padre debe ser una experiencia traumatizante. Ellos están objetivamente en una situación en la que el daño es terriblemente destructor y, al mismo tiempo, tienen que aprender a responder al conflicto de otra manera que no sea por el conflicto. Esto plantea un problema emocional porque para los padres se trata de, y antes que nada, de un trabajo sobre ellos mismos. Ello significa no dejarse invadir por el odio ni la cólera, no contra-atacar, abandonar la idea de una contra-extracción.³⁴

La mediación está en línea con las representaciones e intervenciones más amplias que tienen lugar en relación con los niños y las relaciones familiares en Europa. El niño está presente y/o representado en la mediación. Él es a menudo el "Monitor": Es pensando en él que los padres desean participar en ella. Paradójicamente, el riesgo de que a veces el niño sea olvidado existe: En efecto, la mediación sigue a los padres, en un momento en que están ocupados principalmente por sí mismos y están inclinados a no involucrar a su hijo como un objeto o como un recurso o un arma en su relación. En ese caso el mediador se encuentra frente a un dilema: ¿Debe seguir a los padres, ya que es el sentido de la mediación, a riesgo de participar olvidando al niño? ¿O por el contrario, llevar constantemente la preocupación por el niño, dando razón a los analistas que dicen que la mediación es una nueva forma de control de las familias³⁵?

³³ BASTARD Benoît, L'évolution des politiques familiales et de l'enfant en Europe, Le journal « La place de l'enfant dans la médiation familiale », p. 16

³⁴ GUY-ECABERT, VOLCKRICK, p. 199-200

³⁵ BASTARD Benoît, L'évolution des politiques familiales et de l'enfant en Europe, Le journal « La place de l'enfant dans la médiation familiale », p. 17

El examen del estado del mediador en la mediación familiar ha permitido entender cómo un tercero puede influir en el curso del conflicto. Se encontró que la principal misión del mediador no es tomar una decisión, sino ayudar a las partes a llegar a un consenso. En primer lugar, el mediador debe estar guiado por los intereses del niño, e involucrar al niño en el proceso de mediación en caso de necesidad. También entendemos que el mediador puede trabajar con otros mediadores (co-mediación), por lo que el proceso de mediación es más eficiente. En el siguiente capítulo vamos a explorar la práctica de la mediación familiar en comparación con Suiza y Argentina, lo que permitirá que veamos el lado práctico de la cuestión de la mediación en relación con determinados países.

2.3. LA PRÁCTICA COMPARADA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Para comprender mejor los mecanismos de mediación familiar, observaremos los aspectos legales y la práctica de la mediación familiar mediante la comparación de los ejemplos de Suiza y Argentina, especialmente en la Provincia de Salta, pionera en mediación familiar.

2.4. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN SUIZA

En Suiza, la mediación familiar hizo su aparición a finales de los años 80. Pensada como un medio de salir exitoso de un divorcio, ella fue criticada tanto por feministas que por el mundo político. Esto tuvo como consecuencia que la reforma de la ley de divorcio, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, no proporcionó la posibilidad de recurrir a este modo cooperativo de gestión de conflictos de índole conyugal y familiar.

La ley de divorcio se ha adaptado a la evolución de la familia: El número de divorcios ha aumentado de 6.400 en 1970 a 22.100 en 2010. Paralelamente, el número de niños nacidos de padres no casados se ha cuadruplicado desde 1970 hasta alcanzar 19,3% en 2011. Por esta razón, en sus comienzos, la mediación familiar se pensó sólo para gestionar los conflictos relacionados con el divorcio.

El desarrollo de la mediación familiar acompaña estos cambios profundos en el seno de la familia, en el que todo se negocia en la división de roles y tareas, desde el matrimonio al divorcio. Sin embargo, no fue hasta 2011, con la introducción del procedimiento civil unificado, que la mediación familiar encuentra su plaza en el orden jurídico suizo.

Los niños tienen su propio lugar en la mediación. Con la ratificación por Suiza, en 1997, de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños son reconocidos como personas independientes con sus propias aspiraciones y voluntad. Son sujetos de derecho que deben ser escuchados en todos los procedimientos que les afectan. Si la aplicación de este principio por los jueces es muy diferente en los distintos cantones - incluso en cada Cámara civil - los mediadores trabajan para reconocerles su lugar en el proceso de mediación³⁶.

En Suiza, la mediación se utiliza con mayor frecuencia en materia de derecho de familia. Durante la elaboración del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), los beneficios de la mediación fueron cuestionados en particular en relación con los

³⁶ MIRIMANOFF, p. 166-170

procedimientos que involucran a los niños. De allí la provisión de gastos especiales del artículo 218 (2) CPC³⁷ para tal procedimiento. La relación personal entre las partes y el bienestar del niño hace que el enfoque de la mediación sea particularmente útil en tales procedimientos.

El artículo 297 (2) CPC permite al tribunal requerir una tentativa de mediación en caso de divorcio si hay niños implicados. La palabra "exhorto" de esa disposición deja claro que se trata de una excepción al principio de la voluntariedad. La ley sustantiva incluso lo sugiere (Artículo 307 del Código Civil suizo establece que si se ven amenazados los intereses del niño, la administración puede proporcionar directivas a los padres o a los padres de crianza concernientes al cuidado o la educación). Además, el Tribunal Federal de Suiza (*Bundesgericht*) considera que una mediación obligatoria en los asuntos relacionados con el derecho del niño es aceptable y permitida. Esto no impide, sin embargo, que las partes - en general - puedan poner fin al procedimiento después de la primera audiencia de mediación.³⁸

También se debe indicar que, por un lado, la ley no aborda la situación del niño, sino que ofrece diferentes soluciones en función de si los padres están casados o estuvieron casados, o si no lo han estado sido nunca. Por ejemplo, si la madre vive en concubinato con el padre de su hijo se le asigna automáticamente la autoridad parental. Para que el padre pueda obtenerla, la filiación debe ser constatada y realizar ambos una declaración conjunta o unilateral, según el caso, sobre la manera en que asumen la responsabilidad y la crianza del niño. Esta situación puede resultar explosiva en el momento de la separación, ya que la madre es *de facto* más fuerte en relación al padre. Por otro lado, la ley establece que las personas en conflicto se pongan de acuerdo en todo y presenten al juez un documento con el acuerdo, ya sea que se trate de medidas de protección de la unión conyugal, de un acuerdo de separación o divorcio o inclusive de una convención de alimentos. Pero la realidad vivida por los diferentes miembros de la familia también se compone de resentimiento, de frustración, de ansiedad, de miedo, problemas financieros, problemas de educación, estrés matrimonial contra el cual el juez no puede hacer nada, ya que el derecho no le da las herramientas adecuadas para gestionar aquellos aspectos del litigio que quedan fuera de la disputa judicial.³⁹

Aparte de eso, existe la posibilidad de la mediación de pre-judicial que fue destacada por Jöelle Schickel-kung, Jefe de la Autoridad central suiza en la Conferencia "El derecho internacional privado en el caso de disolución de la familia" 30 de abril de, 2015, en Dorigny, Lausanne. Así, antes de la introducción de un procedimiento judicial, la Oficina Federal de Justicia propone y financia, si es necesario, las soluciones amigables a través de la conciliación y la mediación, siempre y cuando las partes están de acuerdo. En el caso ideal, un proceso judicial con medidas de ejecución forzadas puede ser evitado por todos los involucrados, especialmente los niños. 50% de los casos se resuelven por mediación prejudicial.

Las mejoras siguen, no obstante, siendo posibles bien que todavía hay obstáculos que superar, como la reticencia y la desconfianza no sólo de las partes, sino también de sus

³⁷ L'article 218 (2) du CPC : « Dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniales, les parties ont droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes : a. elles ne disposent pas des moyens nécessaires ; b. le tribunal recommande le recours à la médiation. »

³⁸HOPT, STEFFEK, p. 1227

³⁹MIRIMANOFF, p. 176

abogados y autoridades: La mediación es, por desgracia, muy poco conocida. Otro obstáculo a superar son los costos de la mediación, ya que todo el mundo no los puede soportar.

Un intento de solución amigable no debe ser impedido por razones económicas; por eso la Oficina Federal de Justicia proporciona asistencia financiera a los padres cuando éstos no pueden asumir los costos de una tentativa de mediación.⁴⁰



⁴⁰GUY-ECABERT, VOLCKRICK, p. 162-163

2.5. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARGENTINA: SALTA

En este párrafo comentaremos de manera sucinta la organización de la mediación familiar en la Provincia de Salta, pionera en mediación familiar en la República Argentina.

En esta provincia en particular, la implementación de la mediación se debió sobre todo a una voluntad política. Hablar de mediación como política pública de pacificación social tiene una connotación muy especial, ya que importa el quiebre de viejos paradigmas y plantea nuevos y complejos escenarios: 1) la búsqueda de una justicia que no tenga por objeto la confrontación de las partes y la finalidad de castigar al culpable, sino el diálogo y la reparación consensuada del daño como instancias integradas de un proceso más amplio y complejo de aprendizaje para la solución de conflictos futuros, y 2) la instauración en la ciudadanía de la firme convicción de que no solo está protegida por la ley sino que además el Estado es el garante de sus derechos.

Bajo ambas premisas, el Poder Judicial de Salta implementó el Programa Piloto de Mediación en el ámbito del Distrito Judicial del Centro⁴¹ para los Tribunales de Familia desde el mes de mayo de 2001 con arreglo a las Acordadas 8568 y 8603. Asimismo, dicha experiencia coadyuvó al dictado de la ley 7324⁴² que partió de una iniciativa legislativa de la Corte de Justicia (Acordada 8998), y que entró en vigencia en el año 2008.

Esta ley establece tres ámbitos de aplicación de la mediación:

1. La judicial: Es aquella que se lleva a cabo dentro del Poder Judicial y para cuestiones ya judicializadas.⁴³ Es gratuita debido a que los mediadores forman parte del Cuerpo de Mediadores de la Corte.
2. La extrajudicial: Que se realiza ante un mediador privado, registrado y habilitado ante la Secretaría de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos como autoridad de aplicación, siendo un requisito previo y obligatorio a la presentación de la demanda judicial. Cada Centro de mediación extrajudicial tiene su reglamento donde se establece, entre otros, los costos de las mediaciones. En estos centros de mediación se lleva un doble registro de los expedientes de mediación: Digital, en el sitio del Ministerio de la Justicia, y otro escrito en un Libro de Actas habilitado al efecto por la autoridad de aplicación. Los mismos son motivo de un control permanente por parte de la Secretaría de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos quien realiza inspecciones regulares en los Centros de Mediación.
3. La mediación social o comunitaria: También a cargo de la mencionada Secretaría dependiente del Ministerio de Justicia, la cual es contemplada como un servicio público y gratuito a cargo del Estado.

Por intermedio de esta ley quedó establecida la presencia en el procedimiento de mediación, del Asesor de Menores e Incapaces, en los supuestos en que estén involucrados los intereses de sus asistidos. De esta manera la voz de los menores es entendida en la mediación

⁴¹La provincia de Salta está organizada en tres(3) distritos judiciales, el distrito Centro corresponde a la capital de la provincia.

⁴²<http://www.justiciasalta.gov.ar/images/uploads/ley-provincial-7324-salta.pdf>

⁴³ Se encuentra a cargo de la Corte de Justicia de la Provincia

familiar reconociéndoles sus derechos tal y como lo prescribe la Convención de los Derechos del Niño que en Argentina tiene rango constitucional.

La protección de la infancia impone ciertos principios esenciales a respetar: El interés superior del niño es prioritario en toda situación que le toque de cerca o de lejos. En caso de que los padres se separen, el Estado tiene la obligación de respetar el derecho del niño de tener y de conservar la relación personal con cada uno de sus progenitores. Es por eso que en las mediaciones familiares, la intervención de expertos como psicólogos y asistentes sociales es primordial. Los peritos del Poder Judicial de la Provincia de Salta pueden ser convocados a las audiencias de mediación, por lo que la misma resulta un proceso multidisciplinario en pos del bienestar del menor y de su entorno.⁴⁴

Asimismo, la ley otorga a los jueces la posibilidad de derivar de oficio un caso a mediación obligatoria. El carácter obligatorio no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia, ya que luego de comparecer a la audiencia, las partes pueden dar por terminado el procedimiento y retomar la vía judicial.

En los casos de sustracción de menores en el orden nacional, el recurso de la mediación es muy apreciado por los jueces. La mediación contribuye al reintegro del niño de la forma más pacífica. Los jueces, en su gran mayoría formados a la mediación, actúan como mediadores ya que sugieren al progenitor que sustrajo el menor diferentes opciones para la restitución del menor. Esto permite al padre sustractor tomar conciencia de la situación de fragilidad a la que el menor está expuesto.

En una sentencia de un caso reciente de restitución de un menor dentro del país, la jueza interviniente ordenó lo siguiente: *“Una vez que el niño se reintegre a su centro de vida, se deberán arbitrar las condiciones para que las partes puedan resolver sus diferencias a través de un sistema alternativo de resolución de conflictos (Léase: Mediación)”*

Salta cuenta hasta el día de la fecha con 64 Centros de Mediación Comunitarios, los cuales se encuentran distribuidos en 56 de los 59 municipios que integran la provincia; tiene un equipo de interdisciplinario de 87 mediadores, de los cuales 72 son oriundos de las localidades donde están ejerciendo sus funciones, en tanto que los 15 restantes integran un equipo especial de mediadores itinerantes que no solo cubre las suplencias que se puedan producir en los municipios sino que también tienen a su cargo el desarrollo de dos programas específicos: El de mediaciones a distancia y el de prevención y abordaje de conflictos sociales complejos.

El Poder Ejecutivo Provincial otorgó la posibilidad a los intendentes⁴⁵ de proponer a los referentes sociales que considerasen aptos para cubrir el cargo de mediador comunitario. Esto permitió promover verdaderamente una sociedad más participativa, ya que se respetan la idiosincrasia y las tradiciones culturales de cada comunidad con sus características particulares.

Los mediadores que realizan las mediaciones judiciales son abogados formados a la mediación. En cambio, los mediadores de los centros de mediación extrajudiciales o de los

⁴⁴En las mediaciones judiciales o del Ministerio Público la participación de expertos dependientes del Poder Judicial es gratuita.

⁴⁵ Léase « alcalde »

centros comunitarios no son necesariamente abogados, pero si profesionales de otras disciplinas o referentes comunitarios.

Con respecto a los tipos de controversia que se plantean, como seguramente es de suponer, las cuestiones de familia son las que llevan la delantera con el 74,8% mientras que el 25,2% restante abarca cuestiones patrimoniales y de vecindad.

No obstante, es interesante observar el creciente número de casos sobre cuestiones de convivencia e incluso conflictos sociales a medida que el sistema se consolida y la comunidad cree y se involucra en el proceso.

El empoderamiento de los derechos de la población, la simplificación de los procedimientos judiciales, la ampliación del ámbito de actuación de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos y la incorporación de los métodos alternativos de resolución de conflictos son las líneas directrices que orientan la política pública de esta Provincia en lo que a acceso a justicia se refiere.

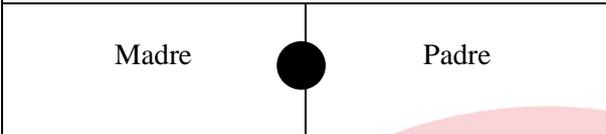
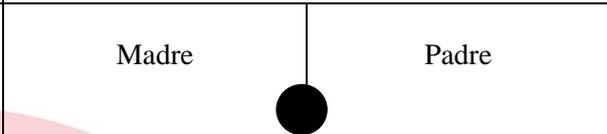
El acceso a justicia como un derecho complejo es más que el acceso a los estrados judiciales: es el acceso a un remedio eficaz a un problema tutelado por el derecho. Una política de verdadero acceso a la justicia implica crear o fortalecer toda instancia, ya sea estatal o comunitaria, centralizada o descentralizada, que coadyuve a garantizar el ejercicio de los derechos y que sea capaz de dar respuesta, con imparcialidad e integralidad, a las demandas de todas las personas, en especial a las de aquellas más desfavorecidas.



Estudios
Jurídicos

3. ANEXO:

3.1. LA DIFERENCIA ENTRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Mediación Internacional	Mediación familiar
El mediador está en el centro del proceso	El mediador está al margen del proceso
	
El mediador dispone de todos los elementos del rompecabezas familiar	Las personas disponen individualmente de los elementos del rompecabezas familiar
El mediador considera a los profesionales (traductores, intérpretes culturales, abogados, jueces, peritos psicólogos, etc.) como terceros en el proceso de mediación y los pone al tanto del desarrollo del proceso, sin entrar en detalles.	El mediador permite a las personas informar sobre el desarrollo de la mediación a terceros ajenos a la misma.
Se permite la participación de los abogados sobre todo para validar el acuerdo obtenido entre las personas.	No se permiten los abogados en la audiencia de mediación familiar.
Disponibilidad del mediador fuera de las audiencias de mediación(Las personas pueden contactarlo por mail, por teléfono, etc., todas las veces que necesiten)	El mediador no está disponible fuera de la audiencia de mediación.(Los contactos con el mediador están limitados a las audiencias)
El encuentro es deseado como fin, pero no necesariamente como medio y una mediación “ <i>en navette</i> ” puede llevarse a cabo.	El encuentro es la condición <i>sine qua non</i> de la mediación.
Orientación hacia un doble resultado: Establecer la comunicación y el acuerdo.	No hay una orientación pre-definida.
Multiparcialidad: EL mediador toma partido por uno y por el otro.	Imparcialidad: El mediador no toma partido ni por uno ni por el otro.
Seguimiento de acuerdos	No hay un seguimiento de acuerdos
Discurso dual en entrevistas individuales (transparente e indirecta) o triangular en audiencias conjuntas.	Discurso esencialmente triangular

Source : DENIS Claire, Médiation familiale : pratiques et approches théoriques : [la médiation ouverte] , Lyon : Chronique sociale, 2010, p. 105

3.2. LAS ETAPAS DEL PROCESO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

Las etapas del proceso		
Etapas	Objetivos	Tareas del mediador
1) Pre-mediación	Invitación a la mediación ¿Cómo lograr la participación del otro padre?	Recepción del padre n°1(Solicitante) Colecta de información: -procedimiento, sentencia -entorno psicológico, familiar Proposición de mediación padre n°2 (no solicitante) <ul style="list-style-type: none"> • Carta, teléfono, mail • Plantear el contexto de la mediación
	Negociación Facilitar la entrada en la mediación Organizar el contexto de la mediación	<ul style="list-style-type: none"> • Negociar con las partes las condiciones de aceptación de la mediación • Negociación con los terceros: <ul style="list-style-type: none"> -abogados -familia -mediadores locales -Consulados -Ministerio Público, etc.
2) Mediación	*indirecta Inter-comprensión de las partes a través del mediador Acompañamiento y sostén de cada padre	<ul style="list-style-type: none"> • Entrevistas en “navette”: -padres -recepción de un padre -teléfono, mail,etc. • Conferencia telefónica a tres • Mediación binacional con un mediador en cada país(teléfono, conferencia telefónica a cuatro, mails)
	*directa “La arena” de la mediación Establecer la interacción de las partes: intercambio de palabras, escucha mutua, expresión de emociones, reconocimiento mutuo(necesidades, impresiones, sentimientos)	<ul style="list-style-type: none"> • Entrevistas previas separadas • Mediador nacional • Mediador bicultural • Co-mediación psicólogo/jurista • Mediación binacional en cada país por videoconferencia
	*reunión con el niño <ul style="list-style-type: none"> • Escuchar las necesidades del niño • Hacer comprender a los padres las necesidades del niño • Favorecer el proceso de entendimiento entre los padres 	<ul style="list-style-type: none"> • Reunión mediador-niño • Reunión niño-un padre • Reunión niño con los dos padres
3) Protocolo del acuerdo	Firmar el acuerdo Asegurar jurídicamente a las partes	<ul style="list-style-type: none"> • Redacción del protocolo • Informaciones jurídicas derecho extranjero, derecho nacional • Asociar a los abogados
4) Seguimiento de los acuerdos	Completar la mediación vigilando el respecto del espíritu de los acuerdos	<ul style="list-style-type: none"> • Entrevistas con cada padre • Nuevos encuentros de mediación

Source: GANANCIA Danièle, La médiation familiale internationale: la diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2007, p.198

4. BIBLIOGRAFÍA

1. BABU Annie, Guide de la médiation familiale étape par étape, Ramonville Saint-Agne, 2006
2. CARATSCH Cilgia, « Guía para la mediación familiar internacional », Servicio Social Internacional, Ginebra, 2015. http://www.iss-ssi.org/images/Conf-MFI/guides/Guide_ES.pdf
3. CARDIA - VONECHE Laura, BASTARD Benoit, Le divorce autrement : la médiation familiale, Paris : Syros-Alternatives, 1990
4. DENIS Claire, Médiation familiale : pratiques et approches théoriques : [la médiation ouverte], Lyon : Chronique sociale, 2010
5. FONDARD François, La place de l'enfant dans la médiation familiale, Paris : Union Nationale des Associations Familiales, 2011
6. GANANCIA Danièle, La médiation familiale internationale : la diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2007
7. GUY-ECABERT Christine, VOLCKRICK Elisabeth, Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ? CEMAJ, Neuchâtel : Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, 2015
8. HOPT Klaus J., STEFFEK Felix, Mediation : principles and regulation in comparative perspective, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2013
9. Una Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Mediación”, La Haya, Países Bajos, 2012. https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf
10. LEFEUVRE Dominique, Le médiateur familial : quand et pourquoi ? : accompagner la famille dans ses conflits, Gap : Y. Michel, 2008
11. MIRIMANOFF Jean, PONS Marco, Amicable dispute resolution : bibliography = Résolution amiable des différends : bibliographie = Einvernehmliche Streitbeilegung : Bibliographie, Genève : [Slatkine], 2014 <http://www.mediationgeneve.com/Bibliogr%20ADR.pdf>
12. SELLENET Catherine, La médiation familiale : la régulation des litiges familiaux, Paris : Belin, 2007