

**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



**Guía de Buenas Prácticas**  
*en virtud del Convenio de La Haya  
de 25 de octubre de 1980 sobre los  
Aspectos Civiles de la Sustracción  
Internacional de Menores*

# Mediación

Publicado por la  
**Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**  
**Oficina Permanente**  
Scheveningseweg 6,  
2517 KT La Haya,  
Países Bajos

Teléfono +31 70 363 3303  
Fax: +31 70 360 4867  
Correo electrónico: [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)  
Sitio web: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

© Hague Conference on Private International Law 2012

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de archivo y recuperación de datos ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso escrito del titular del derecho de propiedad intelectual.

ISBN 978-94-90265-06-9

Impreso en La Haya, Países Bajos

# Descripción general

Terminología 7

Objetivos y alcance 12

Introducción 14

A Antecedentes del trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de mediación internacional en cuestiones de familia y procesos similares a fin de alcanzar acuerdos amistosos 14

B Trabajo de otros organismos 18

C Estructura de la Guía 20

D Contexto – Algunos casos típicos 21

La Guía 22

1 La importancia general de promover los acuerdos en las controversias familiares transfronterizas sobre custodia y contacto 22

2 El uso de la mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores – Una visión general de los desafíos específicos 28

3 Formación especializada para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños / Salvaguardando la calidad de la mediación 38

4 Acceso a la mediación 43

5 Alcance de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños 58

6 Principios, modelos y métodos de mediación 61

7 Participación del niño 72

8 Posible participación de terceros 76

9 Preparación del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso de mediación 77

10 Mediación y acusaciones de violencia doméstica 79

11 Los términos del acuerdo de mediación - Toma de conciencia 85

12 Cómo hacer que el acuerdo sea jurídicamente vinculante y ejecutorio 86

13 Cuestiones de competencia y normas de ley aplicable 92

14 El uso de la mediación para prevenir la sustracción de niños 96

15 Otros procesos para lograr acuerdos amistosos 97

16 El uso de la mediación y otros procedimientos análogos para lograr una solución amigable en casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya 99

Anexos 103

# Índice

**Terminología** 7

**Objetivos y alcance** 12

**Introducción** 14

**A** Antecedentes del trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de mediación internacional en cuestiones de familia y procesos similares a fin de alcanzar acuerdos amistosos 14

**B** Trabajo de otros organismos 18

**C** Estructura de la Guía 20

**D** Contexto – Algunos casos típicos 21

**La Guía** 22

**1** La importancia general de promover los acuerdos en las controversias familiares transfronterizas sobre custodia y contacto 22

1.1 Ventajas de las soluciones amistosas 22

1.2 Límites, riesgos y salvaguardias 24

1.3 Importancia general de vinculación con los procedimientos legales pertinentes 26

**2** El uso de la mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores – Una visión general de los desafíos específicos 28

2.1 Plazos / Procesos expeditivos 29

2.2 Estrecha cooperación con las autoridades administrativas / judiciales 32

2.3 Más de un sistema jurídico involucrado; ejecutoriedad del acuerdo en ambas jurisdicciones involucradas (o en todas ellas). 32

2.4 Contextos culturales y religiosos diferentes 33

2.5 Dificultades idiomáticas 34

2.6 Distancia 35

2.7 Cuestiones de visado e inmigración 35

2.8 Procesos penales en contra del progenitor sustractor 36

**3** Formación especializada para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños / Salvaguardando la calidad de la mediación 38

3.1 Formación del mediador – Normas y estándares existentes 38

3.2 Formación específica para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños 40

3.3 Establecimiento de listados de mediadores 41

3.4 Protección de la calidad de la mediación 42

**4** Acceso a la mediación 43

4.1 Disponibilidad de la mediación – Etapa del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya; remisión / auto-remisión a mediación 44

4.1.1 Rol de las Autoridades Centrales 45

4.1.2 Rol del juez o de los jueces / tribunales 47

4.1.3 El rol de los abogados y otros profesionales 50

4.2 Evaluación de la aptitud para la mediación 51

4.3 Costes de mediación 53

4.4 Lugar de mediación 55

4.5 El contrato de mediación – Consentimiento informado respecto de la mediación 57

- 5 **Alcance de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños** 58
  - 5.1 Concentración en las cuestiones urgentes 58
  - 5.2 Importancia de la competencia y la ley aplicable respecto de la responsabilidad parental y de otras cuestiones tratadas en el acuerdo de mediación 60
- 6 **Principios, modelos y métodos de mediación** 61
  - 6.1 Principios de mediación – Normas internacionales 61
    - 6.1.1 Naturaleza voluntaria de la mediación 61
    - 6.1.2 Consentimiento informado 62
    - 6.1.3 Evaluación de la aptitud para la mediación 63
    - 6.1.4 Neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia 63
    - 6.1.5 Confidencialidad 64
    - 6.1.6 Consideración del interés y del bienestar del niño 67
    - 6.1.7 Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico 67
    - 6.1.8 Competencia intercultural 68
    - 6.1.9 Requisitos para los mediadores o las entidades de mediación – Estándares mínimos de formación 68
  - 6.2 Modelos y métodos de mediación 68
    - 6.2.1 Mediación directa o indirecta 69
    - 6.2.2 Co-mediación o mediación simple 69
    - 6.2.3 Concepto de mediación bicultural bilingüe 70
- 7 **Participación del niño** 72
  - 7.1 Participación del niño en los procedimientos de restitución de La Haya y los procedimientos de derecho de familia 72
  - 7.2 La voz del niño en la mediación 75
- 8 **Posible participación de terceros** 76
- 9 **Preparación del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso de mediación** 77
  - 9.1 Salvaguardias / Elusión de una nueva sustracción 77
  - 9.2 Cooperación estrecha con las Autoridades Centrales y las autoridades administrativas y judiciales 78
- 10 **Mediación y acusaciones de violencia doméstica** 79
  - 10.1 Tratamiento de la violencia doméstica en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya 80
  - 10.2 Salvaguardias en la mediación / Protección de la parte vulnerable 82
  - 10.3 Información sobre las medidas de protección 84
- 11 **Los términos del acuerdo de mediación - Toma de conciencia** 85
- 12 **Cómo hacer que el acuerdo sea jurídicamente vinculante y ejecutorio** 86
- 13 **Cuestiones de competencia y normas de ley aplicable** 92
- 14 **El uso de la mediación para prevenir la sustracción de niños** 96
- 15 **Otros procesos para lograr acuerdos amistosos** 97
- 16 **El uso de la mediación y otros procedimientos análogos para lograr una solución amigable en casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya** 99





# Terminología

Los siguientes términos son presentados por contenido temático en lugar de por orden alfabético.

## Mediación

A efectos de la presente Guía, es importante distinguir entre la ‘mediación’ y otros métodos análogos destinados a facilitar la solución amistosa de controversias.

Las definiciones de ‘mediación’ que pueden encontrarse en publicaciones y textos jurídicos varían significativamente y a menudo reflejan determinados requisitos mínimos relativos al proceso de mediación y a la persona del mediador en las jurisdicciones pertinentes. A través de la fusión de los rasgos comunes de estas diversas definiciones, la mediación puede definirse como un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un ‘mediador’<sup>1</sup> facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto<sup>2</sup>. La presente Guía se refiere a la ‘mediación’ en este sentido amplio, sin perjuicio del modelo y método aplicados. Otros principios comúnmente exigidos, aunque no uniformemente aplicados, que a menudo se incorporan en la definición de mediación, tales como la confidencialidad, la neutralidad o la imparcialidad, recibirán tratamiento en el Capítulo 6 de la presente Guía.

## Mediador

Muchas definiciones del término ‘mediador’ provenientes de instrumentos nacionales y regionales reflejan los requisitos (legales) necesarios que una persona debe cumplir para adquirir la calidad de ‘mediador’ y el modo en que la mediación debe llevarse adelante. Otra vez en función de los rasgos comunes, en el marco de la presente Guía, el término ‘mediador’ hará referencia a un tercero imparcial que lleva adelante la mediación. Excepto en caso de disposición en otro sentido, el término se utiliza sin perjuicio de los antecedentes profesionales del mediador y de los requisitos específicos que puede que una persona deba cumplir para poder denominarse ‘mediador’ en un sistema jurídico determinado.

El término ‘mediador’ se utiliza en la presente Guía sin perjuicio del hecho de que la mediación se lleve adelante como co-mediación o mediación simple, i.e., excepto que se disponga lo contrario, todo uso del término ‘mediador’ (en singular) en la presente Guía hará referencia, asimismo, a las mediaciones llevadas adelante por más de un mediador.

---

<sup>1</sup> La mediación también puede ser llevada adelante por más de un mediador, véase también la definición del término ‘mediador’ *infra*, así como en la sección 6.2.2 relativa a la co-mediación.

<sup>2</sup> Para un panorama comparativo conciso de las definiciones de mediación utilizadas en diferentes países, véase K.J. Hopt & F. Steffek, *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 12 y ss.

## Conciliación

La mediación y la conciliación a menudo se utilizan como sinónimos<sup>3</sup>, lo que puede generar confusión. Hoy en día, la conciliación, por lo general, se caracteriza como un proceso más directivo que el de mediación. Por lo tanto, a efectos de la presente Guía, se definirá a la conciliación como un mecanismo de solución de controversias en el que un tercero imparcial asume un rol activo y directivo a fin de ayudar a las partes a encontrar una solución amistosa respecto de su controversia. La mediación puede ser proactiva, pero no directiva. A efectos de la mediación, el énfasis debe recaer en el hecho de que el propio mediador no se encuentra en condiciones de tomar una decisión en nombre de las partes, sino que sólo ayuda a las partes a encontrar su propia solución. En cambio, el conciliador puede guiar a las partes hacia una solución concreta<sup>4</sup>. Esto puede verse ilustrado por el siguiente ejemplo. Un juez con formación como mediador puede llevar adelante la mediación, pero sólo en el marco de una disputa en la que no sea el juez que entiende en la causa y cuando el juez se abstenga de influir en el resultado del proceso de resolución de conflictos de las partes. Por definición, un juez que entiende en una causa nunca puede ‘mediar’ en un caso ante él, i.e., cuando las partes saben que el juez es la persona que emite la decisión en el supuesto de que su intento de alcanzar una solución amigable fracase<sup>5</sup>. Todo proceso por medio del cual el juez en el marco de la causa en la que entiende se ocupe de ayudar a las partes a encontrar una solución amistosa y a llegar a un acuerdo judicial se encontraría más dentro del significado de conciliación en los términos de la presente Guía<sup>6</sup>.

## Asesoramiento (*Counselling*)

La mediación debe distinguirse del asesoramiento (*counselling*), proceso que puede ser utilizado para asistir a parejas o familias que se enfrentan a problemas en su relación. A diferencia de la mediación, el asesoramiento generalmente no se concentra en la solución de una controversia específica.

## Arbitraje

La mediación y la conciliación pueden distinguirse del arbitraje en que las dos primeras están destinadas a desarrollar una solución amistosa entre las partes, mientras que, en el marco del arbitraje, el tercero imparcial (árbitro) resuelve la controversia emitiendo una decisión. Si bien las

- 
- 3 Véase, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional adoptada por la CNUDMI en 2002, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), art. 1(3) ‘A los efectos de la presente Ley, se entenderá por ‘conciliación’ todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica’.
  - 4 Respecto de las diferencias entre la mediación y la conciliación, véase, asimismo, ‘A Fair Say – A Guide to Managing Differences in Mediation and Conciliation’ (Agosto de 1999), p. 1, redactada por el Consejo Consultivo Nacional Australiano de Resolución Alternativa de Controversias (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)), disponible en <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/AFairSay.aspx> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).
  - 5 Este es un principio ampliamente respetado. Para un panorama comparativo de las definiciones de mediación utilizadas en diferentes países, véase K.J. Hopt & F. Steffek (*op. cit.* nota 2), p. 12; véase, asimismo, el art. 3 de la ‘Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles’, *OJ L 136*, 24.5.2008 (en adelante, ‘Directiva Europea sobre Mediación’), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:EN:NOT> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).
  - 6 Sin embargo, las definiciones de conciliación difieren, véase, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (nota 3 *supra*), art. 1(3).

partes deben aceptar el arbitraje y respetar el resultado, el proceso arbitral no fue diseñado para dar lugar a un resultado amistoso<sup>7</sup>.

## Evaluación temprana neutral

En la ‘evaluación temprana neutral’, las partes reciben una evaluación no vinculante de su situación jurídica llevada a cabo por un experto, luego de la cual se les da la oportunidad de negociar una solución amistosa<sup>8</sup>.

## Derecho colaborativo

En el modelo de ‘Derecho colaborativo’, las partes reciben la asistencia de ‘abogados colaborativos’ que utilizan técnicas de negociación de solución de problemas en función de sus intereses a fin de resolver la disputa sin recurrir a los tribunales<sup>9</sup>. Cuando no se llega a acuerdo alguno y la cuestión debe resolverse en un proceso judicial, los abogados colaborativos se encuentran inhabilitados para continuar la representación.

## Derecho cooperativo

El modelo de ‘derecho cooperativo’ sigue los principios del modelo de ‘derecho colaborativo’, con la excepción de que los representantes no se encuentran inhabilitados cuando la cuestión debe someterse al entendimiento de un tribunal<sup>10</sup>.

## Mediación directa o indirecta

Cuando utiliza el término ‘mediación directa’, la Guía hace referencia a la mediación en la que ambas partes participan directamente y simultáneamente en las sesiones de mediación con el mediador, ya sea en una reunión en persona con el mediador o en una reunión a larga distancia mediante video o teleconferencia o comunicación vía Internet<sup>11</sup>.

Contrariamente, la ‘mediación indirecta’ se refiere a la mediación en la que las partes no se reúnen en forma directa durante el proceso de mediación sino que el mediador se reúne con cada parte por separado. Esto puede acontecer en dos Estados diferentes con un mediador y una parte en un Estado o en el mismo Estado realizándose la mediación en diferentes horarios o al mismo tiempo pero en diferentes salas<sup>12</sup>.

Asimismo, es posible, por supuesto, que un proceso de mediación comprenda la mediación tanto directa como indirecta. Por ejemplo, una mediación directa puede estar acompañada o precedida por las reuniones denominadas ‘caucus’, en las cuales el mediador se reúne con cada parte por separado.

---

7 Para más detalles acerca de la distinción entre la mediación y el arbitraje, véase, *inter alia*, N. Alexander, *International and Comparative Mediation*, Austin - Boston - Chicago - New York - the Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, pp. 26, 27.

8 Para más detalles, véase, *inter alia*, N. ver Steegh, ‘Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process’, 42 *Fam. LQ* (2008-2009), 659, p. 663.

9 *Ibid.*, p. 667.

10 *Ibid.*, p. 668.

11 Véase ‘Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980’, redactada por S. Vigers, ex Oficial Legal de la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nffl 5 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (La Haya, 30 de octubre - 9 de noviembre de 2006) (en adelante, ‘Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares’, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’), 4.1, p. 14.

12 Véase *ibid.*, 4.1, p. 15.

## Mediación judicial

En la presente Guía, el término ‘mediación judicial’ se emplea para aludir a los servicios de mediación que son dirigidos por el propio tribunal o a través de él. En estos esquemas, la mediación es ofrecida ya sea por mediadores que trabajan para el tribunal o por jueces con capacitación como mediadores que pueden, por supuesto, ‘mediar’ exclusivamente en casos que no se someten a su entendimiento. El lugar de mediación es a menudo algún sector del edificio de tribunales.

## Mediación extrajudicial

El término ‘mediación extrajudicial’ se utiliza en la presente Guía para hacer referencia a la mediación operada por un organismo que no se encuentra directamente vinculado con el tribunal. Puede comprender organismos estatales o aprobados por el Estado y servicios de mediación prestados por particulares y organizaciones privadas de mediación<sup>13</sup>.

## Acuerdo de mediación

La presente Guía utiliza el término ‘acuerdo de mediación’ para hacer referencia al resultado de la mediación, i.e., el acuerdo amistoso alcanzado por las partes durante el proceso de mediación. Cabe destacar que, en algunas jurisdicciones, el término ‘memorando de entendimiento’ preferentemente alude al resultado inmediato de la mediación, a fin de evitar cualquier suposición acerca de la naturaleza jurídica del resultado de la mediación. (Véase a continuación el Capítulo 12 para más detalles)

A efectos de evitar toda confusión, cabe destacar que la Guía también emplea el término ‘contrato de mediación’ que se refiere a un contrato entre el mediador y las partes en conflicto previo a la mediación, por medio del cual pueden definirse los detalles del proceso de mediación al igual que los costes y otras cuestiones<sup>14</sup>.

## Responsabilidad parental

Conforme a la definición del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, el término ‘responsabilidad parental’ alude a ‘la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño’<sup>15</sup>. En otras palabras, la ‘responsabilidad parental’ incluye todos los derechos y las obligaciones legales de un padre, tutor o representante legal con respecto al niño en aras de criarlo y garantizar su desarrollo. El concepto de ‘responsabilidad parental’ comprende tanto el ‘derecho de custodia’ como el ‘derecho de contacto’, pero es mucho más amplio que ambos. Cuando se alude a los derechos y las obligaciones parentales como un todo, en la actualidad, muchos sistemas jurídicos al igual que instrumentos regionales e internacionales hacen referencia al término ‘responsabilidad parental’, a fin de superar el enfoque terminológico adoptado en este ámbito del derecho respecto de los derechos de los padres y reconocer la importancia equivalente de las obligaciones parentales y los derechos y el bienestar de los niños.

---

<sup>13</sup> Para más detalles acerca de la mediación judicial y extrajudicial, véase, asimismo, el ‘Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia’ elaborado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 20 de marzo de 2007 a la atención del Consejo de abril de 2007 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’, luego ‘Asuntos Generales’), sección 2.4, p. 6.

<sup>14</sup> Véase sección 3.5 *infra*.

<sup>15</sup> Art. 1(2) del Convenio de 1996.

Con respecto al ‘derecho de visita’, la Guía le da preferencia al término ‘derecho de contacto’ que refleja un enfoque concentrado en el niño de acuerdo con el concepto moderno de ‘responsabilidad parental’<sup>16</sup>. El término ‘contacto’ se utiliza en un sentido amplio de modo tal de incluir las diversas maneras en las que un padre o madre que no tiene la custodia (y, en ocasiones, otro familiar o amigo establecido del niño) mantiene una relación personal con el niño, ya sea a través de visitas periódicas, comunicación a distancia u otros medios<sup>17</sup>. La Guía utiliza el término ‘derecho de custodia’ de conformidad con la terminología del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

## Progenitor perjudicado y progenitor sustractor

En la presente Guía, el progenitor que alega que sus derechos de custodia fueron vulnerados por un traslado o una retención ilícitos se denomina ‘progenitor perjudicado’. De conformidad con el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, todo traslado o retención se considera ilícito cuando vulnera derechos de custodia ejercidos en forma efectiva atribuidos a una persona, una institución u otro organismo, separada o conjuntamente, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. En un número reducido de casos dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1980, se trata de una persona distinta del progenitor (abuelo, padrastro o madrastra o cualquier otra persona relacionada o no relacionada) o de una institución u otro organismo cuyos derechos de custodia sean vulnerados por un traslado o una retención ilícitos del niño. A fin de evitar extensas descripciones a lo largo de la Guía, excepto en caso de disposición en otro sentido, el término ‘progenitor perjudicado’ incluirá a toda persona u organismo<sup>18</sup> cuyos derechos de custodia se vean supuestamente vulnerados por un traslado o una retención ilícitos.

En la presente Guía, el progenitor que supuestamente trasladó a un niño en forma ilícita de su lugar de residencia habitual a otro Estado o retuvo a un niño en forma ilícita en otro Estado se denomina ‘progenitor sustractor’. Haciendo un paralelo con el uso del término ‘progenitor perjudicado’, en la presente Guía, excepto en caso de disposición en otro sentido, toda referencia al término ‘progenitor sustractor’ incluirá a toda persona, institución u organismo<sup>19</sup> acusado de haber trasladado o retenido a un niño en forma ilícita.

## Violencia doméstica y abuso de niños

Según la definición utilizada, el término ‘violencia doméstica’ comprende muchas facetas diferentes de abuso dentro de la familia. El abuso puede ser físico o psicológico; puede dirigirse al niño (‘abuso de niños’) y / o a la pareja (en ocasiones denominado ‘abuso conyugal’) y / o a otros miembros de la familia.

Excepto en caso de disposición en otro sentido, la presente Guía utiliza el término ‘violencia doméstica’ en el sentido amplio descrito supra. Con respecto a la violencia doméstica contra un niño, la Guía hará una distinción entre violencia indirecta y directa. La primera es la violencia doméstica hacia un progenitor u otros miembros de la familia, que afecta al niño, mientras que la segunda es la violencia doméstica hacia el niño. Sólo la última se denominará ‘abuso de niños’ en la presente Guía<sup>20</sup>.

16 De conformidad con la terminología utilizada por los *Principios generales y Guía de buenas prácticas sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños* (Jordan Publishing, 2008), en adelante, ‘Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo’ (también disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’, luego ‘Guías de Buenas Prácticas’), véase p. xxvi.

17 De conformidad con la terminología utilizada por la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (ibíd.).

18 Por supuesto, si se trata de una institución u otro organismo, la cuestión de la mediación puede no surgir o, si surge, puede ser diametralmente diferente de la mediación entre personas físicas.

19 Por supuesto, si se trata de una institución u otro organismo, la cuestión de la mediación puede no surgir o, si surge, puede ser inmensamente diferente de la mediación entre personas físicas.

20 Véase el Capítulo 10 sobre Violencia Doméstica.

## Objetivos y alcance

La presente Guía promueve las buenas prácticas en materia de mediación y otros procesos destinados a la solución amistosa de controversias familiares internacionales relativas a los niños comprendidas en el ámbito de aplicación del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, ‘el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores’ o ‘el Convenio de 1980’). De conformidad con los Convenios de La Haya modernos en materia de Familia, el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores alienta la solución amigable de disputas familiares. El artículo 7 del Convenio de 1980 establece que las Autoridades Centrales ‘deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan [...] garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable’. Los Convenios de La Haya modernos más recientes en materia de familia mencionan expresamente el uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos<sup>21</sup>.

Entre los diferentes medios de solución amigable de controversias, la presente Guía aborda principalmente la ‘mediación’ como uno de los métodos alternativos de solución de controversias más ampliamente promovidos en el marco del derecho de familia. No obstante, la presente Guía también hace referencia a buenas prácticas con respecto a otros procesos destinados a facilitar acuerdos amistosos, tales como la conciliación. Se dedica un capítulo separado<sup>22</sup> a estos métodos adicionales y se considera debidamente su naturaleza específica. Sin embargo, algunas de las buenas prácticas en materia de mediación promovidas en la presente Guía pueden aplicarse o adaptarse a varios de estos procesos adicionales.

Si bien destaca las particularidades de la solución amigable de controversias en el contexto de sustracciones de niños y disputas en materia de derecho de visita / contacto en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la presente Guía ofrece una descripción de principios y buenas prácticas que, se espera, sean valiosos en cuanto al uso de la mediación y otros procesos similares en el marco de controversias familiares transfronterizas en general. Como tal, la Guía está destinada a asistir no sólo a los Estados parte en el Convenio de 1980, sino también a los Estados parte en otros Convenios de La Haya que promueven el uso de la mediación, la conciliación u otros medios similares de facilitar acuerdos amistosos en controversias familiares internacionales. Entre estos Convenios, se encuentran el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, ‘el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños’ o ‘el Convenio de 1996’), el *Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos* y el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia*. Asimismo, la presente Guía está destinada a asistir a los Estados que no sean Parte en estos Convenios de La Haya, pero estén considerando la mejor manera de desarrollar estructuras eficaces para promover la mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares internacionales. La Guía está dirigida a los gobiernos y las Autoridades Centrales designadas con

---

<sup>21</sup> Véase el art. 31 b) del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*; el art. 31 del *Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos*; y los arts. 6(2) d), 34(2) i) del *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia*.

<sup>22</sup> Capítulo 15.

arreglo al Convenio de 1980 y a otros Convenios de La Haya pertinentes, al igual que a jueces, abogados, mediadores, partes de controversias familiares transfronterizas y otros particulares interesados.

La presente Guía es la quinta Guía de Buenas Prácticas desarrollada en sustento del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Las cuatro Guías publicadas previamente son: *Parte I — Práctica de las Autoridades Centrales*; *Parte II – Medidas de Aplicación*; *Parte III – Medidas de Prevención*; y *Parte IV – Ejecución*<sup>23</sup>.

Asimismo, los *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños*<sup>24</sup> se relacionan tanto con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores como con el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños.

Ninguna disposición de la presente Guía podrá interpretarse como vinculante respecto de los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores u otros Convenios de La Haya en materia de familia. Los principios generales establecidos en la presente Guía son de naturaleza puramente consultiva.

Se invita a todos los Estados parte y, en particular, a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, a revisar sus propias prácticas y mejorarlas cuando corresponda y siempre que sea posible. Para las Autoridades Centrales tanto establecidas como en desarrollo, la implementación del Convenio de 1980 debería interpretarse como un proceso continuo, gradual y creciente, tendiente a la mejora continua.

••••

La Oficina Permanente desea agradecer a los muchos expertos, incluidos los expertos de organizaciones no gubernamentales, la suma de cuya sabiduría y experiencia ha contribuido a la Guía<sup>25</sup>. En particular, se agradece a Juliane Hirsch, ex Oficial Legal Senior de la Oficina Permanente, quien llevó a cabo el trabajo principal de esta Guía y a Sarah Vigers, ex Oficial Legal de la Oficina Permanente, quien, en 2006, preparó un estudio comparativo sobre el desarrollo de la mediación, la conciliación y medios similares en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que influyó en la redacción de esta Guía.

23 *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, Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales* (Jordan Publishing, 2003), en adelante, ‘Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales’; *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Segunda Parte - Medidas de aplicación* (Jordan Publishing, 2003); *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, Tercera Parte – Medidas de prevención* (Jordan Publishing, 2005), en adelante, ‘Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención’; *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, Cuarta Parte – Ejecución* (Jordan Publishing, 2010), en adelante, ‘Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución’. Las Guías de Buenas Prácticas también se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’, luego ‘Guías de Buenas Prácticas’.

24 *Op.cit.* nota 16.

25 Las siguientes personas fueron parte del Grupo de Expertos que asistió con la preparación de esta Guía: la Sra. Gladys Alvarez (Argentina), el Honorable Juez Peter F. Boshier (Nueva Zelanda), la Sra. Cilgia Caratsch (Suiza), el Sr. Eberhard Carl (Alemania), la Sra. Denise Carter (Reino Unido), la Sra. Sandra Fenn (Reino Unido), la Sra. Lorraine Fillion (Canadá), la Sra. Danièle Ganancia (Francia), la Sra. Barbara Gayse (Bélgica), la Sra. Ankeara Kaly (Francia), la Sra. Robine G. de Lange-Tegelaar (Países Bajos), el Juez Wilney Magno de Azevedo Silva (Brasil), la Sra. Lisa Parkinson (Reino Unido), el Sr. Christoph C. Paul (Alemania), la Sra. Toni Pirani (Australia), la Sra. Els Prins (Países Bajos), la Sra. Kathleen S. Ruckman (Estados Unidos de América), el Sr. Craig T. Schneider (Sudáfrica), la Sra. Andrea Schulz (Alemania), el Sr. Peretz Segal (Israel), la Sra. Sarah Vigers (Reino Unido), la Sra. Lisa Vogel (Estados Unidos de América) y la Sra. Jennifer H. Zawid (Estados Unidos de América).

# Introducción

## A Antecedentes del trabajo de la Conferencia de La Haya en materia de mediación internacional en cuestiones de familia y procesos similares a fin de alcanzar acuerdos amistosos

- 1 El trabajo de la Conferencia de La Haya en las décadas recientes refleja la creciente importancia de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el marco del derecho de familia internacional. La mayoría de los Convenios de La Haya modernos en materia de familia alientan expresamente la mediación y procesos análogos a fin de encontrar soluciones adecuadas a las controversias familiares transfronterizas. Varias de las Guías de Buenas Prácticas redactadas en sustento de la implementación y del funcionamiento eficaz del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños destacan la importancia de la promoción de acuerdos amistosos<sup>26</sup>.
- 2 Al mismo tiempo, la mediación en el marco de controversias familiares transfronterizas, en general, ha sido objeto de debate durante muchos años como uno de los temas de trabajo futuro de la Conferencia de La Haya. En abril de 2006, los Estados Miembro de la Conferencia de La Haya autorizaron a la Oficina Permanente a:
  - ‘preparar un estudio de factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, que comprenda el posible desarrollo de un instrumento en la materia’<sup>27</sup> (traducción no oficial).
- 3 El Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia<sup>28</sup>, que exploraba posibles direcciones de trabajo futuro para la Conferencia de La Haya en el ámbito de la mediación transfronteriza en materia de familia, se presentó ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (en adelante, ‘el Consejo’) en abril de 2007. El Consejo decidió invitar a los Miembros de la Conferencia de La Haya a:
  - ‘presentar comentarios, antes de fines de 2007, acerca del estudio de factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia [...] con miras a un posterior debate del tema en la reunión del Consejo de primavera de 2008’<sup>29</sup> (traducción no oficial).
- 4 En abril de 2008, el Consejo:
  - ‘invit[ó] a la Oficina Permanente a continuar el seguimiento y a mantener informados a los Miembros sobre las nuevas evoluciones en materia de mediación transfronteriza en asuntos de familia’<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), Capítulo 2, pp. 6 y ss.; la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (*op. cit.* nota 23), sección 4.12, Retorno voluntario, pp. 51 y ss.; la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (*op. cit.* nota 23), sección 2.1.1, Acuerdos voluntarios y mediación, pp. 16-17.

<sup>27</sup> Conclusiones de la Comisión Especial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), Recomendación N° 3.

<sup>28</sup> *Op. cit.* nota 13.

<sup>29</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (2-4 de abril de 2007), (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), Recomendación N° 3.

<sup>30</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (1-3 de abril de 2008), (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), p. 1, párr. 3° (mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares).



- 5 Asimismo, se le solicitó a la Oficina Permanente que, como primera medida, iniciara los trabajos para:
- ‘una Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de la mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores [...], que será sometida a la consideración de la siguiente reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de dicho Convenio [...] en 2011’<sup>31</sup>.
- 6 En sus Conclusiones y Recomendaciones, la reunión del Consejo de 2009 confirmó tal decisión: ‘El Consejo reafirma su decisión tomada en la reunión de abril de 2008 en relación con la mediación transfronteriza en materia de familia. Se aprueba la propuesta de la Oficina Permanente para que la Guía de Buenas Prácticas sobre la Mediación en el contexto del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* sea enviada para consulta a los Miembros a principios de 2010 y posteriormente para su aprobación a la Comisión Especial, que revisará el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores y del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* durante su próxima reunión en 2011’<sup>32</sup>.
- 7 Cabe destacar que el debate acerca del uso de la mediación y otros medios similares en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores también tiene larga data. El tema había sido analizado en una serie de reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980. En octubre de 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio comparativo<sup>33</sup> que se concentraba en los esquemas de mediación en el contexto del Convenio de 1980, que se debatiría en la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y la implementación del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (octubre / noviembre de 2006).
- 8 La reunión de la Comisión Especial de 2006 reafirmó las Recomendaciones Nffl 1.10 y 1.11 de la reunión de la Comisión Especial de 2001:
- ‘1.10 Los Estados contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria cuando sea posible. Se propuso que las Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7[(2)] c del Convenio [de 1980], en la medida de lo posible y cuando sea, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante.
- 1.11 Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del menor o para lograr una solución amigable no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución’<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo – 2 de abril de 2009) (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), pp. 1-2 (Mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares).

<sup>33</sup> S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (op. cit. nota 11).

<sup>34</sup> Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (22-28 de marzo de 2001), abril de 2001, reiteradas en las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre - 9 de noviembre de 2006), noviembre de 2006, Recomendación N° 1.3.1; ambos textos disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’.

- 9 Con respecto a la mediación en sí misma, la Comisión Especial de 2006 concluyó:
- ‘1.3.2 La Comisión Especial recibe con agrado las iniciativas y proyectos de mediación que se están llevando a cabo en Estados contratantes en el marco del Convenio de La Haya de 1980, muchos de los cuales se describen en el Documento Preliminar N° 5. [Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares].
- 1.3.3 La Comisión Especial invita a la Oficina Permanente a que continúe manteniendo informados a los Estados sobre desarrollos en materia de mediación concernientes a litigios transfronterizos sobre derecho a mantener un contacto y de sustracción. La Comisión Especial toma nota de que la Oficina Permanente está llevando a cabo un estudio de viabilidad más general sobre la mediación transfronteriza en materia familiar, incluyendo la posibilidad de desarrollar un instrumento en la materia, el cual fue requerido por la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Políticas de abril de 2006’<sup>35</sup>.
- 10 El trabajo sobre la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores comenzó en 2009. Un grupo de expertos independientes<sup>36</sup> de diferentes Estados contratantes fueron invitados a colaborar con la preparación de la Guía. Un proyecto de Guía<sup>37</sup> fue circulado entre los Estados contratantes del Convenio de 1980 y los Miembros de la Conferencia de La Haya con antelación a la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. La Comisión Especial ‘celebr[ó] el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas de Mediación en virtud del Convenio de 1980’ y solicitó a la Oficina Permanente que ‘realice revisiones de la Guía a la luz de las discusiones de la Comisión Especial, tomando en consideración, asimismo, el asesoramiento de expertos’ y que circule una versión revisada entre los Miembros y los Estados contratantes para su consulta final<sup>38</sup>. En mayo de 2012, se hizo circular una versión revisada de la Guía de Buenas Prácticas entre los Miembros de la Conferencia de La Haya y los Estados contratantes del Convenio de 1980 a fin de que realizaran los comentarios finales, que fueron implementados posteriormente.
- 11 Sobre la base de una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, en la que se había debatido en detalle el problema de la ejecutoriedad transfronteriza de acuerdos de mediación, el Consejo de 2012 autorizó a la Conferencia de La Haya a
- ‘establec[er] un Grupo de Expertos a fin de llevar a cabo trabajos de investigación adicionales acerca del reconocimiento y de la ejecución transfronterizos de los acuerdos a los que se hubiera llegado en el curso de disputas internacionales relativas a niños, incluidos aquellos a los que se hubiera llegado a través de un proceso de mediación, teniendo en cuenta la implementación y el uso del Convenio de 1996’ (traducción no oficial).
- y, al mismo tiempo, señaló que
- ‘[d]icho trabajo comprenderá la identificación de la naturaleza y del alcance de los problemas jurídicos y prácticos, incluidas las cuestiones jurisdiccionales, al igual que la evaluación del beneficio de un nuevo instrumento, ya sea vinculante o no vinculante, en la materia’<sup>39</sup> (traducción no oficial).

35 Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (ibíd.)

36 Para la lista de miembros del grupo de expertos independientes que colaboraron con la preparación de la Guía, véase nota 25 *supra*.

37 ‘Proyecto de 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 – Quinta Parte - Mediación*’, redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 5 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños.

38 Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (1-10 de junio de 2011) (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’), Recomendación N° 58.

39 Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (17-20 de abril de 2012) (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), Recomendación N° 7.

- 12 Asimismo, debe prestarse atención a la actividad de la Conferencia de La Haya a efectos de la promoción de la mediación y del desarrollo de estructuras de mediación en el marco de controversias familiares transfronterizas en el contexto del Proceso de Malta.
- 13 El Proceso de Malta, un diálogo entre jueces y funcionarios superiores de gobierno provenientes de determinados ‘Estados parte en el Convenio de La Haya’ y ‘Estados no parte en el Convenio de La Haya’, cuyas leyes se basan en el derecho islámico (Shariah) o están influenciadas por este, está destinado a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, contacto y sustracción de niños que sean particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad de los marcos jurídicos internacionales pertinentes. Se llevaron a cabo tres conferencias en Malta, en 2004, 2006 y 2009, para avanzar respecto de esta cuestión.
- 14 Siguiendo una recomendación de la Tercera Conferencia de Malta<sup>40</sup>, el Consejo de 2009 autorizó a que, en el contexto del Proceso de Malta, se estableciera  
‘un grupo de trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver disputas transfronterizas relativas a custodia o contacto con los niños. El Grupo de Trabajo estará compuesto por expertos de un número de Estados involucrados en el Proceso de Malta, incluyendo tanto a Estados Partes del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores como a Estados que no son Partes de él’<sup>41</sup>.
- 15 En junio de 2009 se estableció un grupo de trabajo que consistía en un número reducido de expertos en mediación independientes al igual que expertos de Alemania, Australia, Canadá, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Jordania, Malasia, Marruecos, Pakistán y Reino Unido. La lista anterior comprende tanto Estados contratantes como Estados no contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. El grupo de trabajo tuvo dos reuniones vía teleconferencia los días 30 de julio de 2009 y 29 de octubre de 2009, al igual que una reunión en persona que tuvo lugar entre los días 11 y 13 de mayo de 2010 en Ottawa (Canadá). Dos Cuestionarios, uno sobre estructuras de mediación existentes y otro sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación, se hicieron circular en preparación de las teleconferencias del Grupo de Trabajo y sus respuestas se encuentran publicadas en el sitio web de la Conferencia de La Haya<sup>42</sup>. Luego de la segunda reunión vía teleconferencia, se estableció un Proyecto de Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación, que luego fue analizado y desarrollado por el Grupo de Trabajo en la reunión en persona que tuvo lugar en Ottawa. Los Principios se concluyeron en otoño de 2010 conjuntamente con un Memorando Explicativo y ambos están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en inglés, francés y árabe<sup>43</sup>.
- 16 A comienzos de 2011, algunos Estados iniciaron el proceso de implementación de los Principios en sus jurisdicciones y designaron un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación internacional en materia de familia<sup>44</sup>. En abril de 2011, el Consejo ‘recibió con agrado los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta [...] y coincidió en que los Principios deberían ser objeto de debate en la Sexta Reunión de

40 Para más información acerca del Proceso de Malta y de las Conferencias de Malta, véanse las Declaraciones de Malta (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’); véase, asimismo, el *Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño*, Vol. XVI (primavera 2010) sobre la Tercera Conferencia Judicial de Malta sobre Cuestiones Transfronterizas del Derecho de Familia (23-26 de marzo de 2009) (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Publicaciones’).

41 Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de 2009 (op. cit. nota 32), p. 2.

42 En < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’ y ‘Cross-border family mediation’ (‘Mediación Familiar Transfronteriza’) (Cuestionarios 1 y 2).

43 ‘Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta’, redactados por el Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta con la asistencia de la Oficina Permanente, noviembre de 2010 (en adelante, ‘Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación’), reproducido en el Anexo I *infra* (disponible asimismo en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’ y ‘Cross-border family mediation’ (‘Mediación Familiar Transfronteriza’)).

44 Entre estos Estados se encuentran Alemania, Australia, Estados Unidos de América, Francia y Pakistán. Para más información acerca de los Puntos de Contacto Centrales, véase el sitio web de la Conferencia de La Haya < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’ y ‘Cross-border family mediation’ (‘Mediación Familiar Transfronteriza’).

la Comisión Especial<sup>45</sup> (traducción no oficial). Al mismo tiempo, el Consejo autorizó al grupo de trabajo a continuar trabajando en la implementación de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta<sup>46</sup>.

- 17 En su reunión de junio de 2011, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 destacó ‘los esfuerzos que ya se realizan en ciertos Estados para establecer un Punto de Contacto Central de conformidad con los Principios’ y alentó a los Estados ‘a considerar el establecimiento de tal Punto de Contacto Central o la designación de su Autoridad Central como Punto de Contacto Central’<sup>47</sup>.
- 18 En la reunión en persona que tuvo lugar el 16 de abril de 2012 en La Haya, se discutieron acciones tendientes a implementar los Principios para un establecimiento eficaz de estructuras de mediación para casos de disputas transfronterizas en materia de familia, de lo que se informó al Consejo de 2012. El Consejo celebró el informe y la ‘dirección propuesta para los futuros trabajos’ y ‘accedió a que el Grupo de Trabajo continúe con su trabajo sobre implementación de estructuras de mediación, esperando la presentación de un informe adicional acerca del progreso realizado al Consejo de 2013’.<sup>48</sup>

## B Trabajo de otros organismos

- 19 La mediación y otros medios alternativos de solución de controversias también son promovidos por otros instrumentos e iniciativas multilaterales.
- 20 Un ejemplo de un instrumento regional que alienta el uso de la mediación y procesos similares es la *Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño* redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996<sup>49</sup>.
- 21 Otro ejemplo es el Reglamento (CE) Nffl 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nffl 1347/2000 (en adelante, ‘el Reglamento Bruselas IIa’)<sup>50</sup>.

45 Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (5-7 de abril de 2011) (disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Trabajo en curso’ y ‘Asuntos Generales’), Recomendación Nffl 8.

46 *Ibíd.*

47 Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación N° 61.

48 Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendación N° 9.

49 Consejo de Europa – ETS-Nffl 160, disponible en < <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/160.htm> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), art. 13 (Mediación u otros procesos de solución de controversias): ‘A fin de impedir o resolver controversias o de evitar procesos ante una autoridad judicial que afecten a los niños, las Partes alentarán la disposición de la mediación o de otros procesos a efectos de la resolución de controversias y el uso de dichos procesos a fin de llegar a un acuerdo en los casos que deban ser resueltos por las Partes’ (traducción no oficial).

50 Véase el Reglamento Bruselas IIa, Preámbulo, párr. 25:

‘Las autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental. Con este fin las autoridades centrales deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil’.

Véase, asimismo, art. 55 e):

‘A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para: [...] e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.’

- 22 Al mismo tiempo, el uso creciente de la mediación en el marco del derecho civil y comercial nacional e internacional generó varias iniciativas internacionales y regionales a efectos del desarrollo de normas y requisitos mínimos para el proceso de mediación en sí mismo<sup>51</sup>.
- 23 El 21 de enero de 1998, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación Nffl R (98) 1 sobre la mediación familiar<sup>52</sup>, que alentaba a los Estados a introducir y promover la mediación familiar o fortalecer la mediación familiar existente, mientras solicitaba, al mismo tiempo, adherencia a los principios a fin de garantizar la calidad de la mediación y la protección de las personas vulnerables afectadas. Los principios abordan la mediación familiar tanto nacional como internacional.
- 24 El 18 de septiembre de 2002, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación Rec (2002) 10 sobre mediación en materia civil<sup>53</sup>, que tiene un ámbito de aplicación más amplio y describe principios adicionales importantes para la promoción de la mediación en forma responsable.
- 25 En 2001, la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de Leyes Estatales (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) de los Estados Unidos de América desarrolló la Ley Uniforme de Mediación (*Uniform Mediation Act*)<sup>54</sup> como ley modelo tendiente a alentar el uso eficaz de la mediación y garantizar la confidencialidad de todas las comunicaciones en materia de mediación. Mientras tanto, varios estados de los EE. UU. han implementado estas normas en su jurisdicción<sup>55</sup>. En 2005, la *American Arbitration Association*, la *American Bar Association's Section of Dispute Resolution* y la *Association for Conflict Resolution*, todas ellas de EE. UU., adoptaron las 'Normas Modelo de Conducta para Mediadores' (*Model Standards of Conduct for Mediators*) mediante las que se revisaba una versión más antigua de las Normas de 1994<sup>56</sup>. Las Normas Modelo pretenden ofrecer directrices a los mediadores pero también influir en las partes de la mediación y promover la confianza pública en la mediación<sup>57</sup>.
- 26 Con la ayuda de la Comisión Europea, un grupo de partes interesadas desarrollaron el Código de Conducta Europeo para Mediadores ('*European Code of Conduct for Mediators*')<sup>58</sup>, que fue lanzado el 2 de julio de 2004. El Código de Conducta Europeo estableció una serie de principios a los que los mediadores particulares que se desempeñaban en el ámbito de la mediación civil y comercial podían adherir en forma voluntaria y en virtud de su propia responsabilidad.

51 Muchos de estos instrumentos regionales e internacionales se concentran en la solución alternativa de controversias en materia comercial, véanse, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (nota 3 *supra*) y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, adoptado en 1980, disponible en < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> > (consultados por última vez el 16 de junio de 2012).

52 Recomendación Nffl R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre mediación familiar, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1998, disponible en < <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

53 Recomendación Rec (2002) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre mediación en materia civil, adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 2002, disponible en < [http://www.coe.int/p/ffdoc/committee\\_of\\_ministers/Rec%20R\(2002\)10%20%20Mediation%20in%20civil%20matters\\_EN.pdf?PHPSESSID=67eec3ca752961761ec775207e18cbb6](http://www.coe.int/p/ffdoc/committee_of_ministers/Rec%20R(2002)10%20%20Mediation%20in%20civil%20matters_EN.pdf?PHPSESSID=67eec3ca752961761ec775207e18cbb6) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

54 El texto de la Ley Uniforme de Mediación (*Uniform Mediation Act*) (en adelante, 'LUM de los EE. UU.') en su versión reformada de agosto de 2003 se encuentra disponible en el sitio web de la *Uniform Law Commission* en < <http://www.nccusl.org> >.

55 Véase información en el sitio web de la *Uniform Law Commission* en < <http://www.nccusl.org> >.

56 El texto de las Normas Modelo de Conducta para Mediadores (*Model Standards of Conduct for Mediators*) (en adelante, 'Normas de Conducta de los EE. UU.') se encuentra disponible en < [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf) > (consultados por última vez el 16 de junio de 2012).

57 Véase el Preámbulo de las Normas de Conducta de los EE. UU.

58 Disponible en < [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

- 27 El 21 de mayo de 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea concluyeron la Directiva Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>59</sup>. De conformidad con el artículo 12 de la Directiva, los Estados miembro de la UE estaban obligados a ‘pon[er] en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deb[ía] darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 [...]’<sup>60</sup>. Otra iniciativa de la Unión Europea debería ser mencionada en este contexto: luego de un seminario ministerial organizado el 14 de octubre de 2010 por la Presidencia Belga de la Unión Europea, se estableció dentro de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil<sup>61</sup> un grupo de trabajo sobre mediación familiar en casos de sustracción internacional de niños, con el fin de elaborar una síntesis de diferentes iniciativas y trabajos vinculados y proponer medios para promover y mejorar el uso de la mediación en esta materia.
- 28 Asimismo, varios acuerdos bilaterales redactados a fin de dar tratamiento a la cuestión de las controversias familiares transfronterizas relativas a los niños promueven la solución amigable de estas disputas<sup>62</sup>.

## C Estructura de la Guía

- 29 Los Principios y las Buenas Prácticas comprendidos en la presente Guía se analizan en el siguiente orden:
- El Capítulo 1 brinda un panorama general de las ventajas y los riesgos del uso de la mediación en el marco de controversias familiares internacionales.
  - El Capítulo 2 explora los desafíos específicos que plantea la mediación en los casos de sustracción internacional de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
  - El Capítulo 3 aborda la cuestión de las cualificaciones especiales necesarias para actuar como mediador en los casos de sustracción internacional de niños.
  - Los Capítulos 4 a 13 siguen el proceso de mediación en los casos de sustracción internacional de niños por orden cronológico desde las cuestiones relativas al acceso a la mediación hasta el resultado de la mediación y sus efectos jurídicos.
  - Los últimos Capítulos están dedicados al uso de la mediación a fin de evitar las sustracciones de niños (Capítulo 14), al uso de otros mecanismos alternativos de solución de controversias destinados a lograr acuerdos amistosos en los casos de sustracción internacional de niños (Capítulo 15) y, por último, a cuestiones especiales relativas al uso de la mediación en casos ajenos al Convenio (Capítulo 16).

59 Directiva Europea sobre Mediación, (nota 5 *supra*).

60 Con relación a las medidas adoptadas por los Estados miembro de la Unión Europea para cumplir con la Directiva, véase el Atlas Judicial Europeo en < [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm) > bajo el título ‘Mediación (Directiva 2008/52/CE)’ (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

61 Para más información acerca de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, véase el sitio web de la Comisión Europea en < [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

62 Véanse, por ejemplo, art. 6 del ‘Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República Árabe de Egipto relativo a la cooperación en la protección del bienestar de los niños’ (traducción no oficial), El Cairo, 22 de octubre de 2000; art. 2 del ‘Convention entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire relative aux enfants issus de couples mixtes séparaes franco-algériens’, Alger, 21 de junio de 1988; art. 2 del ‘Protocole d’accord instituant une commission consultative belgo-marocaine en matière civile’, Rabat, 29 de abril de 1981; el texto de todos estos acuerdos bilaterales se encuentra disponible en < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >, ‘Instrumentos jurídicos’, ‘Acuerdos bilaterales’.

## D Contexto – Algunos casos típicos

- 30 Algunas situaciones de hecho típicas pueden ilustrar la utilidad de la mediación en el marco de controversias familiares internacionales relativas a los niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- a En el contexto de la sustracción internacional de niños, la mediación entre el progenitor perjudicado y el progenitor sustractor puede facilitar la restitución voluntaria del niño o algún otro resultado amistoso. Asimismo, la mediación puede contribuir a la emisión de una orden de restitución fundada en el consentimiento de las partes o a algún otro acuerdo ante el tribunal.
  - b La mediación también puede ser de utilidad cuando, en el marco de un caso de sustracción internacional de niños, el progenitor perjudicado, en principio, está dispuesto a aceptar la reubicación del niño, siempre que sus derechos de contacto se encuentren suficientemente garantizados. En este caso, un acuerdo amistoso puede evitar que el niño sea restituido a su Estado de residencia habitual con anterioridad a una posible reubicación posterior.
  - c En el curso de un proceso de restitución en virtud de un Convenio de La Haya, la mediación puede utilizarse para establecer un marco menos conflictivo y facilitar el contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso<sup>63</sup>.
  - d Luego de una orden de restitución, la mediación entre los padres puede ayudar a facilitar la restitución rápida y segura del niño<sup>64</sup>.
  - e En una etapa muy temprana de una disputa familiar relativa a los niños, la mediación puede ser de ayuda a fin de evitar la sustracción. Cuando se produce una ruptura en la relación de los progenitores y uno de ellos desea abandonar el país con el niño, la mediación puede ayudar a los progenitores a considerar la reubicación y sus alternativas y a encontrar una solución amistosa<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Este tema también se trata en la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16).

<sup>64</sup> Este tema también se trata en la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 23).

<sup>65</sup> Este tema también se trata en la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (*op. cit.* nota 23).

# La Guía

## I La importancia general de promover los acuerdos en las controversias familiares transfronterizas sobre custodia y contacto

- 31 Hay un uso creciente de la mediación y de procesos similares que facilitan la solución amigable de las controversias en derecho de familia en muchos países. Al mismo tiempo, un número creciente de Estados permiten más autonomía a las partes en la solución de controversias familiares mientras se protegen los derechos de terceros, en particular, los niños.

### I.1 Ventajas de las soluciones amistosas

→ Se deberían realizar todas las gestiones adecuadas para alentar a las partes de una controversia familiar transfronteriza respecto de los niños a lograr una solución amistosa para su controversia.

- 32 La promoción de la resolución de controversias por acuerdo ha probado ser particularmente útil en las controversias familiares que involucran niños, donde las partes del conflicto, en general, deben cooperar continuamente unas con otras. Por consiguiente, en una controversia que surge de la separación de los progenitores, un acuerdo amistoso puede ser particularmente útil para ayudar a asegurar el ‘derecho del niño a mantener regularmente [...] relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores’ como lo garantiza la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (‘CDN’)<sup>66</sup>.
- 33 Los acuerdos amistosos son más sustentables puesto que es más probable que las partes adhieran a ellos. Al mismo tiempo, ‘establecen un marco menos conflictivo para el ejercicio de la guarda y el contacto y por lo tanto son en el interés superior del niño’<sup>67</sup>. Más aún, se dice que los acuerdos amistosos son más satisfactorios para las partes; cada una de ellas puede influenciar en el resultado y participar en la búsqueda de una solución considerada ‘justa’ para ambas partes. Solucionar controversias por acuerdo evita la percepción de que como resultado una parte ‘gana’ y otra ‘pierde’. Por el contrario, los procesos judiciales que versan sobre asuntos relativos a la custodia y al contacto pueden empeorar la relación entre los progenitores y, como consecuencia de ello, los niños pueden sufrir psicológicamente<sup>68</sup>.

66 Véase art. 10(2) de la *Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño*, texto disponible en < <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

67 W. Duncan, ‘Derecho de visita / contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Informe Definitivo’, Doc. Prel. N° 5 de julio de 2002 redactado a la atención de la Comisión Especial de septiembre / octubre de 2002 (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’), párr. 89; véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 3), sección 2.1, p. 6.

68 Véanse, por ejemplo, para Alemania, las conclusiones del informe evaluativo que compara los procesos de mediación y los legales en las controversias familiares nacionales sobre custodia y contacto, encomendado por el Ministerio Federal de Justicia de Alemania, redactado por R. Greger, ‘Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten’, enero de 2010, p. 118, disponible en < <http://www.reinhard-greger.de/ikv3.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).



- 34 Entre los distintos métodos para lograr acuerdos amistosos respecto de las controversias de familia, el proceso de mediación tiene ventajas particulares; facilita la comunicación entre las partes en un ámbito informal y permite que las partes desarrollen su propia estrategia respecto de cómo superar el conflicto. La mediación es un proceso estructurado pero flexible, que se puede adaptar fácilmente a las necesidades del caso particular. Permite la discusión simultánea de consideraciones jurídicas y no jurídicas así como también la participación informal de personas (terceros) que podrían no tener una legitimación en el caso<sup>69</sup>. Otra ventaja muy importante de la mediación es que faculta a las partes a hacer frente a conflictos futuros de manera más constructiva<sup>70</sup>. Asimismo, puesto que el umbral para iniciar la mediación es generalmente más bajo que aquel para iniciar procesos judiciales, la mediación puede ser de ayuda en una etapa temprana de un conflicto antes de que eventualmente se intensifique. La mediación le puede permitir a las partes evitar procesos legales engorrosos. En las controversias familiares transfronterizas respecto de niños, donde los procesos legales en un país pueden estar seguidos o acompañados por procesos legales en otro país en lo concerniente a aspectos diferentes de la misma controversia, una solución fundada en un acuerdo puede resultar particularmente ventajosa.
- 35 Esto señala otro beneficio que puede traer aparejada la mediación, que es la efectividad de costes. La mediación puede ofrecer una vía para evitar los procesos legales costosos – costosos tanto para las partes como para el Estado<sup>71</sup>. No obstante, dado que los costes de mediación difieren inmensamente de una jurisdicción a otra y dado que algunas jurisdicciones pueden ofrecer asistencia jurídica para los procesos judiciales pero no para la mediación, no puede afirmarse que la mediación será en todos los casos menos costosa para las partes que los procesos legales. Pero al comparar costes en el caso particular, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que la mediación pueda más probablemente llevar a una solución sustentable y es por consiguiente probable que se eviten posibles procesos legales entre las mismas partes en el futuro. Por otro lado, es necesario incluir en el cálculo de los costes de mediación los costes para que el acuerdo producto de la mediación resulte vinculante y ejecutorio en las dos jurisdicciones involucradas, lo que podrá exigir la participación de las autoridades judiciales<sup>72</sup>.
- 36 Un ejemplo ilustrará algunas de las ventajas que puede tener la mediación en un caso de sustracción internacional de niños:
- *En 2005, P y M, no casados y ambos nacionales del Estado A, se mudan del Estado A al distante Estado Z junto a su hija de 2 años de edad, de quien tienen la custodia conjunta de acuerdo con la legislación tanto del Estado A como del Estado Z. El motivo de su reubicación es el empleo del padre (P) por parte de una compañía en el Estado Z. En los años siguientes, la familia se establece en el Estado Z, aunque a la madre (M) le resulta difícil adaptarse al nuevo ámbito debido a las diferencias idiomáticas y culturales. Puesto que el Estado A se encuentra a varios miles de kilómetros de distancia, las visitas familiares son poco comunes; los abuelos maternos, por lo tanto, ejercen presión sobre M para que regrese al Estado A. Como consecuencia de problemas en la relación, M finalmente decide regresar al Estado A en el año 2010. Hace los preparativos en forma secreta y después del feriado de Navidad de 2010 que ella pasa en la casa de sus progenitores en el Estado A junto a la niña, informa a su marido que ella y la niña no regresarán al Estado Z. A P esto lo toma por sorpresa y, al tomar conocimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores que está en vigor entre el Estado A y el Estado Z, presenta una solicitud de restitución y se inician los procesos de restitución en el Estado A. Al mismo tiempo, P se presenta ante los tribunales en el Estado Z para la custodia exclusiva provisoria de su hija.*

69 Véase N. Alexander (op. cit. nota 7), p. 48.

70 Véase, asimismo, K.J. Hopt & F. Steffek, (op. cit. nota 2), p. 10.

71 Véanse, por ejemplo, para **Alemania**, las conclusiones del informe evaluativo que compara los procesos de mediación y los legales en las controversias familiares nacionales sobre custodia y contacto, redactado por R. Greger (op. cit. nota 68), p. 115; véase también para el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, el informe de la Oficina Nacional de Auditoría (National Audit Office), 'Asistencia judicial y mediación para personas involucradas en una ruptura familiar' ('Legal aid and mediation for people involved in family breakdown'), marzo de 2007, pp. 8, 10, disponible en < [http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal\\_aid\\_for\\_family\\_breakdown.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

72 Véase más información respecto de los costes de mediación en la sección 4.3.

*Además de las ventajas evidentes de un acuerdo amistoso para la niña en ese caso en términos de mantener las relaciones personales y el contacto directo con ambos progenitores, una solución amigable puede ayudar a las partes a evitar una resolución judicial engorrosa y prolongada de la cuestión en los tribunales de ambos Estados involucrados. A saber: (1) procesos de restitución en el Estado A, los cuales, si no se aplica ninguna de las excepciones restringidas a la restitución, conducirá a una restitución expeditiva de la niña al Estado Z, (2) los procesos de custodia en curso en el Estado Z, que probablemente estarán seguidos por (3) procesos para la reubicación del Estado Z al Estado A iniciados por la madre. La prolongada resolución judicial de la controversia parental no sólo agotará los recursos financieros de las partes, sino que más probablemente profundizará el conflicto de los progenitores. Asimismo, si los procesos de restitución en el Estado A concluyeran con una negativa a la restitución, es probable que se sucedan otros procesos (a saber, procesos de custodia y contacto) si no se soluciona el conflicto parental.*

*Si los progenitores pudieran encontrar una solución amistosa, ambos podrían ‘seguir adelante’ y concentrarse en el ejercicio de sus responsabilidades parentales en forma amigable.*

*La mediación es flexible y se puede adaptar a las necesidades del caso específico. Por ejemplo, el procedimiento de mediación podría, si ambas partes están de acuerdo y se considera adecuado y factible, incluir discusiones con los abuelos maternos, quienes no tendrían legitimación en los procesos judiciales<sup>73</sup> del conflicto pero que ejercen una gran influencia sobre una de las partes. Garantizar su respaldo para la resolución del conflicto puede hacer que la solución sea más sustentable. A nivel organizacional, la mediación también puede resultar ventajosa, ya que se puede organizar de manera transfronteriza con sesiones de mediación a través de vínculos de video, por ejemplo, si no fuese factible la participación de las partes en persona en una reunión. ■*

## 1.2 Límites, riesgos y salvaguardias

**→ Se deberán establecer salvaguardias y garantías a fin de evitar que la participación en una mediación resulte desventajosa para cualquiera de las partes.**

- 37 Los límites y los riesgos que pueden estar vinculados con las soluciones amistosas alcanzadas en una mediación o a través de mecanismos similares de resolución de controversias no deberían tomarse normalmente como una razón para evitar el uso de estos medios como en su totalidad, sino que debería llevar a la toma de conciencia de que puede ser necesario fijar salvaguardias precisas.
- 38 No todos los conflictos de familia se pueden resolver de manera amigable. Este es un punto obvio, pero no se lo puede enfatizar de manera suficiente. Algunos casos exigen la intervención de una autoridad judicial. Esto puede estar asociado a la naturaleza del conflicto, las necesidades específicas de las partes o las circunstancias específicas del caso, así como también a los requisitos legales particulares. No se les debería denegar el acceso a la justicia a las partes que necesiten una decisión judicial. Se puede perder un tiempo precioso intentando la mediación en casos en los que una de las partes claramente no está dispuesta a participar del proceso de mediación o en casos en los que, por otro motivo, la mediación no resulte adecuada<sup>74</sup>.
- 39 Incluso cuando ambas partes hayan acordado la mediación, es necesario prestar atención a circunstancias específicas tales como posibles indicios de violencia doméstica<sup>75</sup>. El mero hecho de una reunión conjunta entre las partes en el curso de una sesión de mediación podría poner en riesgo la integridad física o psicológica de una de las partes, y de hecho, la del mismo mediador. Asimismo, se deberá considerar la posibilidad de que el consumo de drogas o alcohol de una de las partes pueda resultar en la incapacidad de esa persona de proteger sus intereses.

<sup>73</sup> En algunos Estados, los abuelos pueden tener derecho propio de contacto y pueden, por lo tanto, ser parte de procesos judiciales con respecto al contacto con el niño.

<sup>74</sup> La cuestión de evaluar la aptitud para la mediación se trata en detalle en la sección 4.2 *infra*.

<sup>75</sup> Véase Capítulo 10 sobre el tema de violencia doméstica.

- 40 La evaluación de los casos respecto de su aptitud para la mediación es una herramienta esencial para identificar casos de riesgo específico<sup>76</sup>. Se deberían someter a revisión los posibles casos de mediación respecto de la presencia de violencia doméstica, así como también el consumo de drogas o alcohol y otras circunstancias que puedan afectar la aptitud de un caso para la mediación. Cuando aún se considera factible la mediación en un caso de violencia doméstica<sup>77</sup>, es necesario adoptar las salvaguardias precisas a fin de proteger la seguridad de las personas afectadas. Asimismo, se debe prestar atención a las diferencias de poder de negociación, ya sea como resultado de violencia doméstica u otras circunstancias o las que resulten simplemente de las personalidades de las partes.
- 41 Puede, asimismo, existir el riesgo de que la solución amistosa no tenga efecto jurídico y, por lo tanto, no pueda proteger los derechos de las partes en caso de otra controversia. Existen varias razones posibles para esto. El acuerdo producto de la mediación, en todo o en parte, puede estar en conflicto con el derecho aplicable o no ser jurídicamente vinculante y ejecutorio si el acuerdo no ha sido registrado, aprobado por un tribunal o incluido en una orden judicial, cuando así se lo exija. Se debe resaltar en este contexto que varias jurisdicciones limitan la autonomía de las partes con respecto a determinados aspectos del derecho de familia<sup>78</sup>. Por ejemplo, en algunos sistemas, los acuerdos sobre responsabilidad parental pueden no tener efecto jurídico excepto que sean aprobados por un tribunal. Asimismo, muchos sistemas jurídicos restringen la capacidad de un progenitor de limitar el monto a pagar en concepto de alimentos para el niño mediante acuerdo.
- 42 En particular, en controversias familiares transfronterizas, la situación jurídica es compleja. Se debe tener en cuenta la interacción de dos o más sistemas jurídicos. Es importante que los progenitores se encuentren bien informados respecto del derecho aplicable a los temas que se tratan en la mediación así como también del derecho aplicable al propio proceso de mediación, incluida la confidencialidad, y respecto del modo de otorgar efecto jurídico a sus acuerdos en ambos sistemas jurídicos involucrados (o en todos ellos)<sup>79</sup>.
- 43 Algunos de los riesgos que pueden surgir cuando se redactan acuerdos sin tener en cuenta todos los aspectos necesarios de la situación jurídica están ilustrados por las siguientes variaciones del ejemplo dado en el párrafo 36.

#### VARIACIÓN 1

*Con posterioridad al traslado ilícito de la niña del Estado Z al Estado A por parte de la madre (M), los progenitores acuerdan que M regresará al Estado Z con la niña con la condición de que el padre (P) provea, hasta tanto hayan finalizado los procesos de custodia en el Estado Z, los alimentos necesarios para permitirle al progenitor que regresa permanecer en el Estado Z con la niña, incluido el uso del hogar familiar, a la vez que P promete residir en otra ubicación para evitar más disputas. Posteriormente M, confiando en el acuerdo, regresa al Estado Z con la niña, pero P se niega a dejar el hogar familiar y a mantener financieramente a M. Dado que el acuerdo parental no resultó ejecutorio ni en el Estado A ni en el Estado Z antes de su implementación, y dado que ninguno de los Estados considera que un acuerdo parental de ese tipo tiene efecto jurídico sin la aprobación del tribunal, un progenitor puede fácilmente incumplir el acuerdo en perjuicio del otro progenitor.*

#### VARIACIÓN 2

*Con posterioridad al traslado ilícito de la niña del Estado Z al Estado A por parte de la madre (M), los progenitores acuerdan que la niña debe permanecer con M en el Estado A y que cada año pasará parte del receso escolar con su padre (P) en el Estado Z. Tres meses después del traslado ilícito, la niña viaja al Estado Z para pasar el feriado de Pascuas con P. Al finalizar el feriado, P se niega a enviar a la niña de regreso al Estado A. Afirma que no está reteniendo a la niña ilícitamente ya que la niña está de regreso en su lugar de residencia habitual del que ella se había alejado debido al traslado ilícito por parte de M. P también hace referencia a la orden de custodia exclusiva provisoria que le otorgara el tribunal competente en el Estado Z inmediatamente después del traslado ilícito por parte de M. Nuevamente, en los casos en donde la solución producto de la mediación no se torne jurídicamente vinculante en las jurisdicciones pertinentes con anterioridad a su implementación práctica, aquella puede ser fácilmente desobedecida por uno de los progenitores.*

<sup>76</sup> Para más detalles, véase sección 4.2.

<sup>77</sup> Véase Capítulo 10 sobre el tema de violencia doméstica.

<sup>78</sup> Para más detalles, véase Capítulo 12.

<sup>79</sup> Véanse sección 6.1.7 'Toma de decisiones fundadas' y Capítulos 12 y 13 *infra*.

### VARIACIÓN 3

*La niña es trasladada ilícitamente del Estado Z a un tercer Estado T donde la madre (M) desea reubicarse por motivos laborales. Si bien el padre no casado perjudicado (P) tiene derechos de custodia ex lege en virtud de la legislación del Estado A y del Estado Z, no tiene derechos de custodia de acuerdo con la legislación del Estado T. El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños no está en vigor entre estos Estados. Desconociendo esta situación, P presta su consentimiento a la reubicación de la madre y la niña en el Estado T con la condición de que él pueda mantener un contacto personal regular con la niña. El acuerdo producto de la mediación, redactado sin considerar la situación jurídica, no es registrado ni de modo alguno formalizado; no tiene efecto jurídico en virtud de la legislación del Estado Z ni del Estado T. Un año más tarde, M interrumpe el contacto entre el padre y la niña. De acuerdo con la legislación del Estado T, que es, en este caso, actualmente aplicable a los derechos de custodia y contacto debido al cambio en la residencia habitual de la niña, el padre no casado no tiene ningún derecho parental con respecto a la niña<sup>80</sup>.*

- 44 Otro tema difícil en la mediación de las controversias familiares internacionales en materia de custodia y contacto es cómo mejor proteger los derechos del niño involucrado. El tribunal en un fallo de contacto o custodia tomará - de acuerdo con la ley de la mayoría de los países - en consideración el interés superior del niño y, en muchas jurisdicciones, en este contexto, se escuchará la opinión del niño en forma directa o indirecta si tiene la edad y la madurez suficientes. La mediación difiere de manera sustancial de los procesos judiciales en lo que respecta a introducir la opinión del niño en el proceso. Un juez podrá, dependiendo de la edad y la madurez del niño, escuchar al niño en persona o hacer que lo entreviste un especialista con las salvaguardias pertinentes para proteger la integridad psicológica del niño. Las opiniones del niño pueden en consecuencia ser tomadas en cuenta por el juez directamente. Las facultades procesales de un mediador, por el contrario, son limitadas. No tiene poder interrogativo alguno y no podrá, como sí pueden hacerlo los jueces en algunos países, citar al niño a una audiencia o exigir un interrogatorio pericial del niño<sup>81</sup>. Es necesario adoptar salvaguardias a fin de proteger los derechos y el bienestar de los niños en la mediación<sup>82</sup>.

### 1.3 Importancia general de vinculación con los procedimientos legales pertinentes

- La mediación y demás procesos para alcanzar soluciones amistosas respecto de controversias familiares deberían verse por lo general como un complemento de los procedimientos legales, no como un reemplazo.
- No debería restringirse el acceso a los procesos judiciales.
- La mediación en las controversias familiares internacionales debe tener en cuenta las leyes nacionales e internacionales pertinentes, para preparar el terreno para un acuerdo de mediación que sea compatible con las leyes pertinentes.
- Los procedimientos legales deberían estar disponibles para otorgar efecto jurídico al acuerdo producto de la mediación.

80 Si el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños está en vigor entre el Estado T y el Estado Z, la responsabilidad parental *ex lege* del padre subsistirá; véase art. 16, párr. 3 del Convenio. Véase, asimismo, P. Lagarde, Informe Explicativo sobre el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, en *Actas y Documentos de la Decimotava Sesión (1996)*, Tomo II, *Protección de los Niños*, La Haya, SDU, 1998, pp. 535-605, pp. 579, 581 (también disponible en < www.hcch.net >, 'Publicaciones').

81 Véase, asimismo, en la sección de Terminología *supra*, 'Mediación'.

82 Véase sección 6.1.6 sobre la consideración de los intereses y del bienestar del niño en el marco de la mediación y Capítulo 7 sobre la participación del niño.

- 45 Es importante observar que la mediación y otros procesos análogos que facilitan soluciones amistosas no deberían ser vistos como un reemplazo completo de los procedimientos judiciales, sino como un complemento<sup>83</sup>. Un vínculo estrecho entre estos procesos puede ser fructífero de muchas maneras y al mismo tiempo ayudar a superar ciertas fallas que existen tanto en los procesos judiciales como en los mecanismos de solución amigable de controversias, tales como la mediación<sup>84</sup>. Cabe señalar que aún cuando la mediación y los procesos similares introducidos en una instancia temprana de una controversia familiar internacional pueden evitar el litigio, frecuentemente se requerirán ‘procesos judiciales’ complementarios para tornar una solución amistosa jurídicamente vinculante y ejecutoria en todos los sistemas jurídicos involucrados<sup>85</sup>.
- 46 Cuando se ofrece la mediación a las partes de una controversia familiar internacional, es necesario informarles de que la mediación no es su único recurso. El acceso a los procesos judiciales deberá estar disponible<sup>86</sup>.
- 47 La situación jurídica en las controversias familiares internacionales es, por lo general, compleja. Es importante que las partes tengan acceso a la información legal pertinente<sup>87</sup>.
- 48 En las controversias familiares internacionales, reviste particular importancia garantizar que el acuerdo de mediación tenga efecto jurídico en las jurisdicciones pertinentes, antes de que comience la puesta en práctica del acuerdo<sup>88</sup>. Se deberían poner a disposición de las partes los procedimientos apropiados para otorgar efecto jurídico a los acuerdos de mediación, sea mediante una aprobación del tribunal, sea por inscripción en él o de otro modo<sup>89</sup>. Nuevamente, la estrecha cooperación entre los mediadores y los representantes legales de las partes puede

83 Véase, asimismo, Recomendación del Consejo de Europa Rec (2002) 10 sobre mediación en materia civil (véase nota 53 *supra*), Preámbulo: ‘Observando que si bien la mediación puede ayudar a reducir las controversias y la carga laboral de los tribunales, no puede ser un reemplazo para un sistema judicial eficiente, justo y fácilmente accesible’; y Principio III, 5 (Organización de la mediación): ‘Incluso si las partes hacen uso de la mediación, debería estar disponible el acceso a los tribunales, ya que constituye la extrema garantía de protección de los derechos de las partes.’

84 Debería agregarse que si los medios de solución amigable de controversias deben utilizarse en un caso de sustracción internacional de niños, el vínculo estrecho con los procesos judiciales no sólo es fructífero sino prácticamente inevitable. Para más información, véase, en particular, sección 2.2 *infra*.

85 Los procesos requeridos para tornar un acuerdo de mediación jurídicamente vinculante y ejecutorio difieren de un sistema jurídico al otro. Para más detalles sobre el tema, véanse Capítulos 12 y 13 *infra*.

86 Véase, asimismo, Recomendación del Consejo de Europa Rec (2002) 10 sobre mediación en materia civil (véase nota 53 *supra*), Principio III, 5 (Organización de la mediación): ‘5. Incluso si las partes hacen uso de la mediación, debería estar disponible el acceso a los tribunales, ya que constituye la extrema garantía de protección de los derechos de las partes’. Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 5.1, p. 17.

87 Véanse sección 6.1.7 y Capítulos 12 y 13 *infra*; sobre el rol de las Autoridades Centrales y otros organismos para facilitar el suministro de esta información, así como también respecto del rol de los representantes de las partes, véase sección 4.1 *infra*.

88 Véase, asimismo, Principios para el Establecimiento de las Estructuras de Mediación en el Anexo 1 *infra*; véanse Capítulos 11, 12 y 13 *infra*.

89 Véase, asimismo, la Directiva Europea sobre mediación (nota 5 *supra*), art. 6 (Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación):

‘1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.

4. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1.’

ser de mucha ayuda en este sentido, así como también el suministro de información útil por parte de las Autoridades Centrales o los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional<sup>90</sup>.

## 2 El uso de la mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores – Una visión general de los desafíos específicos

- 49 El Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores promueve la búsqueda de soluciones amigables. El artículo 7 dispone que las Autoridades Centrales ‘deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan [...] c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable’, lo que se repite parcialmente en el artículo 10: ‘La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor’.
- 50 El Capítulo 2 de la presente Guía está destinado a orientar la atención a los desafíos específicos de utilizar la mediación en los casos de sustracción internacional de niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- 51 No es posible enfatizar de manera suficiente que existe una diferencia entre la mediación de familia nacional y la mediación de familia internacional. La mediación en las controversias familiares internacionales es mucho más compleja y exige que los mediadores tengan una formación pertinente más amplia. La interacción de dos sistemas jurídicos distintos, diferentes culturas e idiomas hacen la mediación mucho más difícil en estos casos. Al mismo tiempo, los riesgos que conllevan las partes que confían en los acuerdos de mediación que no toman en cuenta la situación jurídica y no tienen efecto jurídico en las jurisdicciones involucradas son mucho mayores. Las partes pueden no estar al tanto de que el traslado transfronterizo de personas o mercaderías, al cual ellas han consentido, tendrá como consecuencia un cambio de su situación jurídica. En lo que respecta a los derechos de custodia o contacto, por ejemplo, la residencia habitual es un ‘punto de conexión’ utilizado ampliamente en el derecho internacional privado. Por lo tanto, el cambio de la residencia habitual del niño de un país a otro luego de la implementación de un acuerdo parental puede afectar la competencia y el derecho aplicable respecto de la custodia y el contacto, y puede, en consecuencia, afectar la evaluación legal de los derechos y obligaciones de las partes<sup>91</sup>.
- 52 Los casos de sustracción internacional de menores están caracterizados por involucrar altos niveles de tensión entre las partes. El progenitor perjudicado, comúnmente afectado como consecuencia de la pérdida repentina, puede ser arrastrado por el temor a no ver a su hijo nuevamente mientras que el progenitor sustractor, una vez que se da cuenta de las consecuencias totales de su accionar, puede temer procesos legales, una restitución forzosa y un posible impacto negativo en los procesos de custodia. Además de las dificultades prácticas de cómo embarcar a los progenitores en un proceso de mediación constructivo, existe la amplia necesidad de acción expeditiva. Pueden surgir otras dificultades de procesos penales iniciados en contra del progenitor sustractor en el país de la residencia habitual del niño, así como también de cuestiones de visado e inmigración.

---

90 Sobre el rol de las Autoridades Centrales y otros organismos para facilitar el suministro de esta información, así como también respecto del rol de los representantes de las partes, véase sección 4.1 *infra*.

91 Véanse Capítulos 12 y 13 *infra*.

## 2.1 Plazos / Procesos expeditivos

- La mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe tratarse con celeridad.
- La mediación no debería resultar en demoras en los procesos de restitución de La Haya.
- Se les debe informar a las partes de la disponibilidad de la mediación lo antes posible.
- Se debe evaluar la aptitud para la mediación del caso particular.
- Los servicios de mediación en los casos de sustracción internacional de niños deben proporcionar la programación de las sesiones de mediación con poca antelación.
- Se debería considerar iniciar procesos de restitución antes de comenzar la mediación.

- 53 El tiempo es extremadamente importante en los casos de sustracción internacional de niños. El Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores pretende garantizar la restitución rápida del niño al Estado de residencia habitual<sup>92</sup>. Es el objetivo del Convenio de 1980 restablecer el *statu quo ante* de la sustracción tan pronto como sea posible para atenuar los efectos nocivos del traslado o de la retención ilícitos para el niño. El Convenio de 1980 protege los intereses del niño al evitar que un progenitor obtenga ventajas a través del establecimiento de ‘vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia [(exclusiva)] de un menor’<sup>93</sup>.
- 54 Debe enfatizarse que, en los casos de sustracción, el tiempo juega a favor del ‘progenitor sustractor’; cuanto más tiempo permanece el niño en el país de sustracción sin que se resuelva la controversia familiar subyacente, más difícil resulta restablecer la relación entre el niño y el progenitor perjudicado. La demora puede afectar los derechos del progenitor perjudicado, pero más importante aún menoscaba el derecho del niño afectado a mantener un contacto ininterrumpido con ambos progenitores, un derecho consagrado en la CDN<sup>94</sup>.
- 55 Cuando los procesos de restitución se inician ante un tribunal más de un año después de la sustracción, el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores le otorga discreción al tribunal para rechazar la restitución, con la condición de que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (art. 12(2)).
- 56 La mediación en los casos de sustracción de niños debe llevarse adelante con celeridad en cualquier etapa en que se introduzca. La acción de burlar el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores en perjuicio del niño afectado es uno de los temas más importantes contra el cual se deben establecer salvaguardias en el uso de la mediación<sup>95</sup>. Al igual que resulta en interés de todos que se intente una solución amigable de un conflicto familiar internacional, se debe impedir el uso indebido de la mediación por parte de uno de los progenitores como táctica dilatoria.
- 57 Encargadas de una solicitud de restitución, las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores tratarán, por lo general, tan pronto como se conozca la localización del niño, de lograr una restitución voluntaria del menor (artículos 7(2) c) y 10). En esta etapa temprana, cuando se encuentren disponibles los servicios adecuados para los casos de sustracción de niños, ya debería sugerirse la mediación. Véase, asimismo, Capítulo 4 *infra* (‘Acceso a la mediación’).

<sup>92</sup> Véase el Preámbulo del Convenio de 1980.

<sup>93</sup> Véase E. Pérez-Vera, Informe Explicativo sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tomo II, *Sustracción de Menores*, La Haya, Imprimerie Nationale, 1998, pp. 425-476, en p. 428, párr. 11 (también disponible en < www.hcch.net >, ‘Publicaciones’).

<sup>94</sup> Véase art. 10(2) de la CDN.

<sup>95</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 42 y ss.

- 58 Antes de que se intente la mediación, debería evaluarse la aptitud para la mediación del caso específico de sustracción de niños, a fin de evitar demoras innecesarias<sup>96</sup>.
- 59 Los servicios de mediación ofrecidos para los casos de sustracción en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores deben notificar la programación de las sesiones de mediación con poca antelación. Esto exige mucha flexibilidad por parte de los mediadores involucrados. Sin embargo, se puede disminuir la carga con la asistencia de un equipo de mediadores cualificados que estén comprometidos con un sistema que asegure la disponibilidad con poca antelación.
- 60 En algunos Estados, los programas de mediación desarrollados específicamente para los casos de sustracción internacional de niños ya están prestando esos servicios de manera exitosa<sup>97</sup>. Típicamente, podrán ofrecer dos o tres sesiones de mediación distribuidas en un mínimo de dos días (generalmente corridos) y cada sesión tendrá una duración de hasta tres horas<sup>98</sup>.
- 61 Se debería considerar la institución de procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya antes de comenzar la mediación. La experiencia en varios países ha demostrado que la iniciación inmediata de procesos de restitución seguidos, cuando fuera necesario<sup>99</sup>, de una suspensión de

96 Para más información sobre el examen inicial, en particular, respecto de qué temas pueden influenciar la aptitud para la mediación así como también quién puede llevar adelante el examen, véase sección 4.2.

97 Por ejemplo, en el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, la organización no gubernamental *reunite International Child Abduction Centre* (en adelante, 'reunite') ha ofrecido servicios de mediación especializados en casos de sustracción internacional de niños durante más de 10 años, véase el sitio web de *reunite* < [www.reunite.org](http://www.reunite.org) >; véase, asimismo, el informe de octubre de 2006 sobre 'Mediación en la Sustracción Parental Internacional de Niños – El Programa Piloto de Mediación de *reunite*' (en adelante, 'Informe de 2006 sobre el Programa Piloto de Mediación de *reunite*'), disponible en < <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012). En **Alemania**, la organización sin fines de lucro MiKK e V., fundada en 2008 por las asociaciones alemanas BAFM y BM, continúa el trabajo de estas últimas asociaciones en materia de 'Mediación en Controversias Internacionales que Involucran a Padres e Hijos', que incluye la mediación especializada en los casos de sustracción en virtud del Convenio de La Haya. Actualmente hay disponibles servicios de mediación bajo cuatro programas de co-mediación binacional: el proyecto **germano-polaco** (comenzado en el año 2007), el proyecto **germano-estadounidense** (comenzado en el año 2004), el proyecto **germano-británico** en cooperación con *reunite* (comenzado en 2003/4) y el proyecto **germano-francés** que continúa el trabajo del programa de mediación franco-germano organizado y financiado por los Ministerios de Justicia de Francia y Alemania (2003-2006). Un quinto programa de mediación que involucra a mediadores **alemanes** y **españoles** se encuentra en proceso de preparación, véase < [www.mikk-ev.de](http://www.mikk-ev.de) >. En los **Países Bajos**, la organización no gubernamental *Centrum Internationale Kinderontvoering* (IKO) ofrece servicios de mediación especializados en los casos de sustracción de niños en virtud del Convenio de La Haya organizados a través de su Oficina de Mediación desde el 1 de noviembre de 2009, véase < [www.kinderontvoering.org](http://www.kinderontvoering.org) >; véase, asimismo, R.G. de Lange-Tegelaar, 'Regiezittingen in mediation in internationale kinderonvoeringszaken', *Trema Special*, Nffi 33, 2010, pp. 486, 487.

98 Véanse, e.g., los servicios de mediación ofrecidos en el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)** por *reunite* (< [www.reunite.org](http://www.reunite.org) >), y el informe de octubre de 2006 sobre el Programa Piloto de Mediación de *reunite*' (*op. cit.* nota 97), p. 11. Véanse, asimismo, los servicios ofrecidos en **Alemania** a través de la asociación MiKK e.V., y S. Kiesewetter & C.C. Paul, "Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines" en C.C. Paul & S. Kiesewetter (Eds), 'Cross-Border Family Mediation - International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases', Wolfgang Metzner Verlag, 2011, pp. 39 y ss.. Véase, asimismo, en los **Países Bajos**, el Programa Piloto de Mediación Holandés que utiliza sesiones de 3x3 horas en el curso de dos días, véase I. Bakker, R. Verwijs *et al.*, *Evaluatie Pilot Internationale Kinderontvoering*, julio de 2010, p. 77.

99 Los Estados que no suspenden los procesos de restitución para la mediación son, por ejemplo, **Alemania**, **Francia** y los **Países Bajos**. En **Alemania** y los **Países Bajos**, la mediación en los casos de sustracción internacional está integrada al esquema de los procesos judiciales, i.e., la mediación tiene lugar dentro de un período breve de 2-3 semanas antes de la (próxima) audiencia del tribunal. Por lo tanto, en estos Estados, no es necesaria la suspensión de los procesos. En **Francia**, la mediación es llevada a cabo como un procedimiento paralelo a los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya e independiente de ellos; i.e. los procesos de restitución siguen los plazos usuales independientemente de si hay una mediación en curso o no. Un resultado amigable al que se arriba en un procedimiento paralelo de mediación puede ser introducido en los procesos de restitución en cualquier momento.



estos procesos por mediación funciona bien<sup>100</sup>. Este enfoque tiene varias ventajas<sup>101</sup>:

- a Puede afectar positivamente la motivación del progenitor sustractor de involucrarse en encontrar una solución amigable cuando, de otro modo, se vería frente a la opción concreta de procesos judiciales.
- b El tribunal podrá establecer un plazo claro dentro del cual se deben celebrar las sesiones de mediación. Así se evita el uso indebido de la mediación como táctica dilatoria y el progenitor sustractor no podrá obtener ninguna ventaja del uso del artículo 12(2) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- c El tribunal podrá adoptar las medidas de protección necesarias para evitar que el progenitor sustractor lleve al niño a un tercer país o pase a la clandestinidad.
- d La posible presencia del progenitor perjudicado en el país al cual se sustrajo al niño para asistir a la audiencia del tribunal de La Haya puede ser utilizada para organizar una secuencia breve de sesiones de mediación en persona sin generar costes adicionales de traslado para el progenitor perjudicado.
- e El tribunal que entiende en el caso podría, dependiendo de su competencia en esta materia, decidir acuerdos de contacto provisionales entre el progenitor perjudicado y el niño, lo que evita la alienación y puede tener un efecto positivo en el propio proceso de mediación.
- f Puede estar disponible el financiamiento para la mediación ordenada por el tribunal.
- g Asimismo, el hecho de que las partes tengan muy probablemente en esta etapa la representación de un especialista jurídico ya ayuda a garantizar que las partes tendrán acceso a la información jurídica pertinente en el curso de la mediación.
- h Por último, el tribunal puede dar seguimiento al resultado de la mediación y garantizar que el acuerdo tendrá efecto jurídico en el sistema jurídico al cual se sustrajo al niño, al convertir el acuerdo en una orden del tribunal o adoptando otras medidas<sup>102</sup>. El tribunal podrá, asimismo, asistir en garantizar que el acuerdo tenga efecto jurídico en las demás jurisdicciones pertinentes.

62 Sin embargo, el interrogante respecto de cuándo iniciar procesos de restitución cuando la mediación es una opción puede tener diferentes respuestas. Dependiendo de cómo se organicen los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya en el sistema jurídico pertinente, y dependiendo de las circunstancias del caso, el inicio de la mediación antes de la institución del proceso de restitución puede ser una opción. En Suiza, por ejemplo, la legislación que implementa el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores proporciona a la Autoridad Central la posibilidad concreta de iniciar los procedimientos de conciliación o mediación antes de la institución del proceso de restitución<sup>103</sup>. Además, la legislación de aplicación suiza enfatiza la importancia de intentar arribar a una solución amistosa del conflicto solicitando al tribunal que, una vez instituido el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, inicie los procedimientos de mediación o conciliación cuando la Autoridad Central aún no lo haya hecho<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Por ejemplo, Alemania y el Reino Unido; véase, asimismo, S. Vigers, 'Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention' (*op. cit.* nota 95), pp. 45 y ss.

<sup>101</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 2.4, p. 10.

<sup>102</sup> Con relación al tema de tornar al acuerdo ejecutorio y al tema de la competencia, véanse Capítulos 12 y 13 *infra*.

<sup>103</sup> Véanse el artículo 4 de la Ley Federal Suiza ('Swiss Federal Act') de 21 de diciembre de 2007 sobre Sustracción Internacional de Niños y los Convenios de La Haya sobre Protección de Niños y Adultos, que entraron en vigor el 1 de julio de 2009 (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007*), disponible en < <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/211.222.32.de.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), traducción no oficial en inglés disponible en < <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/211.222.32.en.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012); véase también A. Bucher, 'The new Swiss Federal Act on International Child Abduction', *Journal of PIL*, 2008, pp. 139 y ss. en 147.

<sup>104</sup> Artículo 8 de la Ley Federal Suiza de 21 de diciembre de 2007.

- 63 Independientemente de si la mediación o procesos similares son introducidos en casos de sustracción internacional de niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores con anterioridad a la institución del proceso de restitución o luego de ella, es de extrema importancia que los Estados contratantes adopten salvaguardias para asegurarse de que la mediación y los procesos similares tengan lugar dentro de plazos muy claros y limitados.
- 64 Respecto del alcance de la mediación, se deberá encontrar un justo equilibrio entre otorgarle al proceso de comunicación entre las partes el tiempo suficiente y no dilatar los posibles procesos de restitución<sup>105</sup>.

## 2.2 Estrecha cooperación con las autoridades administrativas / judiciales

→ Los mediadores y los organismos que ofrecen mediación en los casos de sustracción internacional de niños deberían cooperar estrechamente con las Autoridades Centrales y los tribunales.

- 65 Los mediadores y los organismos que ofrecen mediación en los casos de sustracción internacional de niños deberían cooperar estrechamente con las Autoridades Centrales y los tribunales a nivel organizacional a fin de garantizar una resolución diligente y eficiente de la cuestión. Los mediadores deberán dar lo mejor de sí para hacer que los aspectos organizativos de los procedimientos de mediación sean lo más transparente posible, a la vez que se protege la confidencialidad de la mediación. Por ejemplo, la Autoridad Central y el tribunal interviniente deben ser informados de si la mediación se realizará o no en el caso en cuestión. Lo mismo ocurre cuando se finaliza o interrumpe la mediación. Esta información debería comunicarse diligentemente a la Autoridad Central y al tribunal que entiende en el caso. En consecuencia, es aconsejable que en casos de sustracción internacional de niños, la Autoridad Central y/o el tribunal competente mantengan un vínculo estrecho con los servicios especializados en mediación en el plano administrativo<sup>106</sup>.

## 2.3 Más de un sistema jurídico involucrado; ejecutoriedad del acuerdo en ambas jurisdicciones involucradas (o en todas ellas).

- Los mediadores deben ser conscientes de que la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe tener lugar en el contexto de la interacción entre dos o más sistemas jurídicos y del marco jurídico internacional aplicable.
- Las partes deben tener acceso a la información jurídica pertinente.

- 66 Pueden surgir dificultades específicas para el propio proceso de mediación del hecho de que esté involucrado más de un sistema jurídico. A fin de encontrar una solución sustentable para las partes que pueda tener efecto jurídico, resulta entonces importante considerar las legislaciones de ambos sistemas jurídicos involucrados (o de todos ellos), así como también el derecho regional o internacional aplicable al caso en cuestión.
- 67 Ya se ha hecho hincapié en la sección 1.2 *supra* en cuán peligroso puede ser que las partes confíen en acuerdos de mediación que no tienen efecto jurídico en las jurisdicciones pertinentes. Los

<sup>105</sup> Véase Capítulo 5 *infra*; véanse, asimismo, las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial, (*op. cit.* nota 34), Recomendación N° 1.II, 'Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución', reiterada en las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (*ídem*), Recomendación N° 1.3.1.

<sup>106</sup> Por ejemplo, en Alemania, la Autoridad Central celebró un contrato de cooperación con la organización especializada en mediación MiKK e.V., que incluye, *inter alia*, los términos de un intercambio de información rápido a nivel organizacional.

mediadores que llevan adelante mediaciones en las controversias familiares internacionales relativas a los niños tienen la responsabilidad de llamar la atención de las partes sobre la importancia de obtener información jurídica pertinente y asesoramiento jurídico especializado. En este contexto, debe señalarse que los mediadores, aún aquellos que poseen la debida formación jurídica especializada, no están en posición de brindar asesoramiento jurídico a las partes.

- 68 La información jurídica resulta particularmente útil con respecto a dos aspectos: en primer lugar, el contenido del acuerdo de mediación, que debe ser compatible con los requisitos legales; y en segundo lugar, el tema de cómo otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación en los dos o más sistemas jurídicos involucrados. Ambos están estrechamente ligados.
- 69 Se les debe hacer tomar conciencia a las partes de que el asesoramiento jurídico especializado puede ser necesario con respecto a los enfoques de los sistemas jurídicos pertinentes hacia el derecho aplicable a las cuestiones abordadas en la mediación. Se puede restringir la autonomía de los progenitores con relación a los acuerdos sobre custodia y contacto respecto de su hijo en cuanto a que la ley puede prever la aprobación obligatoria de cualquiera de esos acuerdos por parte de un tribunal para garantizar que se asegure el interés superior del niño<sup>107</sup>. A la vez, los progenitores deberán comprender que, una vez que un acuerdo de mediación tenga efecto jurídico en una jurisdicción, pueden ser necesarias otras gestiones para conferirle efecto jurídico en el/los otro/s sistema/s jurídico/s involucrado/s en el caso<sup>108</sup>.
- 70 Las partes deberían, idealmente, tener acceso a la información jurídica pertinente a lo largo del proceso de mediación. Es por ello que muchos mediadores que trabajan en el ámbito de la sustracción internacional de niños alientan a las partes a tener representantes legales especializados durante todo el proceso de mediación. La información relevante también puede ser proporcionada por las Autoridades Centrales o los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional<sup>109</sup>.

## 2.4 Contextos culturales y religiosos diferentes

→ La mediación en las controversias familiares internacionales debería considerar debidamente la posibilidad de que las partes tengan contextos culturales y religiosos diferentes.

- 71 Uno de los desafíos particulares de la mediación familiar internacional en general es que comúnmente las partes tienen contextos culturales y religiosos diferentes. Sus valores y expectativas con respecto a muchos aspectos del ejercicio de la responsabilidad parental, como la educación de sus hijos, puede diferir inmensamente<sup>110</sup>. Los contextos culturales y religiosos de las partes podrán también afectar el modo en que se comunican entre ellas y con el mediador<sup>111</sup>. El mediador debe ser consciente de que parte de la controversia familiar puede ser causada por malos entendidos debido a la falta de reconocimiento de las diferencias culturales de la otra parte<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Véase Capítulo 12.

<sup>108</sup> Véanse Capítulos 12 y 13.

<sup>109</sup> Respecto del rol de las Autoridades Centrales y otros organismos para facilitar el suministro de información así como también el rol de los representantes de las partes, véase sección 4.1 *infra*.

<sup>110</sup> Véase, e.g., K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell*, St. Paul, 2003, pp. 55, 56; D. Ganancia, 'La médiation familiale internationale', *Érès*, Ramonville Saint-Agne 2007, 132 y ss; R. Chouchani Hatem, 'La différence culturelle vécue au quotidien dans les couples mixtes franco-libanais', *Revue Scientifique de LAIFI*, Tomo 1, Nffl 2, Automne 2007, pp. 43-71; K. Kriegel, 'Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten - Rechtliche Grundlagen, Interkulturelle Aspekte, Handwerkszeug für Mediatoren, Einbindung ins gerichtliche Verfahren, Muster und Arbeitshilfen*, Verlag C.H. Beck, 2009, pp. 91-104; M.A. Kucinski, 'Culture in International Parental Kidnapping Mediations', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2009, pp. 555-582, en 558 y ss.

<sup>111</sup> Véase, e.g., K.K. Kovach (*loc. cit.* nota 110), que señala que el contacto visual en algunas culturas puede ser considerado un insulto o una muestra de falta de respeto, mientras que en la mayoría de las culturas occidentales es por el contrario un signo de escucha activa. D. Ganancia, 'La médiation familiale internationale' (*idem*), 132 y ss.

<sup>112</sup> Véase K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), p. 56.

- 72 Los mediadores que llevan adelante la mediación en esos casos deberán tener una buena comprensión de las culturas y el/los contexto/s religioso/s de las partes<sup>113</sup>. En este sentido se necesita una formación específica<sup>114</sup>. Cuando hay una selección de mediadores especializados disponible y factible para las partes, puede ser de ayuda emplear mediadores versados en los contextos culturales y religiosos de las partes o que compartan el contexto de una de las partes y sean versados en la cultura y religión de la otra.
- 73 Un modelo que se ha seguido con éxito en algunos programas de mediación y que fue desarrollado especialmente para las sustracciones transfronterizas de niños que involucren a progenitores de diferentes Estados de origen es el de la mediación ‘binacional’<sup>115</sup>. Aquí, el requisito de que los mediadores tengan una buena comprensión de los contextos culturales de las partes se cumple al emplear, en la co-mediación, a dos mediadores de ambos Estados involucrados, cada uno de los cuales se encuentra informado respecto de la otra cultura. El término ‘binacional’ podría significar ‘bicultural’ en este contexto. Es importante resaltar que los mediadores son neutrales e imparciales y no representan a ninguna de las partes<sup>116</sup>.

## 2.5 Dificultades idiomáticas

→ En la mediación, cada parte debería, en la medida de las posibilidades, tener la oportunidad de hablar un idioma con el cual se sienta cómodo.

- 74 Otro desafío de la mediación en las controversias familiares internacionales surge cuando las partes de la controversia hablan lenguas maternas diferentes. Cuando las partes tienen distintas lenguas maternas, podrán en la mediación, al menos temporariamente, preferir hablar en su propio idioma. Este puede ser el caso incluso si una de las partes domina el idioma de la otra o se encuentra cómoda usando un idioma que no es su lengua materna en el contexto diario de su relación. En las circunstancias emocionalmente estresantes de tratar su controversia, las partes simplemente pueden preferir hablar su propia lengua materna, y esto podría, asimismo, darles la sensación de estar en pie de igualdad.
- 75 Por otro lado, las partes con distintas lenguas maternas pueden sentirse cómodas hablando un tercer idioma en la mediación, i.e., la lengua materna de ninguna de las partes, o una de las partes puede estar dispuesta a hablar el idioma de la otra. En cualquier caso, el mediador debe ser consciente del riesgo adicional de malos entendidos como consecuencia de las dificultades idiomáticas.
- 76 En la medida de lo posible se deberían respetar los deseos de las partes respecto del/de los idioma/s utilizado/s en la mediación. Idealmente, el/los propio/s mediador/es debería/n poder entender y hablar esos idiomas<sup>117</sup>. La co-mediación permite la participación de mediadores que tengan las mismas lenguas maternas que las partes o que hablen con facilidad el otro idioma o posean un buen conocimiento de él (llamada co-mediación ‘bilingüe’)<sup>118</sup>. La co-mediación puede incluir también un mediador que hable sólo la lengua materna de una de las partes y otro que hable con fluidez los dos idiomas pertinentes. Aquí, no obstante, el mediador que hable los dos idiomas desempeñará, parcialmente, un rol interpretativo.
- 77 Ofrecerles a las partes la posibilidad de que se comuniquen en la mediación directamente en su idioma preferido es claramente la primera elección; no obstante, puede haber casos en los que esto no es factible. La comunicación en el idioma favorito podría, asimismo, ser facilitada a través del

<sup>113</sup> Véase, asimismo, sección 6.1.8 *infra*.

<sup>114</sup> Véase Capítulo 3 sobre formación del mediador.

<sup>115</sup> Proyecto de Mediación Profesional Binacional Franco-Germano (2003-2006); Proyecto de Mediación Binacional de EE. UU.-Alemania; Proyecto de Mediación Binacional Polaco-Germano; véase, asimismo, sección 6.2.3 *infra*.

<sup>116</sup> Véase más información en el Capítulo 6, sección 6.2.3 *infra*.

<sup>117</sup> Véase, asimismo, sección 3.3 sobre los listados de mediadores.

<sup>118</sup> Los programas de mediación binacional a los que se hizo referencia en la nota 115 *supra* son todos programas de mediación bilingües.

uso de la interpretación. Cuando se considere a la interpretación como una opción, se debe elegir al intérprete con cuidado y éste debe estar bien preparado y ser consciente del carácter altamente sensible de la conversación, y del ambiente emotivo de la mediación, de modo tal de no agregar ningún otro riesgo de malos entendidos y poner en peligro una solución amigable. Más aún, se deberán extender las salvaguardias respecto de la confidencialidad de las comunicaciones durante la mediación para incluir al/a los intérprete/s<sup>119</sup>.

## 2.6 Distancia

→ **Es necesario tener en cuenta la distancia geográfica entre las partes de la controversia al momento de organizar una reunión de mediación, así como también respecto de las modalidades acordadas en el acuerdo de mediación.**

- 78 Otro desafío de la mediación en los casos de sustracción de niños de un país a otro es el de la distancia geográfica entre las partes. La distancia entre el Estado de residencia habitual del niño, que es donde reside el progenitor perjudicado, y el Estado al cual se trasladó al niño puede ser muy grande.
- 79 La distancia puede, por un lado, afectar los arreglos prácticos para las sesiones de mediación. Por otro lado, la distancia puede jugar un rol respecto del contenido de la propia solución de mediación, que puede que deba tener en cuenta la posibilidad de que en el futuro pueda seguir existiendo una distancia geográfica considerable entre los progenitores. Este último sería el caso, por ejemplo, si el progenitor perjudicado aceptó la reubicación del niño con el progenitor sustractor, o en los casos donde el niño es restituido al Estado de su residencia habitual pero el progenitor sustractor decide permanecer en el extranjero.
- 80 En lo que se refiere a la organización de una sesión de mediación, la distancia entre las partes y los eventuales altos costes de traslado afectarán el lugar adecuado para la mediación, y la cuestión de si se debería usar la mediación directa o indirecta. Ambos temas se abordan en detalle a continuación (el lugar de la mediación en la sección 4.4, y el tema de la mediación directa o indirecta, en la sección 6.2). Por supuesto, los medios de comunicación modernos como el enlace de video o la comunicación vía Internet pueden ser de ayuda en la mediación<sup>120</sup>.
- 81 En lo que se refiere al contenido de un acuerdo definitivo que permita el ejercicio de derechos de custodia y/o contacto transfronterizos, i.e., cuando los progenitores deciden residir en países diferentes, se deberían tener en cuenta la distancia geográfica así como también los costes de traslado relacionados. Cualquier arreglo al que se llegue deberá ser realista y viable en términos de tiempo y gastos. Este tema se explorará en mayor detalle en el Capítulo II ('Toma de conciencia').

## 2.7 Cuestiones de visado e inmigración

- **Se deberían adoptar todas las medidas pertinentes a fin de facilitar el suministro de los documentos de viaje necesarios, tales como una visa, a un progenitor que desee asistir a una reunión de mediación en persona en otro Estado.**
- **Se deberían adoptar todas las medidas pertinentes a fin de facilitar el suministro de los documentos de viaje necesarios, tales como una visa, a cualquier progenitor que necesite ingresar a otro país para ejercer sus derechos de custodia o contacto con su hijo.**
- **La Autoridad Central debería realizar todas las gestiones pertinentes para ayudar a los progenitores a obtener los documentos necesarios a través del suministro de información y asesoramiento, o facilitando servicios específicos.**

<sup>119</sup> Respecto de la confidencialidad, véase sección 6.1.5 *infra*.

<sup>120</sup> Para más detalles, véase sección 4.4 *infra*.

- 82 En los casos de controversias familiares internacionales, las cuestiones de visado e inmigración con frecuencia se suman a las dificultades del caso. A fin de promover las soluciones amigables de las controversias familiares internacionales, los Estados deberían adoptar medidas en pos de garantizar que el progenitor perjudicado pueda obtener los documentos de viaje necesarios para asistir a una sesión de mediación en el país al cual se sustrajo al niño, o incluso para participar de los procesos legales<sup>121</sup>. A la vez, los Estados deberían adoptar medidas para facilitar el suministro de los documentos de viaje necesarios al progenitor sustractor para reingresar al Estado de residencia habitual del niño para una sesión de mediación y/o procesos legales<sup>122</sup>.
- 83 El suministro de los documentos de viaje puede, asimismo, desempeñar un rol importante en el resultado de los procesos legales o la mediación en una controversia parental internacional. Por ejemplo, cuando se ordene la restitución del niño en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya, el progenitor sustractor podría necesitar documentos de viaje para reingresar al Estado de residencia habitual del niño junto con el niño. Los Estados deberían facilitar el suministro de los documentos de viaje necesarios en tales casos. Lo mismo se aplica a los casos en los que el progenitor sustractor decide restituir voluntariamente al niño, incluso cuando se haya acordado en mediación el regreso del niño y del progenitor. Tampoco deberían las cuestiones de visado e inmigración constituir un obstáculo al ejercicio transfronterizo de los derechos de contacto; es necesario salvaguardar el derecho de los niños a tener contacto con ambos progenitores, protegido por la CDN<sup>123</sup>.
- 84 La Autoridad Central debería asistir a los progenitores en la obtención sin demora de los documentos de viaje necesarios proporcionando información y asesoramiento o prestando ayuda con la solicitud de cualquier visa necesaria<sup>124</sup>.

## 2.8 Procesos penales en contra del progenitor sustractor

- La mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe considerar los posibles procesos penales iniciados en contra del progenitor sustractor en el país del cual fue sustraído el niño.
- Cuando se hubiesen iniciado procesos penales, es necesario abordar el tema en la mediación. Se puede necesitar una estrecha cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas pertinentes a fin de garantizar que cualquier acuerdo alcanzado en la mediación no se vea frustrado por los procesos penales en curso.

<sup>121</sup> Para información acerca de la posible ayuda con cuestiones de visado e inmigración, véanse los Perfiles de País en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores desarrollados por la Oficina Permanente, concluidos en 2011, disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’ y ‘Perfiles de País’, secciones 10.3. j) y 10.7. l).

<sup>122</sup> Véanse, asimismo, las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 31.

<sup>123</sup> Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), Sección 4.4, pp. 21-22.

<sup>124</sup> *Ibíd.* Véanse, asimismo, las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 31:

‘Toda vez que haya algún indicio de dificultades migratorias que pudieran afectar la capacidad de un niño o progenitor sustractor (no ciudadano) para regresar al Estado requirente, o para que una persona pueda ejercer sus derechos de visita/contacto, la Autoridad Central debería responder las solicitudes de información de inmediato, a fin de asistir a la persona en la obtención inmediata de las autorizaciones o los permisos (visas) necesarios de parte de las autoridades pertinentes de su jurisdicción,. Los Estados deberían actuar con tanta celeridad como sea posible al momento de emitir los permisos o visas a tal efecto y deberían recalcar a sus autoridades nacionales de inmigración el rol esencial que tienen en el cumplimiento de los objetivos del Convenio de 1980’.

- 85 Aunque el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores sólo aborde los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños, los procesos penales en contra del progenitor sustractor en el país de residencia habitual del niño pueden afectar los procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980<sup>125</sup>. Las imputaciones penales pueden incluir sustracción del niño, desacato al tribunal y delitos relacionados con pasaportes. Los procesos penales pendientes en el Estado de residencia del niño anterior a la sustracción pueden – en determinadas circunstancias – tener como consecuencia que el tribunal que entienda en una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya rechace la restitución del niño. Este puede, en particular, ser el caso cuando el niño fue sustraído por la persona que tiene el cuidado primordial del niño y la orden de restitución puede resultar en la separación del niño de la persona que tiene su cuidado primordial<sup>126</sup>, y esta separación – debido a la edad del niño u otras circunstancias – constituiría un peligro grave físico o psíquico en el sentido del artículo 13(1) b) del Convenio de 1980<sup>127</sup>.
- 86 Los medios por los cuales puede imputarse un delito penal al progenitor sustractor y el hecho que consiste en determinar si el progenitor perjudicado tiene influencia en el inicio de procesos penales con relación a la sustracción del niño y en qué medida dependerá del sistema jurídico pertinente y de las circunstancias del caso. Cabe destacar que, aun en los casos en que los procesos penales se iniciaron a pedido del progenitor perjudicado o con su consentimiento, puede corresponder al fiscal o sólo al tribunal decidir si se pueden finalizar los procesos penales. Esto significa que si el progenitor perjudicado, independientemente de que se hayan imputado los delitos penales a solicitud de ese o cuando medie su aprobación, posteriormente se da cuenta de que los procesos penales contra el progenitor sustractor constituyen un obstáculo para asegurar la restitución del niño, él o ella puede tener poca influencia para quitar este obstáculo.
- 87 Dentro de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños, es importante considerar que puede que se hayan iniciado procesos penales o que exista un posible riesgo de que tales procesos se inicien en el futuro, aun luego del regreso consensuado del progenitor sustractor y del niño, en particular, ante la amenaza de encarcelamiento del progenitor sustractor. En vista de la posible implicancia que estos procesos pueden tener, es crucial que aborden el tema en la mediación.
- 88 Las Autoridades Centrales y los tribunales involucrados deberían en la medida de lo posible brindar apoyo a las partes al momento de obtener información general necesaria sobre las leyes pertinentes que rigen el inicio y la finalización de los procesos penales así como también sobre el estado específico de tales procesos. La estrecha cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas pertinentes puede ser necesaria para garantizar que los procesos penales no estén pendientes ante la implementación de un acuerdo de mediación que prevea que el progenitor sustractor o el niño viajen al Estado de residencia del niño anterior a la sustracción o que no se

125 Las respuestas al Cuestionario de 2006 mostraron que, comúnmente, pero no necesariamente, se considera que los procesos penales tienen un efecto negativo, véase Pregunta Nffl 19 del ‘Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 28 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (que incluía preguntas acerca de la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños), redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nffl 1 de abril de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial de octubre / noviembre de 2006 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; véase, asimismo, ‘Informe sobre la Quinta Reunión de la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006)’, redactado por la Oficina Permanente, marzo de 2007, p. 56; ambos documentos se encuentran disponibles en < www.hcch.net >, ‘Sección Sustracción de Niños’.

126 Porque la única elección del progenitor era entre no regresar con el niño o ser encarcelado luego de la restitución.

127 ‘Este problema se ha resuelto en ocasiones suspendiendo la ejecución de la decisión de restitución hasta la retirada de los cargos existentes contra el padre o la madre sustractor(a).’, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (op. cit. nota 16), sección 4.4, pp. 21, 22 y nota 118.

puedan iniciar esos procesos con posterioridad al regreso del progenitor sustractor y del niño. Con relación a la cooperación entre las autoridades judiciales pertinentes, la Red Internacional de Jueces de La Haya puede ser de particular utilidad<sup>128</sup>.

- 89 Podrá encontrar información general relativa a los aspectos penales de la sustracción internacional de niños en los diferentes Estados contratantes, incluso información acerca de quién puede iniciar, desistir o suspender procesos penales relativos al traslado o a la retención ilícitos de un niño en el Perfil de País en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores<sup>129</sup>.

### 3 Formación especializada para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños / Salvaguardando la calidad de la mediación

#### 3.1 Formación del mediador – Normas y estándares existentes

- 90 Para garantizar la calidad de la mediación, resulta indispensable que aquellos que llevan adelante la mediación se hayan capacitado debidamente. Algunos Estados han sancionado legislación que regula la formación de los mediadores o las cualificaciones o experiencia<sup>130</sup> que una persona debe tener para poder obtener un título determinado, ser inscripta como mediador, o ser autorizada a llevar adelante una mediación o ciertas formas de mediación (por ejemplo, mediación financiada por el Estado).
- 91 Por ejemplo, Austria estableció un registro de Estado para los mediadores en 2004. La inscripción exige que los mediadores cumplan con requisitos regulados de formación<sup>131</sup>. La inscripción sólo tiene validez por cinco años; la renovación exige prueba de formación continua según se establece en la ley<sup>132</sup>.
- 92 Francia también introdujo legislación relativa a la formación para la mediación de familia y la mediación penal<sup>133</sup>. Se introdujo un diploma de Estado en mediación de familia en 2004<sup>134</sup>. Sólo

128 Para más información acerca de la Red Internacional de Jueces de La Haya y del funcionamiento de las comunicaciones judiciales directas, véase 'Reglas emergentes relativas al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de Principios generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comunmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya', redactadas por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nffl 3 A de marzo de 2011, y P. Lortie, 'Report on Judicial Communications in relation to international child abduction', Doc. Prel. Nffl 3 B de abril de 2011, ambos documentos redactados a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 y disponibles en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, 'Sección Sustracción de Niños'.

129 Véase sección 11.3, de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

130 En los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (véase nota 121 *supra*), los siguientes Estados indicaron que la legislación en materia de mediación (y, en el caso de algunos Estados, la legislación específica en materia de mediación familiar) aborda la cuestión de las cualificaciones y la experiencia con la que deben contar los mediadores: **Argentina, Bélgica, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Rumania y Suiza.**

131 Véase *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* de 6 de junio de 2003, disponible en < [http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003\\_29\\_1/2003\\_29\\_1.pdf](http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012) y *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung (ZivMediatAV)* de 22 de enero de 2004, disponible en < [http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2004\\_II\\_47/BGBLA\\_2004\\_II\\_47.html](http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2004_II_47/BGBLA_2004_II_47.html) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

132 Véanse artículos 13 y 20 de *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* de 6 de junio de 2003 (nota 131 *supra*).

133 Véase K. Deckert, 'Mediation in Frankreich – Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen', en K.J. Hopt & F. Steffek (*op. cit.* nota 2), pp. 183-258, pp. 242, 243.

134 Véase *Décret No 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial and Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007*, disponible en < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.aspx> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012); véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 7, p. 22.



se admiten candidatos con experiencia profesional y/o un diploma nacional en el sector social o de salud<sup>135</sup>, y deben haber completado exitosamente el proceso de selección<sup>136</sup>. El plan de estudios se regula en detalle y comprende 560 horas de formación en, inter alia, derecho, psicología y sociología, 70 horas de las cuales se deben dedicar a la práctica<sup>137</sup>. Otra forma de obtener el diploma es a través del reconocimiento de la experiencia profesional<sup>138</sup>.

- 93 En muchos sistemas jurídicos en los que la formación del mediador no ha sido regulada por ley, las organizaciones y asociaciones de mediación han establecido requisitos mínimos de formación que exigen a los mediadores al momento de unirse a la red, con miras a garantizar la calidad de la mediación. Sin embargo, a menudo debido a la falta de puntos centrales de referencia relativos a los requisitos de formación de la jurisdicción correspondiente, no hay una aproximación uniforme a los estándares de formación.
- 94 Un ejemplo de una jurisdicción en la cual los requisitos centrales de formación han evolucionado indirectamente a través de la autoregulación es Inglaterra y Gales, donde sólo los mediadores que han completado la formación reconocida por la Comisión de Servicios Jurídicos (*Legal Services Commission (LSC)*) y han aprobado la Evaluación de Aptitud de la LSC para mediación familiar son autorizados a llevar a cabo mediaciones financiadas con fondos públicos<sup>139</sup>.
- 95 Asimismo, se da tratamiento al tema de la formación de mediadores en varios instrumentos nacionales<sup>140</sup> y regionales no vinculantes, tales como los estándares y códigos de conducta<sup>141</sup> o las recomendaciones<sup>142</sup> en materia de mediación. No obstante, no existe necesariamente consenso entre los distintos organismos que promueven la formación de mediadores sobre los estándares de formación. Además, muchas de estas normas y estándares abordan la formación de mediadores en general y no se concentran específicamente en la formación para la mediación de familia, menos aún la mediación internacional de familia.
- 96 Entre las iniciativas para la promoción regional de los estándares de formación de mediadores para la mediación familiar se encuentra aquella de AIFI<sup>143</sup>, organización no gubernamental interdisciplinaria con miembros en Europa y Canadá. La Guía de Buenas Prácticas de Mediación

135 Para más detalles, véase *Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007* (nota 134 *supra*), art. 2.

136 *Ibid.*, art. 3.

137 *Ibid.*, arts. 4 y ss.

138 Son necesarias dos etapas para el reconocimiento de la experiencia profesional: en primer lugar, las autoridades públicas evalúan la admisibilidad del postulante y luego un panel de examinadores evalúa el desarrollo de las aptitudes adquiridas a través de la experiencia, véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 7, p. 22.

139 Véase Estándar de Referencia de Calidad de la Mediación de la Comisión de Servicios Jurídicos (*Legal Services Commission Mediation Quality Mark Standard*), 2<sup>na</sup> ed. septiembre de 2009, disponible en línea en < <http://www.justice.gov.uk/downloads/legal-aid/quality/mediation-quality-mark-standard.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

140 Respecto de un modelo de formación desarrollado por el Centro Nacional para la Mediación y Resolución de Conflictos en el Ministerio de Justicia de Israel, véase, por ejemplo, E. Liebermann, Y. Foux-Levy & P. Segal, 'Beyond Basic Training A Model for Developing Mediator Competence', en *Conflict Resolution Quarterly* 23 (2005), pp. 237-257.

141 Por ejemplo, el 'Código de Conducta Europeo para Mediadores' (nota 58 *supra*), que establece una serie de principios con los cuales pueden comprometerse los propios mediadores de manera voluntaria, dispone que '[l]os mediadores serán competentes en la materia de mediación y deberán conocer el procedimiento de la misma.' y enfatiza que '[s]e considerará esencial que posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas [...]', véase Punto 1.1).

142 Véase, asimismo, 'Legislando para una Resolución Alternativa de Controversias – Una Guía para los Responsables de la Política del Gobierno y los Redactores Jurídicos' ('*Legislating for Alternative Dispute Resolution – A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters*'), pp. 49 y ss., redactada por el Consejo Consultivo Nacional Australiano de Resolución Alternativa de Controversias (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)), disponible en < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.>> (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

143 *Association Internationale Francophone des intervenants auprès des familles séparées.*

Familiar de AIFI, redactada en 2008, aborda el tema de la formación especializada y la acreditación para la mediación familiar internacional<sup>144</sup>. Otra organización activa en el ámbito de la mediación es la Asociación Europea de Jueces para la Mediación (GEMME, *Groupement Européen de Magistrats pour la Médiation*)<sup>145</sup>, que se compone de diversas secciones nacionales. La organización vincula a jueces de diferentes Estados europeos con el fin de promover métodos de solución amigable de controversias, en particular, la mediación. En 2006, GEMME Francia publicó una Guía Práctica sobre el uso de la mediación judicial, que también aborda los temas de formación de mediadores y ética profesional<sup>146</sup>.

- 97 Algunos instrumentos de mediación regionales no vinculantes alientan a los Estados a proporcionar las estructuras pertinentes a fin de asegurar la calidad de la mediación. Por ejemplo, la Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar alienta a los Estados a garantizar la existencia de ‘procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores’ y enfatiza que, ‘[t]eniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica’<sup>147</sup>. Asimismo, la Recomendación Rec (2002)10 del Consejo de Europa sobre mediación en materia civil solicita a los Estados ‘que consideren tomar medidas para promover la adopción de los estándares adecuados para la selección, responsabilidades, formación y cualificación de los mediadores, incluidos los mediadores que traten temas internacionales’<sup>148</sup> (traducción no oficial). Asimismo, la Directiva Europea sobre mediación, instrumento regional vinculante, solicita que los Estados miembros de la Unión Europea ‘fomenten la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes’<sup>149</sup>.

### 3.2 Formación específica para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños

- La mediación en los casos de sustracción internacional de niños debería ser llevada adelante exclusivamente por mediadores experimentados en materia de familia que deberían haber recibido una formación específica preferentemente a efectos de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños.
- Los mediadores que trabajan en este ámbito necesitan una formación continua para mantener su aptitud profesional.
- Los Estados deberían respaldar el establecimiento de programas de formación y estándares para la mediación familiar transfronteriza y la mediación en los casos de sustracción internacional de niños.

- 98 En vista del carácter particular de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños, sólo los mediadores experimentados en materia de familia que hayan recibido una formación específica preferentemente a efectos de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños deberían llevar adelante la mediación en esos casos<sup>150</sup>. Los mediadores con menos experiencia deberían idealmente mediar en esos casos únicamente en co-mediación con colegas más experimentados.

<sup>144</sup> Título original: ‘Guide de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale », véase art. 5.

<sup>145</sup> El sitio web de GEMME puede encontrarse en < <http://www.gemme.eu/en> >.

<sup>146</sup> La Guía se encuentra disponible en el sitio web de GEMME en

< <http://www.gemme.eu/nation/france/article/le-guide> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>147</sup> Nota 52 *supra*, véanse partes II, c) y VIII e).

<sup>148</sup> Nota 53 *supra*, véase Principio V.

<sup>149</sup> Véase artículo 4 de la Directiva Europea sobre Mediación (nota 5 *supra*).

<sup>150</sup> Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), VIII (Cuestiones internacionales): ‘e. ‘Teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica’.

- 99 La formación para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debería preparar a los mediadores para enfrentar los desafíos específicos de los casos de sustracción transfronteriza de niños, como se afirmó anteriormente, a la vez que construye las bases de la formación periódica del mediador<sup>151</sup>.
- 100 Por lo general, el mediador debe poseer el conocimiento socio-psicológico y jurídico necesario para llevar adelante la mediación en los casos de familia altamente conflictivos. El mediador debe tener una formación adecuada para evaluar la aptitud para la mediación de un caso en particular. El mediador debe poder evaluar la capacidad de las partes para mediar, *e.g.*, reconocer la discapacidad mental y dificultades idiomáticas, y debe poder identificar los patrones de abuso doméstico y abuso de menores y llegar a las conclusiones necesarias.
- 101 Más aún, la formación para la mediación familiar internacional debería abarcar el desarrollo o la consolidación de la aptitud intercultural así como también las habilidades idiomáticas necesarias.
- 102 Al mismo tiempo, la formación debe impartir conocimiento y comprensión de los instrumentos jurídicos regionales e internacionales pertinentes así como también del derecho nacional aplicable. Si bien no es la función del mediador dar asesoramiento jurídico, el conocimiento jurídico básico es de suma importancia en los casos de familia transfronterizos, dado que le permite al mediador comprender el panorama más amplio y llevar adelante la mediación de manera responsable.
- 103 La mediación responsable en los casos de sustracción internacional de niños incluye el alentar a los progenitores a concentrarse en las necesidades de los niños, y recordarles su responsabilidad primaria por el bienestar de sus hijos. Enfatiza la necesidad de informar y consultar a sus hijos, y llamar la atención de las partes respecto del hecho de que su solución amistosa sólo puede ser sustentable si cumple con ambos sistemas jurídicos involucrados (o con todos ellos) y si resulta vinculante en esos sistemas jurídicos, todo lo cual requiere asesoramiento jurídico experto. Se necesita formación especializada para la mediación inclusiva del niño que toma en cuenta sus opiniones en los casos de sustracción de niños.
- 104 Los mediadores que trabajan en el ámbito de la sustracción internacional de niños necesitan formación continua para mantener su aptitud profesional.
- 105 El establecimiento de programas de formación en materia de mediación y el desarrollo adicional de estándares aplicables a la mediación familiar transfronteriza y a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debería contar con el respaldo de los Estados.

### 3.3 Establecimiento de listados de mediadores

→ Los Estados deberían considerar el respaldo del establecimiento de listados de mediadores de familia públicamente disponibles a través de los cuales se pueda identificar a los mediadores especializados.

- 106 En vistas a promover el establecimiento de estructuras de mediación para las controversias familiares transfronterizas, los Estados deberían considerar el respaldo del establecimiento, a nivel nacional o supra nacional, de listados de mediadores de familia públicamente disponibles a través

151 Un ejemplo de programa de formación especializada es el proyecto TIM (*Training in international family mediation* [Formación en materia de mediación familiar internacional]), que se encuentra destinado a crear una red de mediadores internacionales en materia de familia en Europa, véase el sitio web de la red < <http://www.crossbordermediator.eu> >. Para más detalles acerca del proyecto TIM, que es llevado a cabo por la ONG belga Child Focus conjuntamente con Katholieke Universiteit van Leuven y la organización de mediación especializada alemana MiKK e.V. con el respaldo del Centro Holandés para la Sustracción Internacional de Niños, véase el sitio web de la organización alemana MiKK e.V. en < <http://www.mikk-ev.de/english/eu-training-project-tim/> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

de los cuales se pueda identificar a los mediadores especializados y los servicios de mediación<sup>152</sup>. Idealmente, estos listados deberían incluir los datos de contacto del mediador, información respecto de su/s área/s de especialización, formación, habilidades lingüísticas, aptitud intercultural y experiencia.

- 107 Los Estados también pueden facilitar el suministro de información acerca de los servicios especializados en la mediación familiar internacional en su jurisdicción a través de un Punto de Contacto Central en materia de mediación familiar internacional<sup>153</sup>.

### 3.4 Protección de la calidad de la mediación

- Los servicios de mediación utilizados en el marco de controversias familiares transfronterizas deberían ser monitoreados y evaluados, preferentemente por un organismo neutral.
- Se alienta a los Estados a respaldar el establecimiento de estándares comunes para la evaluación de los servicios de mediación.

- 108 En aras de proteger la calidad de la mediación familiar internacional, los servicios de mediación deberían ser monitoreados y evaluados, preferentemente por un organismo neutral. No obstante, cuando no exista este organismo, los mediadores y las organizaciones de mediación deberían establecer ellos mismos normas transparentes sobre el monitoreo y la evaluación de sus servicios. En particular, las partes deberían poder dar su devolución respecto de la mediación y debería haber un procedimiento para entablar demandas.
- 109 Los mediadores y las organizaciones de mediadores que trabajan en el ámbito de la sustracción internacional de niños deberían asumir un enfoque estructurado y profesional hacia la administración, el sistema de registro y la evaluación de los servicios, y deberían tener acceso al respaldo administrativo y profesional necesario<sup>154</sup>.
- 110 Los Estados deberían trabajar con miras al establecimiento de estándares comunes aplicables a la evaluación de los servicios de mediación.

152 Por ejemplo, Francia, uno de los primeros Estados en establecer un Punto de Contacto Central destinado a la mediación familiar internacional, está preparando un listado central de mediadores especializados; Austria estableció un registro central de mediadores en 2004 (para más detalles, véase párr. 85 *supra*), al que puede accederse en línea en < <http://www.mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DXPU8-DE-p> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012). Asimismo, los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (véase nota 121 *supra*) precisan la disponibilidad de listados de mediadores (aunque no necesariamente un listado central) para los siguientes sistemas jurídicos e indican de qué organismos pueden obtenerse estos listados: Argentina, Bélgica, China (Hong Kong (RAE)), Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte), República Checa, Rumania y Suiza.

153 Con respecto al Punto de Contacto Central en materia de mediación familiar internacional, véase sección 4.1 *infra*.

154 Véanse Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en Anexo 1 *infra*.

## 4 Acceso a la mediación

- Toda información acerca de los servicios de mediación disponibles en el contexto de casos de sustracción internacional de niños al igual que toda información adicional relacionada, por ejemplo, los costes de mediación, debería suministrarse a través de la Autoridad Central o un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional.
- Se alienta a los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y otros Convenios de La Haya pertinentes<sup>155</sup> a establecer un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional a fin de facilitar el acceso a la información acerca de los servicios de mediación disponibles y otras cuestiones relacionadas con controversias familiares transfronterizas relativas a niños o a fin de encomendarle esta tarea a sus Autoridades Centrales.

- III Es importante facilitar el acceso a la mediación. Esto comienza mediante el suministro de información acerca de los servicios de mediación disponibles en la jurisdicción pertinente y toda información adicional relacionada a las partes que desean considerar la posibilidad de someterse a mediación.
- II2 Cabe destacar que los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación<sup>156</sup> redactados por el Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta, cuyo propósito consiste en establecer estructuras a efectos de la mediación familiar transfronteriza, solicita que los Estados que acepten implementar dichos Principios establezcan: ‘un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional’ que debería, *inter alia*, ‘suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país’, por ejemplo, una lista de mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación en el marco de controversias familiares internacionales, información sobre costes de mediación y otros detalles. Asimismo, los Principios solicitan que el Punto de Contacto Central ‘[s]uministre información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procesos legales [...], sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación [al igual que] sobre la ejecución del acuerdo de mediación’.
- II3 De conformidad con estos Principios, la ‘información debería suministrarse en el idioma oficial de dicho Estado al igual que en inglés o francés’. Asimismo, los Principios exigen que ‘la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya debería ser informada acerca de los datos de contacto pertinentes del Punto de Contacto Central, entre los que se encuentran el domicilio postal, el número de teléfono, la dirección de correo electrónico y los nombres de la/s persona/s responsable/s, al igual que información acerca de los idiomas que hablan’ y que ‘[l]as solicitudes de información o asistencia dirigidas al Punto de Contacto Central deberían procesarse con urgencia’.
- II4 Si bien estos Principios fueron redactados con miras a establecer estructuras de mediación transfronteriza para casos ajenos al Convenio de La Haya, también son pertinentes para los casos en aplicación del Convenio de La Haya. Con el desarrollo rápido y diverso de servicios de mediación familiar en los últimos años, resulta difícil obtener un panorama de los servicios ofrecidos o juzgar qué servicios pueden ser aptos para la mediación en los casos de sustracción transfronteriza de

<sup>155</sup> Con respecto a la promoción de la mediación por otros Convenios de La Haya relativos a los Niños, véase la sección ‘Objetivos y alcance’ *supra*.

<sup>156</sup> Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación (véase Anexo 1 *infra*). Véase, asimismo, el ‘Memorando Explicativo sobre los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta’ reproducido en el Anexo 2 *infra* (disponible asimismo en < www.hcch.net > ‘Sección Sustracción de Niños’ y ‘Cross-border family mediation’ leuga ‘Mediación Transfronteriza en materia de Familia’).

niños. Por lo tanto, sería extremadamente valioso que los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y / u otros Convenios de La Haya pertinentes reunieran y suministraran información acerca de los servicios de mediación disponibles a efectos de las controversias familiares internacionales en su jurisdicción, al igual que información adicional relacionada que podría ser relevante para la mediación en el marco de controversias familiares transfronterizas y, más específicamente, en el contexto de casos de sustracción internacional de niños.

- 115 En los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la Autoridad Central en virtud del Convenio podría tener una posición ideal para asumir dicho rol<sup>157</sup>. Sin embargo, algunos Estados contratantes del Convenio de 1980 pueden preferir establecer un Punto de Contacto Central independiente a efectos de la mediación familiar internacional que suministre la información pertinente. En ese caso, la Autoridad Central podría derivar a las partes interesadas a dicho Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional, toda vez que la cooperación entre la Autoridad Central y el Punto de Contacto Central esté regulada a nivel organizacional de modo tal que la derivación de las partes al Punto no redunde en una demora en el procesamiento de la solicitud de restitución.
- 116 Cuando un organismo externo es designado para desempeñarse como Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional, deberían adoptarse medidas a fin de evitar conflictos de intereses, en particular, cuando el propio organismo ofrece servicios de mediación.
- 117 Es dable observar que, además, el Perfil de País en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores desarrollado por la Oficina Permanente, concluido en 2011 y presentado posteriormente por los Estados contratantes, puede ser una importante fuente de información acerca de los servicios de mediación disponibles en estos Estados<sup>158</sup>.

#### 4.1 Disponibilidad de la mediación – Etapa del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya; remisión / auto-remisión a mediación

- La posibilidad de utilizar la mediación u otros procedimientos a fin de alcanzar acuerdos amistosos debería presentarse a las partes de una controversia familiar internacional relativa a niños lo antes posible.
- El acceso a la mediación y otros procedimientos a fin de alcanzar acuerdos amistosos no debería limitarse a la etapa previa al proceso, sino que debería estar disponible a lo largo del proceso, incluso en la etapa de ejecución.

- 118 La posibilidad de utilizar la mediación u otros procedimientos de solución amistosa de controversias debería presentarse lo antes posible. La mediación ya puede ofrecerse como medida de prevención en una instancia temprana de un conflicto familiar a fin de evitar una sustracción posterior<sup>159</sup>. Esto es particularmente significativo en los casos en que, luego de la separación de una pareja, uno de los progenitores considera la reubicación hacia otro país. Si bien es necesario crear conciencia acerca del hecho de que, por lo general, un progenitor no puede abandonar el país sin el consentimiento del otro titular de los derechos de custodia (ejercidos en forma efectiva) o

<sup>157</sup> En su reunión de junio de 2011, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños instó a los Estados ‘a considerar el establecimiento de tal Punto de Contacto Central o la designación de su Autoridad Central como Punto de Contacto Central’, véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffi 61.

<sup>158</sup> Véase la Quinta Parte de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

<sup>159</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (*op. cit.* nota 23), sección 2.1, pp. 15-16; véase, asimismo, Capítulo 14 *infra*.

una autorización de la autoridad competente<sup>160</sup>, la mediación puede ofrecer un sustento valioso al momento de encontrar una solución amistosa.

- 119** Cabe destacar que ‘es muy importante la forma en que los progenitores se acercan a la mediación’<sup>161</sup> y puede ser ‘crítica para su perspectiva de éxito’<sup>162</sup>. Puesto que la mediación es todavía relativamente nueva en muchas jurisdicciones, ‘los progenitores necesitan explicaciones completas y sinceras en cuanto a lo que es y no es la mediación, de manera que puedan dirigirse a la mediación con las apropiadas expectativas’<sup>163</sup>.
- 120** Luego de ocurrida la sustracción de niños, los progenitores deberían ser informados acerca de la posibilidad de mediación lo antes posible, cuando existan servicios de mediación específicos para estos casos. No obstante, cabe destacar que la mediación ‘no [es] el único recurso que tienen los progenitores y la disponibilidad de la mediación no afecta el derecho que tiene el progenitor para litigar, en caso de que así lo prefiera’<sup>164</sup>.
- 121** Con vistas a aumentar las posibilidades de una solución amigable de la controversia, la mediación u otros medios análogos deberían estar disponibles no sólo en una etapa previa al proceso, sino, asimismo, a lo largo del proceso judicial, e incluso en la etapa de ejecución<sup>165</sup>. El más apropiado de los procesos disponibles a fin de facilitar acuerdos amistosos en una etapa del proceso en particular dependerá de las circunstancias.
- 122** Tal como se analizara en detalle en la sección 2.1 (Plazos / Procesos expeditivos), es de vital importancia que se tomen precauciones a fin de garantizar que el progenitor sustractor no pueda utilizar la mediación como táctica dilatoria. Una medida útil en este sentido puede ser el inicio de un proceso de restitución y, en caso de ser necesario, la suspensión de dicho proceso mientras dure la mediación<sup>166</sup>.

#### 4.1.1 ROL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

- **Las Autoridades Centrales, ya sea directamente o a través de algún intermediario, adoptarán todas las medidas apropiadas que permitan alcanzar una solución amistosa de la controversia.**
- **Al momento de recibir una solicitud de restitución, la Autoridad Central del Estado requerido debería facilitar el suministro de información acerca de los servicios de mediación apropiados para los casos de sustracción transfronteriza de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores cuando se encuentren disponibles en dicha jurisdicción.**
- **Los Estados deberían incluir información acerca de la mediación y otros procedimientos análogos y su posible combinación en la formación del personal de su Autoridad Central.**

<sup>160</sup> Véase la ‘Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias’, Conferencia Internacional Judicial sobre la Reubicación de Familias en Países Fronterizos, Washington, D.C., Estados Unidos de América, 23-25 de marzo de 2010, organizada en forma conjunta por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC) con el respaldo del Departamento de Estado de los Estados Unidos: ‘Los estados deben garantizar que se disponga de procedimientos legales para solicitar ante la autoridad competente el derecho a la reubicación con el niño. Se debe recomendar enfáticamente a las partes que utilicen los procedimientos legales y no actúen de forma unilateral’. La Declaración de Washington se encuentra disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’.

<sup>161</sup> Véase S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 5.1, p. 17.

<sup>162</sup> Informe de 2006 sobre el Proyecto Piloto sobre Mediación de reunite (*op. cit.* nota 97), p. 8.

<sup>163</sup> S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 5.1, p. 18.

<sup>164</sup> Véase S. Vigers (*ibíd.*) 5.1, p. 17.

<sup>165</sup> Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 23), secciones 5.1, 5.2, p. 25.

<sup>166</sup> Véase sección 2.1 *supra*.

- 123 Las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños desempeñan un rol clave al momento de alentar la solución amistosa de las controversias familiares internacionales relativas a los niños. Tanto el Convenio de 1980 como el Convenio de 1996 reconocen la necesidad de promover acuerdos amistosos y exigen que las Autoridades Centrales desempeñen un rol activo a fin de alcanzar dicho objetivo. El artículo 7(2) c) del Convenio de 1980 requiere que las Autoridades Centrales adopten todas las medidas apropiadas que permitan ‘garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable’. De modo similar, el artículo 31 b) del Convenio de 1996 requiere que las Autoridades Centrales adopten todas las medidas apropiadas para ‘facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio’.
- 124 Por lo tanto, las Autoridades Centrales en virtud de cualquiera de los Convenios deberían facilitar el suministro de información acerca de los servicios de mediación o cualquier otro procedimiento análogo disponible lo antes posible a fin de ayudar a encontrar una solución amistosa cuando las partes busquen el apoyo de la Autoridad Central en el marco de una controversia familiar transfronteriza<sup>167</sup>. No obstante, dicha información no debería suministrarse en lugar de la información acerca de los procedimientos en virtud de los Convenios de La Haya y toda otra información relacionada, sino como complemento de aquella.
- 125 A modo de ejemplo, en el marco de un caso de sustracción internacional de niños, la Autoridad Central del Estado requerido debería, cuando el progenitor perjudicado se comuniquen con ella (ya sea directamente o a través de la Autoridad Central del Estado requirente), suministrar al progenitor información acerca de la mediación y otros servicios similares disponibles en dicha jurisdicción conjuntamente con información sobre los procedimientos en virtud del Convenio de La Haya. Al mismo tiempo, al momento de acercarse al progenitor sustractor a fin de alentar la restitución voluntaria<sup>168</sup> del niño, la Autoridad Central puede informar a dicho progenitor acerca de las posibilidades de acceder a la mediación u otros procesos similares que faciliten acuerdos amistosos. Asimismo, la Autoridad Central del Estado requirente puede suministrar información al progenitor perjudicado acerca de los métodos de solución amigable de controversias además de información acerca del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. La tarea de suministrar información acerca de los servicios de mediación pertinentes también puede delegarse a otro organismo<sup>169</sup>.
- 126 Sin embargo, la obligación de la Autoridad Central de procesar solicitudes de restitución con urgencia no debe comprometerse. Las Autoridades Centrales tienen la responsabilidad especial de destacar que los casos de sustracción son sensibles al transcurso del tiempo. Cuando la Autoridad Central delega el suministro de información acerca de los servicios de mediación pertinentes a otro organismo, la Autoridad Central debe garantizar que la remisión de las partes a dicho organismo no redunde en demoras. Asimismo, cuando las partes decidan proceder a la mediación, ellas deberán ser informadas de que la mediación y el proceso de restitución pueden llevarse adelante en forma paralela<sup>170</sup>.

---

167 En este aspecto, la Autoridad Central puede actuar como Punto de Contacto Central en el sentido descrito en los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación (véase Anexo 1 *infra*); para más información acerca de los Principios, véase la introducción al Capítulo 4 *supra*. Véase, asimismo, la sección 4.1.4 *infra*.

168 Art. 7(2) c) y art. 10 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

169 Por ejemplo, un Estado requerido puede haber designado un organismo distinto de la Autoridad Central como Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional (véanse párrs. III y ss *supra*) y puede haberle encomendado al Punto de Contacto Central no sólo la tarea de suministrar información en casos ajenos al Convenio de La Haya, sino de suministrar información acerca de los servicios de mediación especializados en el marco de casos de sustracción internacional de niños que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1980.

170 Con respecto a las ventajas del inicio de un proceso en virtud del Convenio de La Haya con anterioridad al inicio de la mediación, véase sección 2.1 *supra*.



- 127 En 2006, el estudio comparativo sobre proyectos de mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores<sup>171</sup> identificó algunas Autoridades Centrales que promueven la mediación activamente, ya sea ofreciendo servicios de mediación ellas mismas en determinados casos o empleando a un proveedor local de servicios de mediación. Hoy en día, como también lo señalan los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980<sup>172</sup>, un número creciente de Autoridades Centrales alientan activamente a las partes a proceder a la mediación u otros procesos similares a fin de alcanzar un acuerdo amistoso respecto de su disputa<sup>173</sup>.
- 128 Se alienta a los Estados a incluir en la formación del personal de las Autoridades Centrales información general acerca de la mediación y otros procesos similares, al igual que información específica acerca de la mediación y otros servicios similares disponibles en casos de sustracción internacional de niños.

#### 4.1.2 ROL DEL JUEZ O DE LOS JUECES / TRIBUNALES

- 129 El rol que desempeñan los tribunales en el marco de disputas familiares ha cambiado notablemente en las últimas décadas en muchos sistemas jurídicos. En los procesos civiles, en general, y en los procesos de derecho de familia, en particular, la promoción de acuerdos amistosos ha recibido fuerza de ley en muchos Estados<sup>174</sup>. En la actualidad, los jueces a menudo tienen la obligación de

<sup>171</sup> Véase S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.*, nota 11), 2.4, p. 10.

<sup>172</sup> Véase nota 121 *supra*.

<sup>173</sup> Por ejemplo: En **Francia**, desde abril de 2007, la Autoridad Central asumió las tareas desempeñadas previamente por la Misión de Asistencia a la Mediación Internacional para las Familias (Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles, MAMIF), oficina establecida a fin de promover la mediación de controversias familiares transfronterizas y que participó en el exitoso programa de mediación binacional franco-germano; para más información acerca de la Asistencia a la mediación familiar internacional, (aide à la médiation familiale internationale, AMIF) ahora llevada a cabo por la Autoridad Central francesa, véase < <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlevement-parental-12063/la-mediation-21106.html> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012). En **Suiza**, la Ley Federal de 21 de diciembre de 2007 sobre Sustracción Internacional de Niños y los Convenios de La Haya sobre Protección de Niños y Adultos, que entraron en vigor el 1 de julio de 2009, implementaron obligaciones concretas para la Autoridad Central suiza con respecto a la promoción de los procedimientos de conciliación y mediación; véanse art. 3 y art. 4 (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007*) (nota 103 *supra*). En **Alemania**, la Autoridad Central notifica a los progenitores de la posibilidad de iniciar un proceso de mediación. Asimismo, en sus Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*), los siguientes Estados indicaron que sus Autoridades Centrales suministran información en materia de mediación: **Bélgica, China (Hong Kong (RAE)), Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Grecia, Hungría, Paraguay, Polonia (exclusivamente al solicitante), Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte), República Checa, Rumania y Venezuela**. En la **Argentina** y la **República Checa**, la Autoridad Central ofrece servicios de mediación, véase sección 19.3 de los Perfiles de País (*ibíd.*).

<sup>174</sup> Véase, por ejemplo, **Israel** donde los tribunales estatales que presiden una cuestión civil pueden, en alguna instancia del proceso, proponer a las partes que la cuestión o parte de ella se someta a mediación, artículo 3 del Reglamento del Estado de Israel Nffl 5539 de 10 de agosto de 1993. Véase, asimismo, para **Australia**, arts. 13 C y ss de la Ley de Derecho de Familia de 1975 (*Family Law Act 1975*) (modificada por última vez por Ley Nffl 147 de 2010), según el cual '[todo] tribunal competente con respecto a un proceso en virtud de la presente Ley puede, en cualquier instancia del proceso, emitir una o varias de las siguientes órdenes: [...] b) que las partes del proceso procedan a la solución de controversias familiares' (traducción no oficial), que comprende la mediación; el texto completo de la ley se encuentra disponible en < <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00870> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012). Véase, asimismo, en forma más general, sobre la promoción de métodos alternativos de solución de controversias en Australia el sitio web del Consejo Consultivo Nacional Australiano de Resolución Alternativa de Controversias (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)) en < <http://www.nadrac.gov.au/> >; NADRAC es un organismo independiente establecido en 1995 para brindar asesoramiento en materia de políticas al Procurador General australiano sobre el desarrollo de métodos alternativos de solución de controversias. En **Sudáfrica**, la Ley de Niños 38 de 2005 (modificada por última vez en 2008), disponible en < <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), también promueve la solución amigable de controversias familiares y permite que los jueces sometan ciertas cuestiones a mediación u otros procesos similares.

proceder a la solución amistosa de una controversia. En algunos sistemas jurídicos, en el contexto de controversias familiares relativas a niños, la asistencia a una reunión informativa en materia de mediación o el intento de mediación u otros procesos destinados a alcanzar acuerdos amistosos pueden incluso ser obligatorios para las partes en determinadas circunstancias<sup>175</sup>.

- **El juez o los jueces que entiendan en un caso de sustracción internacional de niños deberían considerar si la remisión a mediación es viable en el caso que los ocupa, siempre que existan servicios de mediación apropiados para casos de sustracción transfronteriza de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores disponibles en dicha jurisdicción. Lo mismo es aplicable en el caso de otros procesos disponibles destinados a alcanzar acuerdos amistosos.**
- **Se alienta a los Estados a incluir información acerca de la mediación y otros procedimientos análogos y su posible combinación con procesos judiciales en la formación de los jueces.**

- 130 En los casos de sustracción internacional de niños, los tribunales desempeñan un rol importante en la promoción de acuerdos amistosos. Independientemente del hecho de que la mediación ya haya sido sugerida por la Autoridad Central competente, todo tribunal que entienda en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya debería considerar la remisión de las partes a mediación u otros servicios análogos, cuando se encuentren disponibles y siempre que sea apropiado. Entre los diversos factores que pueden influir en esta consideración se encuentran las cuestiones que afectan la aptitud general del caso en particular para la mediación<sup>176</sup> al igual que la cuestión de la disponibilidad de servicios de mediación apropiados, i.e., servicios compatibles con plazos rigurosos y otros requisitos específicos de la mediación en el marco de casos de sustracción internacional de niños. Cuando se hubiere intentado la mediación sin éxito con anterioridad al inicio del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, puede que una segunda remisión a mediación sea inapropiada.
- 131 Cuando un juez remite un caso a mediación, el juez debe conservar el control respecto del plazo. Según el derecho procesal aplicable, el juez puede optar por suspender el proceso<sup>177</sup> a efectos de la mediación durante un breve período de tiempo o, cuando la suspensión no fuera necesaria,

175 Véase, por ejemplo, en el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, la Instrucción Práctica 3A – Protocolo Preliminar para la Información y la Evaluación en materia de Mediación – Directrices para HMCS (*Practice Direction 3A – Pre-Application Protocol for Mediation Information and Assessment – Guidance for HMCS*), que entró en vigor el 6 de abril de 2011, disponible en < [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice\\_directions/pd\\_part\\_03a](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_03a) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), que reglamenta los procesos en materia de familia de la siguiente forma, salvo en el caso de alguna de las excepciones establecidas en el Protocolo:

‘Antes de que un solicitante presente una solicitud de orden ante el tribunal en el marco de un proceso de familia pertinente, el solicitante (o el abogado del solicitante) debería comunicarse con un mediador en materia de familia a fin de concertar que el solicitante asista a una reunión informativa sobre mediación familiar y otros métodos alternativos de solución de controversias (denominada en el presente Protocolo ‘Reunión de Información y Evaluación en materia de Mediación’ (traducción no oficial).

176 Véase sección 4.2 *infra*.

177 Por ejemplo, en el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, el tribunal que entienda en procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya puede someter a las partes a un proceso de mediación, que tendrá lugar durante la suspensión del proceso, véase S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 5.2, p. 18, que se refiere al Reino Unido y al Proyecto Piloto de Mediación de reunite (nota 97 *supra*). Véase sección 2.1 *supra* relativa a las ventajas del inicio de un proceso en virtud del Convenio de La Haya con anterioridad al inicio de la mediación. Con respecto a las sesiones de mediación obligatorias, véase sección 6.1.1 *infra*.

establecer la próxima audiencia judicial antes de la cual la mediación debe concluir, dentro de un plazo razonablemente breve, *e.g.*, entre dos y cuatro semanas<sup>178</sup>.

- 132 Asimismo, cuando un juez remite un caso a mediación, se prefiere que dicho juez conserve la gestión única del caso en aras de la continuidad.
- 133 Cuando se trata de la mediación en la etapa del proceso judicial, pueden distinguirse dos tipos de mediación: la ‘mediación judicial’ y la ‘mediación extrajudicial’<sup>179</sup>.
- 134 Se han desarrollado varios ‘esquemas de mediación judicial’ para las controversias en materia civil, incluidas las cuestiones de familia<sup>180</sup>. En estos esquemas, la mediación es ofrecida ya sea por un mediador que trabaja para el tribunal o por un juez con formación como mediador, que no sea el juez que entiende en la causa<sup>181</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los Estados, estos ‘esquemas de mediación judicial’ fueron creados con un claro foco en las controversias puramente nacionales, *i.e.*, las controversias sin vínculos internacionales. Por lo tanto, cabe considerar cuidadosamente la adaptabilidad de los ‘esquemas de mediación judicial’ existentes a las necesidades especiales de las controversias familiares internacionales y, en particular, de las disputas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. En el marco de un proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, la remisión al servicio de mediación debería considerarse exclusivamente cuando un ‘esquema de mediación judicial’ existente cumpla con los criterios principales establecidos en la presente Guía como esenciales para los esquemas de mediación en casos de sustracción de niños.
- 135 En la etapa del proceso judicial, también es posible remitir el caso a servicios de mediación ‘extrajudicial’, *i.e.*, servicios de mediación operados por mediadores u organizaciones de mediación no vinculados directamente con el tribunal<sup>182</sup>. En cuanto a los ‘servicios de mediación judicial’, cabe considerar cuidadosamente la adaptabilidad de los servicios de mediación ‘extrajudicial’ existentes a las necesidades especiales de las controversias familiares internacionales.
- 136 En la actualidad, muchos de los esquemas de mediación desarrollados específicamente para los casos de sustracción de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores funcionan como sistemas de ‘mediación extrajudicial’<sup>183</sup>.

178 Véase, por ejemplo, para el tribunal de familia de Nueva Zelandia, la Nota Práctica: ‘Casos en virtud del Convenio de La Haya: Proceso de Mediación – Traslado, Retención y Derecho de Visita’ (*Hague Convention Cases: Mediation Process – Removal, Retention and Access*), disponible en <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes/> (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), que establece un plazo de 7 a 14 días dentro del cual debería tener lugar la mediación en los casos de sustracción de niños en virtud del Convenio de La Haya.

179 Véase, asimismo, la sección de Terminología; véase, asimismo, Recomendación Rec (2002)10 del Consejo de Europa sobre la mediación en materia civil (véase nota 53 *supra*), Principio III (Organización de la mediación): ‘4. La mediación puede tener lugar dentro o fuera de los procedimientos judiciales’ (traducción no oficial).

180 Entre los muchos Estados en los que existen esquemas de mediación judicial en la actualidad se encuentran: **Argentina** (Ley 26.589 - Mediación y Conciliación de 03.05.2010, Boletín Oficial de 06.05.2010 que reemplaza la legislación anterior que se remonta a 1995; asistir a la mediación es obligatorio en la mayoría de los casos civiles, salvo con respecto a determinadas cuestiones excepcionales, tales como la custodia, véanse arts. 1 y 5 de la ley); **Alemania** (esquemas de mediación judicial operan en varios Bundesländer en materia civil, véase, *inter alia*, el informe sobre el proyecto piloto de mediación de Lower Saxony, por encargo del Ministerio de Justicia, Economía y Cultura de Lower Saxony y redactado por G. Spindler, ‘Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen’, Göttingen, 2006); y **México** (véase la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal de 8 de enero de 2008, revisada por última vez el 8 de febrero de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero de 2008, Nffl 248, y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de febrero de 2011, Nffl 1028; la mediación se facilita a través del Centro de Justicia Alternativa dentro del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; el centro administra los procesos de mediación, incluso la designación del mediador a partir de una lista de mediadores inscritos).

181 Con respecto a la diferencia entre la mediación judicial y la conciliación judicial, véase la sección de Terminología *supra*.

182 Véase la sección de Terminología *supra*; véase, asimismo, el Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia (*op. cit.* nota 13), sección 2.4, p. 6.

183 Por ejemplo, en **Alemania, Países Bajos y Reino Unido (Inglaterra y Gales)**; para más detalles, véase nota 97 *supra*.

- 137 Una vez que las partes hayan llegado a un acuerdo a través de la mediación o por otros medios similares, según el contenido del acuerdo y la competencia del tribunal, puede que se solicite que el tribunal que entiende en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya<sup>184</sup> convierta el acuerdo en una orden judicial.
- 138 Reviste gran importancia que los jueces que se ocupan de controversias familiares internacionales estén bien informados acerca del funcionamiento de la mediación y otros procesos similares que faciliten la solución amigable de controversias y de su posible combinación con el proceso judicial. Por lo tanto, se alienta a los Estados a incluir información general acerca de dichas cuestiones en la formación de los jueces.
- 139 En particular, la formación de los jueces que se ocupan de los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya debería incluir información acerca de los esquemas de mediación y otros procedimientos análogos aptos para casos de sustracción internacional de niños.

#### 4.1.3 EL ROL DE LOS ABOGADOS Y OTROS PROFESIONALES

- 140 En los últimos años, en muchas jurisdicciones, el rol de los abogados en el marco de disputas familiares ha cambiado, junto con el de los tribunales, debido al mayor énfasis puesto en encontrar soluciones amistosas. Reconocer la importancia de una base estable y pacífica que favorezca las relaciones familiares permanentes, los abogados de hoy en día se inclinan en mayor medida a promover acuerdos amistosos en lugar de adoptar un enfoque puramente parcial en nombre de sus clientes<sup>185</sup>. Avances tales como el derecho colaborativo y el derecho cooperativo<sup>186</sup> y el creciente número de abogados con formación como mediadores reflejan esta tendencia.

- La formación de los abogados debería incluir información acerca de la mediación y otros procedimientos análogos.
- Los abogados y otros profesionales que traten con las partes de una controversia familiar internacional deberían alentar la solución amigable de la controversia en caso de ser posible.
- Cuando las partes de una controversia familiar internacional deciden intentar la mediación, los representantes legales deberían apoyar a las partes mediante el suministro de la información legal necesaria para que aquellas tomen una decisión fundada. Asimismo, los representantes legales deben apoyar a las partes a fin de procurar otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación en los dos sistemas jurídicos involucrados en el caso o en todos ellos.

- 141 al como se destacara anteriormente con relación a la formación de los jueces, es importante que los Estados creen conciencia acerca de la solución amigable de controversias dentro de la profesión legal. El plan de estudio de los abogados debería incluir información acerca de la mediación y procedimientos análogos.
- 142 Al momento de representar a una parte de una controversia familiar internacional respecto de niños, los abogados deberían tener conocimiento de que su responsabilidad frente a su cliente comprende cierta responsabilidad por el interés y el bienestar del niño en cuestión. Dado que, por lo general, un acuerdo amistoso favorecerá el interés superior del niño, cuando los progenitores estén dispuestos a recurrir a la mediación, el representante legal debería brindarles su apoyo y cooperar estrechamente con el representante legal de la otra parte, en la medida en que su mandato lo permita.
- 143 Una vez que las partes hayan decidido iniciar un proceso de mediación, los representantes legales desempeñan un rol importante en el suministro de información legal necesaria para que las partes tomen decisiones fundadas y en la garantía de que el acuerdo de mediación tenga efecto jurídico en

<sup>184</sup> Véanse Capítulos 12 y 13 *infra*.

<sup>185</sup> Para más referencias, véase N. ver Steegh (op. cit. nota 8), pp. 666 y ss.

<sup>186</sup> Para un examen de otros medios de solución amigable de controversias y su aptitud para los casos de sustracción internacional de niños, véase Capítulo 15.

los dos sistemas jurídicos involucrados o en todos ellos. Cabe resaltar que, dada la complejidad de la situación jurídica en el marco de conflictos familiares internacionales, los abogados sólo deberían acceder a representar a una parte de un conflicto semejante cuando posean el conocimiento especializado necesario. La participación de un abogado no experto en casos de sustracción internacional de niños puede tener efectos negativos y puede crear obstáculos adicionales en el alcance de una solución amigable de la cuestión. En el contexto de la mediación, puede contribuir al desequilibrio de poderes entre las partes.

- 144 Según la organización del proceso de mediación y el modo en que el mediador o los mediadores y las partes deseen proceder, los representantes legales pueden estar presentes durante todas las sesiones de mediación o algunas de ellas. No obstante, es importante que los abogados que asistan a una sesión de mediación junto con sus clientes comprendan que el rol muy diferente que desempeñan durante la sesión de mediación es de naturaleza subsidiaria.
- 145 La cooperación estrecha con los representantes legales expertos reviste particular importancia, cuando se trata de evaluar si la solución favorecida por las partes cumpliría con los requisitos legales de ambas jurisdicciones involucradas y determinar las medidas adicionales que pueden ser necesarias para que el acuerdo amistoso sea jurídicamente vinculante y ejecutorio.
- 146 Por supuesto, todo abogado también puede llevar adelante la mediación por sí mismo, siempre que cumpla con los requisitos existentes para actuar en calidad de mediador en su jurisdicción. Sin embargo, el abogado no puede 'mediar' en un caso en el que represente a una de las partes debido al conflicto de intereses<sup>187</sup>.
- 147 Asimismo, todo abogado puede participar en la solución amigable de una controversia familiar de otras maneras. Respecto de los mecanismos adicionales destinados a alentar los acuerdos amistosos, tales como el derecho cooperativo, véase el Capítulo 15 *infra*.

## 4.2 Evaluación de la aptitud para la mediación

→ **Debería llevarse a cabo un examen inicial a fin de evaluar la aptitud del caso en particular para la mediación.**

- 148 Antes del inicio de un proceso de mediación en el marco de casos de sustracción internacional de niños, debería llevarse a cabo un examen inicial a fin de evaluar la aptitud del caso en particular para la mediación<sup>188</sup>. Esto ayuda a evitar las demoras que pueden surgir si se intenta la mediación en casos no aptos. Al mismo tiempo, el examen inicial ayuda a identificar los casos que suponen riesgos especiales, tales como los casos de violencia doméstica o abuso de drogas o alcohol, en los que deben tomarse precauciones especiales o la mediación podría ser completamente inapropiada<sup>189</sup>.
- 149 En este contexto, surgen dos preguntas importantes: (1) qué cuestiones deberían abordarse en la evaluación de la aptitud para la mediación y (2) quién puede / debe llevar a cabo esta evaluación.
- 150 La cuestión de si un caso es apto para la mediación debe determinarse en forma particular. Cabe destacar que no existen reglas universales en este aspecto. La aptitud del caso para la mediación dependerá de las circunstancias del caso en particular y, en cierta medida, de los medios y las características de los servicios de mediación disponibles y las normas aplicadas por el mediador / la organización de mediación respecto de dichas cuestiones.

<sup>187</sup> El abogado no puede ser un tercero neutral e imparcial y al mismo tiempo respetar la obligación profesional de proteger los intereses de su cliente.

<sup>188</sup> Para información acerca de la evaluación de la aptitud para la mediación en los diversos Estados contratantes del Convenio de 1980, véanse secciones 19.4 c) y d) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

<sup>189</sup> Véase, asimismo, Capítulo 10 *infra* sobre mediación y acusaciones de violencia doméstica.

- 151 Entre las diversas cuestiones que pueden afectar la aptitud de un caso de sustracción internacional de niños para la mediación se encuentran:
- la voluntad de las partes de someter su controversia a mediación<sup>190</sup>,
  - si las opiniones de las partes o de una de ellas se encuentran demasiado polarizadas para la mediación,
  - indicios de violencia doméstica y su grado<sup>191</sup>,
  - incapacidad derivada del abuso de drogas o alcohol<sup>192</sup>,
  - otros indicios de desequilibrio severo de los poderes de negociación,
  - indicios de maltrato infantil.
- 152 La evaluación de la aptitud del caso para la mediación debería comprender un intercambio confidencial con cada una de las partes por separado a fin de permitir que cada una de las partes exprese libremente sus eventuales preocupaciones con respecto a la mediación.
- 153 El intercambio inicial con las partes a fin de evaluar la aptitud del caso para la mediación puede utilizarse para abordar diversas cuestiones logísticas, que surgen, por ejemplo, de las discapacidades de una de las partes, que podría ser necesario tener en cuenta al momento de realizar arreglos prácticos para la sesión de mediación. Asimismo, la cuestión del idioma o de los idiomas en que la mediación debería llevarse a cabo puede abordarse en el intercambio inicial. Al mismo tiempo, puede evaluarse si debería concertarse el contacto provisorio con el niño y si el niño en cuestión ha alcanzado la edad o el grado de madurez en los que deberían tenerse en cuenta sus opiniones. Respecto de la consideración de las opiniones del niño durante la mediación, véase, asimismo, el Capítulo 7 *infra*.
- 154 La entrevista de examen inicial es también una ocasión ideal para informar a las partes de los detalles del proceso de mediación, al igual que del modo en que la mediación y el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya se afectan mutuamente<sup>193</sup>.
- 155 La evaluación de la aptitud del caso para la mediación debería encomendarse a un mediador o a otro profesional experimentado con conocimiento del funcionamiento de la mediación familiar internacional. Se necesita una formación apropiada a efectos de reconocer casos de riesgos especiales e indicios de diferencias en los poderes de negociación. El hecho de si la evaluación debería ser llevada a cabo por una persona vinculada al propio servicio de mediación pertinente o una persona que trabaje para la Autoridad Central, otro organismo central o el tribunal, dependerá en gran medida del modo en que la mediación se encuentre organizada en la jurisdicción pertinente. Algunos mediadores resaltan la importancia de que la evaluación sea llevada a cabo por el mediador o los mediadores a los que se les pida que intervengan en la mediación del caso<sup>194</sup>. Otros mediadores prefieren que la evaluación sea llevada adelante por un colega mediador que esté familiarizado con el servicio de mediación sugerido a las partes.
- 156 En el supuesto de que la evaluación de la aptitud del caso para la mediación sea llevada a cabo por una persona no familiarizada con los servicios de mediación en cuestión, puede que sea necesario proceder a una segunda evaluación por una persona familiarizada con los servicios de mediación

190 Por supuesto, cuando una parte que carece de conocimientos acerca del proceso de mediación se enfrenta a la idea de la mediación, el suministro de información más detallada sobre el funcionamiento de la mediación puede afectar positivamente la voluntad de esa parte de recurrir a la mediación. Sin embargo, véase sección 6.1 *infra* relativa al principio de voluntariedad de la mediación.

191 Por ejemplo, en los casos que involucran supuesta violencia doméstica, algunos mediadores, por lo general, se rehusan a llevar adelante la mediación. Otros pueden considerar que un caso de supuesta violencia doméstica es apto para la mediación, según el supuesto grado de violencia y las medidas de protección disponibles a fin de evitar los riesgos asociados al proceso de mediación; véase Capítulo 10 *infra*.

192 Cuando el caso en particular se considera todavía apto para la mediación, puede que sea necesario tomar precauciones a fin de evitar desventajas para la parte en cuestión.

193 Véase, asimismo, sección 6.1.2 *infra* sobre consentimiento informado.

194 Cabe destacar en este contexto que la cuestión que consiste en determinar si el mediador está dispuesto a hacerse cargo de la mediación de un caso en particular debe distinguirse de aquella de la aptitud de un caso para la mediación. Una vez establecida la aptitud de un caso para la mediación, por lo general, el mediador al que las partes han recurrido aún tiene plena discrecionalidad para decidir si desea hacerse cargo de la mediación en dicho caso.

en cuestión o por el mediador o los mediadores a los que se les pida que intervengan en la mediación del caso, lo que podría derivar en una demora innecesaria de la cuestión y posiblemente en gastos adicionales.

- 157 Muchos servicios de mediación establecidos para los casos de sustracción internacional de niños utilizan el examen inicial en forma exitosa<sup>195</sup>. En algunos programas, la aptitud del caso para la mediación se evalúa mediante un cuestionario escrito seguido de una entrevista telefónica.

### 4.3 Costes de mediación

- **Deberían invertirse los esfuerzos apropiados a fin de evitar una situación en la que los costes de mediación se conviertan en un obstáculo o un factor disuasivo respecto del uso de la mediación.**
- **Los Estados deberían considerar la provisión de asistencia judicial a efectos de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños.**
- **Debería suministrarse información acerca de los costes de los servicios de mediación y las posibles implicancias adicionales en materia de costes, al igual que de la interrelación con los costes inherentes al proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya en forma transparente.**

- 158 Es probable que la voluntad de las partes de intentar la mediación se vea influenciada por los costes totales inherentes a la mediación. Estos costes pueden comprender gastos en virtud de la evaluación inicial de la aptitud del caso para la mediación, los honorarios del mediador, gastos de viaje, gastos de reserva de las salas en las que la mediación tendrá lugar, eventuales honorarios de interpretación o para la participación de otros expertos y los eventuales gastos de representación legal. Los honorarios del mediador, que pueden cobrarse por hora o por día, pueden variar inmensamente de una jurisdicción a otra y entre los distintos servicios de mediación.
- 159 Algunos proyectos piloto diseñados específicamente para la mediación en casos de sustracción internacional de niños han ofrecido a las partes servicios de mediación en forma gratuita<sup>196</sup>. No obstante, en muchas jurisdicciones, ha resultado difícil obtener el financiamiento necesario a fin de ofrecer dichos servicios a las partes en forma gratuita a largo plazo.

<sup>195</sup> Por ejemplo, en el **Reino Unido (Inglaterra y Gales)**, el esquema reunite, véase el 'Folleto de Mediación', disponible en < <http://www.reunite.org/edit/files/Downloadable%20forms/Mediation%20Leaflet.pdf>> (consultado por última vez el 16 de junio de 2012); véase, asimismo, el Informe de 2006 sobre el Proyecto Piloto de Mediación de reunite (*op. cit.* nota 97), pp. 10, 13 – en el que los siguientes se consideraron indicios de la falta de aptitud para la mediación en casos de sustracción de niños: (1) uno de los progenitores no está dispuesto a asistir a las sesiones de mediación; (2) las opiniones de los progenitores se encuentran demasiado polarizadas; (3) existen preocupaciones acerca de la violencia doméstica o su supuesto grado; (4) existen acusaciones de abuso de niños.

<sup>196</sup> Por ejemplo, el proyecto de mediación binacional franco-germano y el Informe de 2006 sobre el Proyecto Piloto de Mediación de reunite (*op. cit.* nota 97). Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11); con respecto al Proyecto Piloto de Mediación de reunite, véase 5.3, p. 19:

'Para llevar a cabo su proyecto piloto, reunite tuvo que realizar una investigación subvencionada por la Fundación Nuffield. Todos los gastos asociados a la mediación, incluyendo traslado desde y hacia el Reino Unido estuvieron completamente cubiertos para el padre solicitante hasta un determinado límite. También se cubrieron los gastos de hotel y traslados adicionales y gastos de subsistencia. Los honorarios de los mediadores, los honorarios de administración y los honorarios del intérprete también se cubrieron con la subvención. El progenitor asentado en el Reino Unido tuvo también un reembolso de los gastos de traslado y subsistencia y alojamiento cuando fuera necesario.'

- 160 En muchas jurisdicciones, no se aplican restricciones legales a los honorarios del mediador; la cuestión queda librada a la auto-regulación del ‘mercado’<sup>197</sup>. Sin embargo, muchos mediadores adhieren a un esquema de honorarios al momento de incorporarse a una asociación de mediación o a códigos de conducta que requieren que ‘cobren honorarios razonables teniendo en cuenta el tipo y la complejidad del objeto, el tiempo previsto de la mediación y la relativa pericia del mediador’<sup>198</sup> (traducción no oficial). Al mismo tiempo, varios códigos de conducta destacan que ‘los honorarios cobrados por el mediador no deberían depender del resultado’<sup>199</sup> (traducción no oficial). En otros Estados, los honorarios de mediación están regulados por ley o definidos por el tribunal y distribuidos entre las partes<sup>200</sup>.
- 161 Deben invertirse todos los esfuerzos posibles a fin de garantizar que el coste de la mediación no se convierta en un obstáculo o un factor disuasivo respecto de su uso. Reconociendo las ventajas de promover la mediación en casos de sustracción internacional de niños, algunos Estados ofrecen servicios de mediación en casos de sustracción internacional de niños en forma gratuita o han abierto su sistema de asistencia judicial a la mediación<sup>201</sup>. Los Estados que aún no lo han hecho deberían considerar la conveniencia de poner la asistencia judicial a disposición de la mediación o de otro modo garantizar que los servicios de mediación puedan ofrecerse en forma gratuita o a un precio razonable para las partes con recursos limitados<sup>202</sup>.
- 162 Cabe destacar que es un gran logro del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores que el proceso de restitución se encuentre a disposición del progenitor solicitante en algunos Estados en forma completamente gratuita<sup>203</sup>; en otros Estados, los sistemas nacionales

197 Véase K.J. Hopt & F. Steffek, (*op. cit.* nota 2), p. 33.

198 Véase el Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia (*op. cit.* nota 13), sección 2.7.3, p. 12.

199 Para más referencias, *ibíd.*, sección 2.7.3, pp. 12, 13.

200 Véase S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 5.3, p.

19, que hace referencia, *inter alia*, a Francia, donde se ha establecido un control judicial respecto de los honorarios inherentes a la mediación judicial; para más ejemplos, véase, asimismo, K.J. Hopt & F. Steffek (*op. cit.* nota 2), p. 34.

201 Por ejemplo, la mediación gratuita en los casos de sustracción internacional de niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores se encuentra disponible en: Dinamarca, Francia (mediación concertada por la Autoridad Central), Israel (para la mediación a través de la unidad de asistencia judicial) Noruega y Suecia (si el tribunal designa al mediador); véanse, asimismo, Perfiles de Países en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*), sección 19.3 d). La asistencia judicial a efectos de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños se encuentra disponible bajo determinadas condiciones, por ejemplo, en el Reino Unido (Inglaterra y Gales), donde los mediadores o las organizaciones de mediación, que son titulares de una Franquicia de Fondos Públicos (*Public Funding Franchise*) de la Comisión de Servicios Legales (*Legal Services Commission*), pueden ofrecer servicios de mediación con fondos públicos a los clientes que sean susceptibles de recibir asistencia judicial, véase < <http://www.legalservices.gov.uk> >. De modo similar, en los Países Bajos, la asistencia judicial se encuentra disponible para los costes de mediación siempre que la mediación sea llevada adelante por mediadores inscriptos ante el Consejo de Asistencia Judicial de los Países Bajos (sitio web oficial < [www.rvr.org](http://www.rvr.org) >, véase la Ley de Asistencia Judicial de los Países Bajos (*Wet op de rechtsbijstand*). Asimismo, según los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980, (*ibíd.*), la asistencia judicial puede cubrir los costes de mediación en los casos de sustracción internacional de niños, por ejemplo, en las siguientes jurisdicciones: Argentina, Eslovenia, Israel, Reino Unido (Irlanda del Norte) y Suiza.

202 Véase, asimismo, Recomendación Rec (2002)10 del Consejo de Europa sobre la mediación en materia civil (véase nota 53 *supra*), Principio III (Organización de la mediación):

‘9. Los Estados deberían considerar la oportunidad de establecer y ofrecer un sistema de mediación gratuito en todo o en parte o de brindar asistencia judicial a efectos de la mediación, en particular, si el interés de alguna de las partes requiere protección especial.

10. Cuando la mediación dé lugar a costes, dichos costes deberían ser razonables y proporcionales a la importancia de la cuestión en juego y a la cantidad de trabajo realizado por el mediador’ (traducción no oficial).

203 El art. 26(2) del Convenio de La Haya de 1980 establece que los Estados contratantes ‘n[o] exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso [en virtud del Convenio de La Haya]’, pero muchos Estados contratantes han hecho uso de la posibilidad de declarar una reserva relativa al art. 26 y, de ese modo, han sometido el proceso en virtud del Convenio de La Haya a las normas en materia de asistencia judicial habituales en su jurisdicción; para más información, véanse, asimismo, los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980, (nota 121 *supra*).



de asistencia judicial pueden aplicarse a los procesos en virtud del Convenio de La Haya<sup>204</sup>. Sería alentador que un apoyo similar pudiera ponerse a disposición de la mediación en casos de sustracción internacional de niños en el contexto del Convenio de 1980.

- 163 Los costes asociados a la mediación constituyen un aspecto esencial del acceso a la mediación en la práctica. La información relativa a los honorarios de mediación y otros costes eventuales relacionados, tales como los honorarios que se cobran por lograr que el acuerdo de mediación se torne vinculante en los dos sistemas jurídicos involucrados o en todos ellos, es importante a fin de que las partes decidan proceder o no a la mediación.
- 164 Por lo tanto, los progenitores deberían recibir información clara y detallada acerca de todos los eventuales gastos vinculados a la mediación, de modo tal de poder estimar correctamente la eventual carga financiera que tendrían<sup>205</sup>.
- 165 'A menudo se recomienda que dicha información se asiente por escrito con anterioridad a la mediación' (traducción no oficial)<sup>206</sup>; puede incluirse en el contrato de mediación que se celebra habitualmente entre el mediador y las partes antes del inicio de la mediación<sup>207</sup>.

#### 4.4 Lugar de mediación

- 166 Tal como se establece en la sección 2.6, la distancia geográfica plantea desafíos especiales para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños. Concertar una reunión en persona para una o varias sesiones de mediación puede ser costoso y demandar mucho tiempo. No obstante, muchos mediadores experimentados recomiendan llevar a cabo reuniones en persona cuando sea posible.

- Tanto las opiniones como las preocupaciones de ambos progenitores deben tenerse en cuenta al momento de determinar en qué Estado debería convocarse a una sesión de mediación en persona.
- La sede elegida para las sesiones de mediación en persona debe ser neutral y apropiada para la mediación en el caso en particular.
- Cuando la presencia física de ambas partes en una sesión de mediación no fuera apropiada o factible, debería considerarse la mediación indirecta y a larga distancia.

- 167 Los mediadores que reciban una solicitud de mediación en el marco de un caso de sustracción internacional de niños tendrán que debatir acerca de la factibilidad de las sesiones de mediación en persona con las partes al igual que acerca del lugar apropiado para dichas sesiones de mediación en persona. Ambos factores dependerán de las circunstancias del caso en particular.
- 168 Muy frecuentemente, las sesiones de mediación en los casos de sustracción internacional de niños tienen lugar en el país al que el niño fue trasladado luego de la sustracción. Una de las ventajas de un arreglo semejante consiste en la posibilidad de concertar el contacto provisorio entre el progenitor perjudicado y el niño durante la estadía del progenitor perjudicado en dicho país; esto puede tener un efecto positivo en la mediación<sup>208</sup>. Otra ventaja consiste en simplificar el vínculo

<sup>204</sup> Véase, asimismo, el Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia (*op. cit.* nota 13), sección 2.7.3, p. 12; para más información, véanse, asimismo, los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

<sup>205</sup> Véase, asimismo, el Código de Conducta Europeo para Mediadores (nota 58 *supra*), 1.3 (Honorarios):

'Cuando no se haya dispuesto otra cosa, el mediador deberá informar a las partes a qué forma de remuneración quedará sujeta su intervención. El mediador no deberá intervenir en mediación alguna antes de que los principios de su remuneración hayan sido aceptados por todas las partes interesadas'.

<sup>206</sup> Véase el Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia (*op. cit.* nota 13), sección 2.7, p. 12.

<sup>207</sup> Véase sección 4.5 *infra* sobre el contrato de mediación.

<sup>208</sup> S. Kiesewetter & C.C. Paul, 'Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds), (*op. cit.* nota 98), pp. 46, 47.

entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial en virtud del Convenio de La Haya. Sin embargo, elegir como sede el Estado al que el niño fue trasladado puede interpretarse como una injusticia adicional por el progenitor perjudicado quien podría considerar que su acuerdo de intento de mediación (en lugar de seguir simplemente el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya) ya supone una concesión. Además de los impedimentos prácticos, tales como los gastos de traslado, el progenitor perjudicado podría asimismo enfrentar dificultades legales al momento de ingresar al Estado al que el niño fue trasladado luego de la sustracción por cuestiones de visado e inmigración (véase sección 2.7 *supra*). Por otro lado, la posible presencia del progenitor perjudicado en el Estado al que el niño fue trasladado, a fin de asistir al proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya (para el cual también debería otorgarse una visa – véase sección 2.7), puede utilizarse como oportunidad de proceder a la mediación en dicho Estado. En tal caso, el progenitor perjudicado al menos no deberá hacerse cargo de ningún gasto de viaje adicional.

- 169 Por el contrario, llevar a cabo una sesión de mediación en persona en el país desde el cual el niño fue trasladado en forma ilícita puede plantear algunos desafíos prácticos adicionales. El progenitor sustractor podría enfrentar un proceso penal en dicho país (véase sección 2.8 *supra*) o mostrarse reticente a dejar al niño al cuidado de un tercero durante su ausencia.
- 170 En circunstancias excepcionales, puede considerarse la posibilidad de llevar a cabo una reunión de mediación en persona en un tercer país ‘neutral’. No obstante, los gastos de viaje y las cuestiones de visado pueden ser impedimentos.
- 171 Con respecto a la sede efectivamente utilizada para la reunión de mediación en persona, es evidente que debe llevarse a cabo en un lugar neutral, por ejemplo, en las salas de un edificio de tribunales o las instalaciones de un organismo independiente que ofrece servicios de mediación. Asimismo, las partes podrían considerar neutral un edificio religioso o comunitario. La sede de la reunión de mediación debe ser adecuada para el caso en particular, por ejemplo, brindar seguridad suficiente a las personas involucradas si fuera necesario<sup>209</sup>.
- 172 Si bien los mediadores, por lo general, consideran que el ambiente de una reunión en persona es conducente a lograr una solución amigable, las circunstancias del caso en particular determinarán cuál es la opción posible y más apropiada. Cuando la sesión de mediación en persona no es apropiada o posible, puede optarse por la mediación a larga distancia. Con la ayuda de la tecnología moderna, las reuniones virtuales en persona pueden ser relativamente fáciles de organizar<sup>210</sup>. En algunos Estados, tales como Australia, debido a su gran territorio geográfico, los servicios de mediación a larga distancia, por teléfono, enlace de video o Internet (también denominada Resolución de Controversias En Línea (*Online Dispute Resolution – ODR*)) se han desarrollado rápidamente en los últimos años<sup>211</sup>.
- 173 Sin embargo, la mediación a larga distancia enfrenta una serie de desafíos específicos<sup>212</sup>, uno de los cuales es la forma de garantizar la confidencialidad de la sesión de mediación. Al mismo tiempo, los arreglos prácticos para la sesión de mediación deben considerarse cuidadosamente. Por

<sup>209</sup> Con respecto a las necesidades específicas en los casos de violencia doméstica, véase, *e.g.*, Capítulo 10 *infra*.

<sup>210</sup> Con respecto al uso de la tecnología en el contexto de la mediación familiar internacional, véase, por ejemplo, M. Kucinski, “The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases”, *Journal of Dispute Resolution*, 2010, pp. 297 y ss. pp. 312 y ss.

<sup>211</sup> Con respecto al desarrollo de un servicio de resolución de controversias familiares en línea en Australia, véase, por ejemplo, T. Casey, E. Wilson-Evered and S. Aldridge, “The Proof is in the Pudding: The Value of Research in the Establishment of a National Online Family Dispute Resolution Service”, Undécimo proceso de conferencias del Instituto Australiano de Estudios de Familia (*Australian Institute of Family Studies*), disponible en < <http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs11/> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>212</sup> Con respecto a los desafíos especiales de la mediación a larga distancia, véase, por ejemplo, el Proyecto de Principios de Buenas Prácticas sobre “Resolución de Controversias y Tecnología de la Información” (*Dispute Resolution and Information Technology*), redactado por el Consejo Consultivo Nacional Australiano de Resolución Alternativa de Controversias (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)), 2002, disponible en < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/PrinciplesonTechnologyandADR.aspx> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

ejemplo, a fin de evitar toda duda en cuanto a la justicia y la neutralidad de la mediación, puede ser útil, en un caso de mediación simple, evitar que el mediador participe en un enlace de video junto a una de las partes (i.e., en la misma sala que la parte).

- 174 Asimismo, la mediación a larga distancia podría resultar interesante para casos en los que hubiera acusaciones de violencia doméstica y una de las partes declarara que, si bien desea someterse a mediación, la posibilidad de estar en la misma sala que la otra parte sería muy difícil de enfrentar<sup>213</sup>.

#### 4.5 El contrato de mediación – Consentimiento informado respecto de la mediación

- A efectos de garantizar que las partes estén bien informadas acerca de los términos y las condiciones del servicio de mediación, puede ser aconsejable establecer un contrato entre el mediador y las partes (contrato de mediación).
- El contrato de mediación debería ser claro y brindar toda información necesaria sobre el proceso de mediación, incluso información detallada sobre los posibles costes.
- Cuando no se establezca ningún contrato de mediación semejante, debe garantizarse que las partes estén de otro modo bien informadas acerca de los términos y las condiciones del servicio de mediación antes de iniciar un proceso de mediación.

- 175 Con miras a garantizar el consentimiento informado de las partes respecto de la mediación, debería considerarse la posibilidad de establecer un acuerdo por escrito entre el mediador y las partes acerca de los términos y las condiciones del servicio de mediación, excepto que el sistema jurídico pertinente disponga lo contrario<sup>214</sup>. Este contrato de mediación debería ser claro e incluir toda información necesaria sobre el proceso de mediación.
- 176 El contrato debería explicar el rol del mediador en carácter de tercero neutral e imparcial. Cabe destacar que el mediador sólo colabora con la comunicación entre las partes y no representa a (una de) las partes. Esto último es de vital importancia cuando la mediación ha de llevarse a cabo como co-mediación binacional bilingüe, en el marco de un conflicto familiar transfronterizo en el que las partes podrían llegar a sentir un vínculo más estrecho con el mediador que habla su mismo idioma y comparte sus mismos antecedentes culturales<sup>215</sup>.
- 177 Todo contrato de mediación redactado a efectos de una controversia familiar internacional debería resaltar la importancia de obtener información / asesoramiento jurídico pertinente con respecto a los acuerdos parentales y su implementación en los distintos sistemas jurídicos en cuestión, señalando al mismo tiempo que, aun si se refiere a información legal, el propio mediador no brindará asesoramiento jurídico alguno<sup>216</sup>. Es aquí donde una estrecha cooperación con los representantes legales expertos de las partes puede resultar útil y / o las partes pueden ser derivadas a fuentes de asesoramiento jurídico especializado e independiente.

<sup>213</sup> Véase Capítulo 10 *infra* sobre mediación y acusaciones de violencia doméstica.

<sup>214</sup> Véase, asimismo, sección 6.1.2.

<sup>215</sup> Véase, asimismo, sección 6.2.3 sobre el concepto de mediación bicultural bilingüe.

<sup>216</sup> Véase, asimismo, Recomendación Nffl R (98) 1 del Consejo de Europa sobre la mediación familiar (véase nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

“Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes: [...]

x. el mediador puede suministrar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente”.

- 178 El contrato de mediación debería destacar la importancia de la confidencialidad del proceso de mediación y debería resaltar las disposiciones legales aplicables<sup>217</sup>. Asimismo, el contrato puede incluir términos que obliguen a las partes a no citar al mediador<sup>218</sup>.
- 179 El contrato debería hacer referencia a los métodos / modelos de mediación empleados y al alcance de la mediación<sup>219</sup>.
- 180 Asimismo, el contrato debería brindar información detallada sobre los posibles costes de mediación<sup>220</sup>.
- 181 Sin embargo, si no se redactara contrato de mediación alguno, la información precedente debería ponerse a disposición de las partes por escrito, por ejemplo, mediante folletos informativos, una carta personalizada o términos y condiciones generales disponibles en el sitio web a los que se hiciera referencia con anterioridad al inicio de la mediación.

## 5 Alcance de la mediación en los casos de sustracción internacional de niños

- 182 Una cuestión que siempre se destaca al referirse a las ventajas de la mediación en comparación con los procesos judiciales es el alcance de la mediación. Se afirma que la mediación puede otorgar un mejor tratamiento a todas las facetas del conflicto, dado que también puede incluir temas que no tienen relevancia jurídica y que, por ende, no tendrían lugar en una audiencia frente a un tribunal. En una controversia familiar, la mediación puede ayudar a esclarecer las viejas enemistades familiares de larga data de las que posiblemente la controversia actual sea un mero síntoma. Sin embargo, esto puede significar que las partes se involucren en un proceso que les demandará mucho tiempo.

### 5.1 Concentración en las cuestiones urgentes

- La mediación en los casos de sustracción internacional de niños conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores debe cumplir con plazos muy estrictos y, por ello, es posible que su alcance deba limitarse.
- Debe llegarse a un buen punto de equilibrio entre la inclusión de las cuestiones que sean necesarias para llegar a un acuerdo amistoso sustentable y la observancia de los plazos acotados.

- 183 En las circunstancias particulares de la sustracción internacional de niños, la mediación debe llevarse adelante en el contexto del marco jurídico internacional aplicable. Para ser compatible con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la mediación debe cumplir con plazos muy estrictos y, por ello, es posible que su alcance deba limitarse. Asimismo, el Convenio de 1980 puede proporcionar indicaciones respecto de las cuestiones tratadas en la mediación.

<sup>217</sup> Para más información en materia de confidencialidad, véase sección 6.1.5 *infra*.

<sup>218</sup> Para el ejemplo de inclusión de una disposición disuasiva “según la cual una parte debe pagar los honorarios del mediador si la parte cita al mediador pero no se obliga a dar testimonio” (traducción no oficial), cuando la ley no protege la confidencialidad de la mediación, véase K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), pp. 197, 198.

<sup>219</sup> Con respecto al alcance de la mediación, véase Capítulo 5 *infra*.

<sup>220</sup> Véase, asimismo, la Norma VIII de las Normas de Conducta de los EE. UU. (*US Standards of Conduct*), confeccionadas por la *American Bar Association*, la *American Arbitration Association* y la *Association for Conflict Resolution* en 1994, según la versión modificada en 2005 (nota 56 *supra*).

- 184 Evidentemente, la principal cuestión controvertida es la restitución del niño. Tal como lo resaltara en este contexto el estudio comparativo preparado por la Comisión Especial de 2006:  
 ‘[Una] solicitud en virtud del Convenio [de 1980] [se] ocupa principalmente de procurar la restitución del menor que reside habitualmente en uno de los Estados contratantes quien ha sido trasladado ilícitamente o retenido en otro Estado contratante [...] La premisa fundamental del Convenio es que el Estado de residencia habitual del menor retenga la jurisdicción a fin de decidir sobre cuestiones de custodia / derechos de visita, y que la restitución inmediata del menor a ese Estado posibilitará que tales decisiones se tomen en forma expedita para beneficio del menor, sin que el menor tenga tiempo de establecerse en otro Estado’<sup>221</sup>.
- 185 El Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores persigue el objeto de reestablecer con urgencia el *statu quo ante* de la sustracción, poniendo las decisiones a largo plazo acerca de la custodia y del contacto, incluida la cuestión de la posible reubicación del niño, en las manos del tribunal competente que, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños y otros instrumentos pertinentes que avalan este principio, es el del Estado de residencia habitual del niño. En el caso de que no se aplique ninguna de las excepciones, el juez que entienda respecto de la solicitud de restitución presentada en virtud del Convenio de La Haya deberá ordenar la restitución del niño.
- 186 En consecuencia, podría plantearse si la mediación en casos de sustracción de niños conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores debería limitarse a discutir respecto del modo de la restitución inmediata del niño a la jurisdicción competente. Sin dudas, la respuesta es no. La mediación en el contexto del Convenio de 1980 también puede abordar la posibilidad de que no se produzca la restitución, sus condiciones, sus modalidades y las cuestiones relacionadas, i.e., la decisión a largo plazo de la reubicación del niño. En principio, el hecho de que la mediación trate estas cuestiones no se contradice con el Convenio de 1980 y los otros instrumentos pertinentes, si bien naturalmente el marco jurídico afecta lo que se pueda acordar en la práctica<sup>222</sup>.
- 187 Cabe destacar que la mediación no se enfrenta a las mismas limitaciones jurisdiccionales que los procesos judiciales. Mientras que los procesos judiciales sólo pueden abordar cuestiones sobre las que el tribunal tiene competencia (internacional), la mediación no se ve limitada en la misma forma, si bien las cuestiones jurisdiccionales revestirán importancia al momento en que el acuerdo de mediación se torne jurídicamente vinculante en los distintos sistemas jurídicos involucrados. Por ello, se acepta ampliamente que, en los casos de sustracción internacional de niños, la mediación no sólo puede abordar las condiciones y las modalidades de la restitución o de la falta de restitución, sino también otras cuestiones a más largo plazo que afectan la responsabilidad parental de las partes, incluida la custodia, el contacto e incluso los arreglos de alimentos para los niños.
- 188 Por el contrario, en general, los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya no pueden tratar las cuestiones de fondo de la custodia. El artículo 16 del Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores establece que ‘[d]espués de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor [...] las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor [...]’. En este aspecto, el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños funciona en el mismo sentido que el Convenio de 1980: las decisiones a largo plazo acerca de la custodia se dejan libradas a la jurisdicción del tribunal competente en el Estado donde se encontraba la residencia habitual del niño inmediatamente antes de la sustracción. Conforme al artículo 16 del Convenio de 1980,

221 Véase S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y otros medios similares (*op. cit.* nota 11), 3.1, pp. 10, 11.

222 Véase, asimismo, S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (*op. cit.* nota 95), pp. 39 y ss; véase, asimismo, E. Carl & M. Erb-Klünemann, “Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases”, en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), pp. 59-76.)

por lo general, el cambio de competencia en cuestiones de custodia a los tribunales del Estado requerido sólo es posible una vez que el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya ha concluido<sup>223</sup>.

- 189 Al momento de decidir exactamente qué cuestiones pueden tratarse en las sesiones de mediación en un caso de sustracción internacional de niños en particular, debe lograrse un equilibrio entre el tratamiento de las cuestiones necesarias para llegar a un acuerdo amistoso sustentable y la observancia de los plazos acotados. Asimismo, las posibles medidas (adicionales) necesarias para lograr que el acuerdo relativo a un objeto determinado sea jurídicamente vinculante y ejecutorio en ambos sistemas jurídicos involucrados deben considerarse cuidadosamente al momento de determinar el alcance de la mediación. A modo de ejemplo, puede que, en el caso en particular, la inclusión de cuestiones de manutención en un acuerdo relativo a la restitución del niño corra el riesgo de demorar considerablemente el proceso de lograr que el acuerdo de mediación sea ejecutorio en ambos sistemas jurídicos debido a cuestiones jurisdiccionales complejas<sup>224</sup>. En este caso, puede que sea aconsejable separar la cuestión de la manutención de las cuestiones que están principalmente en juego en la situación de la sustracción internacional de niños, i.e., la cuestión de la restitución o falta de restitución del niño y las cuestiones posiblemente relacionadas en materia de responsabilidad parental. Debería informarse a las partes de que la exclusión de cuestiones del alcance de la mediación a esta altura no constituye un obstáculo para retomar estas cuestiones en sesiones de mediación separadas en una etapa posterior.

## 5.2 Importancia de la competencia y la ley aplicable respecto de la responsabilidad parental y de otras cuestiones tratadas en el acuerdo de mediación

→ En el contexto de la mediación familiar internacional, deben considerarse la interacción entre los sujetos cubiertos por la mediación y los aspectos de la competencia y la ley aplicable.

- 190 En las controversias familiares internacionales, la mediación debe considerar la interacción entre las cuestiones tratadas dentro de la mediación y las cuestiones de competencia y ley aplicable. Por lo general, será necesario que un tribunal intervenga para otorgarle efecto jurídico a un acuerdo de mediación, sea en aras de la inscripción o de convertir el acuerdo en una orden judicial. Por ello, es importante considerar cuál/es tribunal/es puede/n ser competente/s respecto de las cuestiones que se incluirán en el acuerdo de mediación, al igual que la cuestión de la ley aplicable. Si un acuerdo de mediación cubre una amplia gama de cuestiones, es posible que más de una autoridad administrativa o judicial deba intervenir en el proceso de otorgarle efecto jurídico al contenido del acuerdo<sup>225</sup>.

---

223 Véase, Capítulo 13 *infra* sobre cuestiones de competencia y normas de ley aplicable; respecto del cambio de competencia de conformidad con el art. 7 del Convenio de 1996, véase, asimismo, Capítulo 13 del Manual Práctico sobre el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, “Publicaciones”).

224 Para más detalles acerca de la cuestión de la competencia, véase sección 5.2 *infra* y Capítulo 13.

225 Véase Capítulo 13 *infra* sobre las cuestiones de competencia y normas de ley aplicable.

## 6 Principios, modelos y métodos de la mediación

- 191 En aras de garantizar la calidad de la mediación, se ha desarrollado una serie de principios, muchos de los cuales pueden hallarse incorporados a la legislación, los códigos de conducta y otros instrumentos pertinentes sobre mediación. Algunos de estos principios, como la imparcialidad y la neutralidad, suelen hasta incluirse en la definición misma de mediación.
- 192 Si bien los principios de mediación promovidos en las distintas jurisdicciones y por cada uno de los organismos de mediación pueden variar, es posible identificar muchos elementos en común. La presente Guía trata las buenas prácticas relativas a los principios con mayor promoción, que revisten particular importancia para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños.
- 193 En lo que respecta a modelos y métodos de mediación empleados en los distintos Estados y por los distintos esquemas de mediación, el panorama es aún más diverso y la presente Guía no puede proporcionar un panorama exhaustivo. El objetivo de la Guía es destacar ciertas buenas prácticas que son de utilidad para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños, sin dejar de respetar la diversidad de enfoques relacionados con los modelos y los métodos de mediación.

### 6.1 Principios de la mediación – Normas internacionales

#### 6.1.1 NATURALEZA VOLUNTARIA DE LA MEDIACIÓN

- La mediación es un proceso voluntario.
- El inicio del proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya no debe depender de la realización de una mediación o de la asistencia a una reunión informativa sobre mediación.
- La voluntad o la falta de voluntad para comenzar una mediación no debe influir en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya.

- 194 La naturaleza misma de la mediación es involucrar a las partes en un proceso voluntario para llegar a una solución amigable de su controversia. La ‘voluntariedad’ es un principio básico e incuestionable de la mediación, generalmente utilizado en las definiciones de mediación y, por ende, ha sido incorporado en la definición de mediación de la presente Guía<sup>226</sup>.
- 195 El principio de ‘voluntariedad’ no es incoherente con los requisitos existentes en algunas jurisdicciones respecto de las reuniones informativas obligatorias sobre mediación<sup>227</sup>. Incluso en las jurisdicciones donde las partes de una controversia están obligadas a intentar la mediación<sup>228</sup>, puede alegarse que esto es compatible con la naturaleza voluntaria de la mediación, siempre que las partes no se vean obligadas a resolver su controversia durante la mediación.

<sup>226</sup> Véase sección de Terminología *supra*.

<sup>227</sup> Por ejemplo, en Francia y en Alemania, en una controversia parental relativa a los niños, el juez de familia puede obligar a los progenitores a asistir a una reunión informativa en materia de mediación, pero no puede obligarlos a iniciar la mediación, véanse art. 373-2-10 (modificado por última vez en 2004) y art. 255 (modificado por última vez en 2002) del Código Civil de Francia y § 156, párr. 1, oración 3 (modificado por última vez en 2012) y § 81, párr. 2, oración 5 (modificado por última vez en 2012) de la Ley Alemana de Procedimiento Local en materia de Derecho de Familia (FamFG); además, en Australia, el tribunal puede ordenar “que las partes de la controversia se sometan a la resolución de controversias familiares [...]” (traducción no oficial), que incluye la mediación, véanse arts. 13 C) y ss. de la Ley de Derecho de Familia de 1975 (*Family Law Act 1975*) (modificada por última vez por la Ley N° 147 de 2010) (nota 174 *supra*). Para más información respecto de las reuniones obligatorias sobre mediación en cuestiones civiles en algunos Estados, véase también K.J. Hopt & F. Steffek (*op. cit.* nota 2), p. 12.

<sup>228</sup> Véase H. Joyce, “Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses”, *Comentario*, 14 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* (1997), p. 451.

- 196 En los casos de sustracción internacional de niños, el uso de la mediación no debería dilatar los procesos de restitución inmediata y, por ello, el uso de medidas ‘obligatorias’ a fin de promover la mediación debe considerarse con cautela.
- 197 El inicio de un proceso de restitución de La Haya no debería depender de la asistencia de ambas partes a una sesión informativa sobre mediación, menos aún, si, en consecuencia, el progenitor sustractor tendría la posibilidad de demorar el inicio del proceso en forma unilateral. Asimismo, ninguna medida obligatoria que inste a los progenitores a embarcarse en una mediación puede ignorar las circunstancias específicas de los casos de sustracción internacional. Los Estados deben considerar si los mecanismos utilizados en el marco de controversias nacionales en materia de derecho de familia en aras de promover el uso de la mediación son apropiados para los casos de sustracción internacional de niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- 198 Un patrón recurrente de estos casos es, por ejemplo, que el progenitor perjudicado no está familiarizado con el sistema jurídico del Estado requerido (el Estado al que el niño fue trasladado) y no habla el idioma de dicho Estado, mientras que el progenitor sustractor habitualmente posee al menos el vínculo idiomático con este Estado. En este caso, es probable que el progenitor perjudicado perciba como injusta la presión para embarcarse en una mediación disponible exclusivamente en el idioma del Estado requerido, i.e., en la que el progenitor perjudicado no podrá comunicarse en su lengua materna. Darle al progenitor perjudicado en tal situación la impresión de que el inicio del proceso en virtud del Convenio de La Haya depende de que intente una mediación bien podría ser considerado por él como una presión indebida y, por lo tanto, ser contraproducente.
- 199 Ambos progenitores deben ser informados de que la mediación es sólo una opción, que existe además del recurso al proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya. La voluntad o la falta de voluntad de los progenitores de someter la controversia a un proceso de mediación o continuarlo una vez iniciado no debería influir en la decisión del tribunal<sup>229</sup>.

#### 6.1.2 CONSENTIMIENTO INFORMADO

→ **La decisión de las partes de someter la controversia a mediación debe basarse en el consentimiento informado.**

- 200 Toda la información necesaria sobre la mediación y las cuestiones relacionadas debe proporcionarse a las partes con anterioridad al proceso de mediación, para permitir que tomen una decisión fundada relativa al sometimiento de la controversia a mediación<sup>230</sup>. Esta información debe incluir: detalles del proceso de mediación y principios que determinan ese proceso, tales como la confidencialidad; detalles sobre el método y el modelo utilizados, así como también información acerca de las modalidades prácticas; y eventuales costes para las partes. Asimismo, debe proporcionarse información sobre la interrelación de la mediación y los procesos judiciales. Debe informarse a las partes de que la mediación es sólo una opción y que intentar la mediación no impedirá su acceso a un proceso judicial.
- 201 En caso de que se redacte un contrato de mediación entre el mediador y las partes que verse sobre los términos y las condiciones de la mediación, la información pertinente podría incluirse en el contrato. Véase, asimismo, sección 4.5 supra sobre el ‘contrato de mediación’.

<sup>229</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota Error! Bookmark not defined.), 5.1, pp. 17, 18, que hace referencia al Programa Piloto de Mediación de Reunite (nota 97 supra):

“Cuando se acercan los posibles participantes del proyecto piloto de Reunite, se pone énfasis en informar a los padres que la mediación solamente se puede llevar a cabo con el consentimiento de ambas partes y la buena voluntad para entrar en mediación no tendría efecto en cuanto al resultado de la aplicación del Convenio de La Haya”.

<sup>230</sup> Véanse los Principios para el establecimiento de Estructuras de Mediación en Anexo 1 supra, incluido el principio general de “Consentimiento informado”.



202 Como la situación jurídica es especialmente compleja en las controversias familiares internacionales, debe señalarse a las partes que se requiere información jurídica especializada para influir en el debate a lo largo de la mediación y para ayudarlas a redactar el acuerdo de mediación, así como para otorgarle efecto jurídico al acuerdo en las jurisdicciones que corresponda. La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional establecido a estos efectos (véase Capítulo 4 *supra*, ‘Acceso a la mediación’) podrían facilitar el acceso a esta información, o también la podrían proporcionar los representantes legales expertos de las partes<sup>231</sup>.

### 6.1.3 EVALUACIÓN DE LA APTITUD PARA LA MEDIACIÓN

→ **Debe aplicarse un proceso de examen para evaluar la aptitud para la mediación de un caso en particular.**

203 Las ventajas de un examen inicial se han detallado en las secciones 2.1 y 4.2 *supra*.

### 6.1.4 NEUTRALIDAD, INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y JUSTICIA

→ **Los principios generales de neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia son indispensables para la mediación y se los debe salvaguardar.**

204 Los principios de neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia son esenciales para la mediación<sup>232</sup>. Si bien apuntan a distintos aspectos del proceso de mediación, están estrechamente relacionados. La mediación debe ser neutral respecto del resultado del proceso de mediación. El mediador debe ser independiente respecto de la forma en que lleva adelante la mediación. Al mismo tiempo, el mediador debe ser imparcial en sus relaciones con las partes<sup>233</sup>. Por último, la mediación debe llevarse adelante equitativamente. Esto implica que las partes deben tener la misma oportunidad para participar del proceso de mediación. El proceso de mediación debe adaptarse a cada caso particular para permitir el equilibrio de los poderes de negociación. Por ejemplo, en la medida de lo posible, se debe respetar el deseo de las partes de usar su lengua materna o la lengua con la que se sientan más cómodas<sup>234</sup>.

<sup>231</sup> Véase sección 6.1.7 *infra* respecto de la toma de decisiones informada; véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

“Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarroll[e] conforme a los principios siguientes: [...]”

x. el mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente”.

<sup>232</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y otros medios similares (*op. cit.* nota 11), 3.2-3.4 pp. 11-13 y también la Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

“Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarroll[e] conforme a los principios siguientes:

i. el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes;  
ii. el mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación;  
iii. el mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su legalidad en la negociación”.

<sup>233</sup> Véase, asimismo, la Norma II de las Normas de Conducta de los EE. UU., (nota 56 *supra*); véase, asimismo, art. 8 de la Guía de Buenas Prácticas de Mediación Familiar de AIFI (*op. cit.* nota 144); véase, asimismo, J. Zawid, “Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators”, *Inter-American Law Review*, Vol. 40, 2008, 1 y ss., 37 y ss.

<sup>234</sup> Véase sección 2.5 *supra*.

### 6.1.5 CONFIDENCIALIDAD

- Los Estados deben garantizar las salvaguardias apropiadas para la confidencialidad de la mediación.
- Los Estados deben considerar la introducción de normas que garanticen que el mediador y las otras partes involucradas en la mediación no se vean obligados a presentar pruebas de las comunicaciones relacionadas con la mediación en procesos civiles o comerciales, a menos que ciertas excepciones resulten de aplicación.
- En la mediación familiar internacional, las partes deben estar totalmente informadas acerca de las normas de confidencialidad que se aplican en las distintas jurisdicciones involucradas.

- 205 Todas las comunicaciones efectuadas en el curso y en el contexto de la mediación deben ser de carácter confidencial, conforme a la ley aplicable<sup>235</sup>, salvo que las partes acuerden lo contrario<sup>236</sup>. La confidencialidad de las comunicaciones respecto de la mediación ayuda a crear el entorno de confianza necesario para que las partes se embarquen en un debate abierto acerca de las diversas soluciones posibles para su conflicto. Las partes pueden estar menos predispuestas a considerar distintas opciones si temen que sus propuestas se tomen como una concesión y se usen en su contra en un proceso legal. En un caso de sustracción de niños, por ejemplo, es posible que el progenitor perjudicado se sienta reticente a indicar que podría aceptar que el niño permanezca en la otra jurisdicción, si teme que esto se pueda interpretar como una ‘aceptación’ en el sentido del artículo 13(1) a) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- 206 El suministro de información meramente administrativa respecto de si la mediación ha comenzado, continúa o ha concluido a la Autoridad Central o al tribunal competente que estuvo involucrado en la remisión a mediación no vulnera el principio de confidencialidad<sup>237</sup>. Por el contrario, compartir esta información es parte importante de la cooperación organizacional entre mediadores, Autoridades Centrales y tribunales en los casos de sustracción internacional de niños<sup>238</sup>.
- 207 Hay distintas medidas que se aplican para ayudar a garantizar la confidencialidad de la mediación. En muchos Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la confidencialidad de la mediación se aborda en la legislación<sup>239</sup>. Asimismo, los contratos celebrados entre el mediador y las partes antes de iniciar la mediación suelen incluir normas en materia de confidencialidad<sup>240</sup>. Por ejemplo, el contrato puede incluir la prohibición de que las partes citen al mediador como testigo, e incluso pueden incluir, a modo de disuasión, una disposición que establezca que la parte que cite al mediador deberá hacerse cargo de los honorarios de los abogados del mediador<sup>241</sup>.

<sup>235</sup> Para excepciones al principio de confidencialidad, véase párr. 211. *infra*.

<sup>236</sup> Véase, asimismo, la Norma V de las Normas de Conducta de los EE. UU., (nota 56 *supra*); véase, asimismo, art. 7 de la Guía de Buenas Prácticas de Mediación Familiar de AIFI (*op. cit.* nota 144).

<sup>237</sup> Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*):  
 “V. Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial u otra autoridad competente [...]  
 b. Los Estados deben establecer mecanismos con vistas a: [...]  
 iii. informar a la autoridad judicial u otra autoridad competente de que las partes cumplen o no la mediación y si han llegado o no a [un] acuerdo.”

<sup>238</sup> Véase sección 2.1.2 *supra*.

<sup>239</sup> Véanse los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*), sección 19.2; entre los Estados que cuentan con legislación en materia de confidencialidad de la mediación se encuentran los siguientes: **Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América** (los distintos estados federales de los EE. UU. aplican normas diferentes), **Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Lituania, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Rumania, Suecia y Suiza.**

<sup>240</sup> Véase sección 4.5 *supra*; véase, asimismo, S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (*op. cit.* nota 95), pp. 47 y ss.

<sup>241</sup> Véase K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), pp. 197, 198.

- 208 Sin embargo, si no existen leyes u otras normas vinculantes para los tribunales que eximan al mediador y a otras personas involucradas en el proceso de mediación de ser citados a presentar pruebas o información obtenida en relación con la mediación en un proceso civil o mercantil, la confidencialidad de la mediación puede verse afectada en el curso de dichos procesos legales.
- 209 Los Estados deberían considerar la introducción de normas para garantizar que esto no ocurra, salvo que ciertas excepciones resulten de aplicación<sup>242</sup>. Existen distintos instrumentos regionales como la Directiva Europea sobre mediación<sup>243</sup> o la Ley Uniforme de Mediación de los Estados Unidos de América (*UMA*, por sus siglas en inglés)<sup>244</sup> que exigen que la confidencialidad de la mediación goce de la protección de tales medidas legislativas. En efecto, hay muchos Estados que ya han introducido este tipo de medidas.
- 210 El mediador debe informar a las partes en forma completa sobre todas las normas de confidencialidad aplicables. En la mediación familiar internacional, es de suma importancia que se consideren las opiniones de ambas jurisdicciones pertinentes o de todas ellas respecto de la cuestión de confidencialidad. Las partes deben saber si la información intercambiada en el curso de la mediación puede utilizarse ante un tribunal en alguna de las jurisdicciones involucradas. En el supuesto de que el mediador no tuviera conocimiento de las normas de confidencialidad

<sup>242</sup> Para las excepciones, véase párr. 211 *infra*.

<sup>243</sup> Véase la Directiva Europea sobre Mediación (nota 5 *supra*), art. 7 (Confidencialidad de la mediación):

“1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

(a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o

(b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

Véase, asimismo, la Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

“Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarroll[e] conforme a los principios siguientes: [...]

v. las condiciones en las cuales se desarrolla la mediación familiar deben garantizar el respeto a la vida privada;

vi. las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho nacional”.

<sup>244</sup> Véase la Ley Uniforme de Mediación de los Estados Unidos (nota 54 *supra*), artículo 4 (Prohibición de divulgación, admisibilidad, período de producción de la prueba):

“(a) Excepto en caso de disposición en contrario del artículo 6, las comunicaciones realizadas dentro de la mediación son información confidencial como se dispone en el inciso (b) y no están sujetas a la producción de pruebas ni son admisibles como material probatorio en un proceso judicial, salvo que se renuncie a esta protección o que se la impida de conformidad con el artículo 5.

(b) En un proceso judicial se aplican las siguientes normas de confidencialidad:

(1) Las partes de la mediación pueden negarse a revelar y pueden impedir que un tercero revele el contenido de las comunicaciones realizadas dentro de la mediación.

(2) Los mediadores pueden negarse a revelar y pueden impedir que un tercero revele el contenido de las comunicaciones realizadas dentro de la mediación por parte del mediador.

(3) Los terceros que hayan participado de la mediación pueden negarse a revelar y pueden impedir que un tercero revele el contenido de las comunicaciones realizadas dentro de la mediación por parte del tercero participante.

(c) Las pruebas o la información que de otro modo fueran admisibles o estuvieran sujetas a la producción no se tornan inadmisibles o exentas de la producción de pruebas sólo por su divulgación o su uso en la mediación” (traducción no oficial).

de las demás jurisdicciones, deberá llamar la atención de las partes respecto del hecho de que estas normas pueden ser diferentes y que las comunicaciones que se intercambien en el curso de la mediación podrían no considerarse confidenciales en la otra jurisdicción. Pueden alentarse las consultas a los representantes legales especializados de las partes. Además, los Perfiles de País en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores pueden constituir una importante fuente de información con respecto a la legislación existente en materia de confidencialidad de la mediación en un Estado contratante del Convenio<sup>245</sup>.

- 211 Por supuesto, existen excepciones al principio de confidencialidad respecto de la información sobre la comisión o la planificación de delitos. Existen muchas normas sobre la confidencialidad de la mediación que incluyen excepciones expresas en este respecto<sup>246</sup>. Asimismo, las excepciones pueden derivar directamente de otras normas, como las normas del derecho penal. Conforme a estas normas, el mediador o las otras personas involucradas en la mediación pueden verse obligados a revelar cierta información a la policía y, si la información se relaciona con un posible riesgo de que se cause un daño físico o psicológico al niño, posiblemente a otras organizaciones para el bienestar de los niños o a otros organismos para la protección de los niños. El hecho de que, en tales casos, el mediador pueda tener que presentar pruebas ante un tribunal sobre la información obtenida en el contexto de la mediación es una cuestión diferente y dependerá de la ley aplicable.

<sup>245</sup> Véase nota 121 *supra*; véase, asimismo, nota 239. En el supuesto de que los respectivos Estados contratantes la presentaran, la legislación pertinente a la que se hace referencia en los Perfiles de País también se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya junto con los Perfiles de País.

<sup>246</sup> Véase, asimismo, Directiva Europea sobre mediación (nota 5 *supra*), art. 7 a), que establece una excepción “cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona”; véase, asimismo, la Ley Uniforme de Mediación de los Estados Unidos de América (nota 54 *supra*), artículo 6 (Excepciones al carácter confidencial):

‘(a) No habrá confidencialidad conforme al artículo 4 respecto de las comunicaciones realizadas en el marco de la mediación que:

- (1) constituyan un acuerdo instrumentado en un registro firmado por todas las partes del acuerdo;
- (2) estén disponibles al público conforme a [insertar referencia legal a la ley de registros abiertos] o se hayan realizado durante una sesión de mediación abierta, o deba ser abierta al público por ley;
- (3) constituyan una amenaza o una declaración de un plan de causar daños físicos o cometer un delito violento;
- (4) se utilicen intencionalmente para planear un delito, una tentativa de cometer un delito o la comisión de un delito, o a esconder un delito en curso o una actividad delictiva en curso;
- (5) estén pensadas o se ofrezcan como prueba a favor o en contra de un reclamo o una denuncia de inconducta profesional o mala praxis presentados contra el mediador;
- (6) estén pensadas o se ofrezcan como prueba a favor o en contra de un reclamo o una denuncia de inconducta profesional o mala praxis presentados contra una de las partes de la mediación, un tercero no participante, o un representante de las partes sobre la base de su conducta durante la mediación, salvo en el caso de disposición en contrario contenida en el inciso (c); o
- (7) estén pensadas o se ofrezcan como prueba a favor o en contra de un abuso, desatención, abandono o explotación en un proceso en el que sea parte una agencia de servicios de protección de niños o adultos, salvo que [Alternativa A: [el Estado debe insertar, por ejemplo, protección de niños o adultos] el tribunal remita el caso a mediación y que participe una agencia pública.]

[Alternativa B: la agencia pública participe de [el Estado debe insertar, por ejemplo, protección de niños o adultos] la mediación]. [...]’ (traducción no oficial).

### 6.1.6 CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS Y DEL BIENESTAR DEL NIÑO

- La mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe tener en cuenta el interés y el bienestar del niño en cuestión.
- El mediador debe alentar a los progenitores a concentrarse en las necesidades del niño y debe apelar a la responsabilidad básica de los progenitores respecto del bienestar de sus hijos y de la necesidad de informarlos y consultarlos<sup>247</sup>.

212 Como el resultado de la mediación en los conflictos parentales relativos a la custodia y al contacto afectan en forma directa al niño en cuestión, la mediación debe considerar el interés y el bienestar del niño. Claro que la mediación no es un proceso directivo, sino que el mediador sólo facilita la comunicación entre las partes para permitirles encontrar una solución al conflicto por sí mismas. Sin embargo, el mediador:

‘debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles’<sup>248</sup>.

- 213 Asimismo, los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta<sup>249</sup> reconocen la importancia de este punto al establecer que los progenitores deben recibir asistencia para llegar a un acuerdo ‘que tenga en cuenta el interés y el bienestar del niño’ (traducción no oficial).
- 214 Considerar el interés y el bienestar del niño en cuestión no sólo le da la importancia debida a los derechos del niño, sino que también puede ser decisivo a la hora de otorgarle efecto jurídico al acuerdo de mediación. En muchos Estados, los tribunales deben aprobar los acuerdos parentales relacionados con la responsabilidad parental asegurándose de que el acuerdo sea compatible con el interés superior del niño en cuestión.

### 6.1.7 TOMA DE DECISIONES FUNDADAS Y ACCESO APROPIADO A ASESORAMIENTO JURÍDICO

- Los mediadores a cargo de la mediación en casos de sustracción internacional de niños deben mostrar a las partes la importancia de considerar la situación jurídica en ambos sistemas jurídicos involucrados o en todos ellos.
- Las partes deben tener acceso a la información jurídica pertinente.

215 El acuerdo amistoso de las partes debe ser el resultado de una toma de decisiones fundadas<sup>250</sup>. Deben tener pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Como ya se destacara, la situación jurídica es especialmente compleja en el contexto de las controversias familiares internacionales. Por ello, debe mostrarse a las partes que se requiere información jurídica especializada como base para la discusión en las sesiones de mediación, para ayudar a las partes con la redacción del acuerdo de mediación y para otorgarle efecto jurídico en las jurisdicciones en cuestión.

<sup>247</sup> Este principio se incluye en la Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación).

<sup>248</sup> *Ibíd.*

<sup>249</sup> Véase Anexo I *infra*.

<sup>250</sup> Véase *ibíd.*, incluidos los principios generales de ‘Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico’.

- 216 Las partes deben tener acceso a asesoramiento jurídico especializado<sup>251</sup>. La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional establecidos a estos efectos (véase sección 4.1.4 *supra*) pueden facilitar el acceso a esta información, o también los representantes legales expertos de las partes<sup>252</sup> la podrían proporcionar.
- 217 En los casos en los que sólo una de las partes cuenta con representación letrada, el mediador debe mostrar a la otra parte la necesidad de acceder a información jurídica. El mismo mediador también puede proporcionar cierta información jurídica, siempre que deje en claro que no puede brindar asesoramiento jurídico.

#### 6.1.8 COMPETENCIA INTERCULTURAL

→ **La mediación en el marco de controversias familiares internacionales debe estar a cargo de mediadores con competencia intercultural.**

- 218 Como se ha señalado *supra*, la mediación en el marco de controversias familiares internacionales suele involucrar a partes con distintos contextos culturales y religiosos<sup>253</sup>. Los mediadores que lleven adelante la mediación en estos casos deben conocer las cuestiones culturales y religiosas que puedan estar involucradas y ser sensibles a ellas. En este respecto, se requiere una formación específica<sup>254</sup>.

#### 6.1.9 REQUISITOS PARA LOS MEDIADORES O LAS ENTIDADES DE MEDIACIÓN – ESTÁNDARES MÍNIMOS DE FORMACIÓN

→ **La mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe estar a cargo de mediadores con experiencia en materia de familia con una formación específica para este tipo de mediación.**

- 219 Los mediadores que llevan adelante la mediación en los casos de sustracción internacional de niños deben recibir una formación específica. Para más información, véase Capítulo 3 *supra*.

## 6.2 Modelos y métodos de mediación

- 220 Como se señalara *supra*, la presente Guía no puede proporcionar un panorama exhaustivo de los modelos y los métodos de mediación empleados en los distintos Estados y por los distintos esquemas de mediación. Tampoco puede concluir que un modelo o método sea más conveniente que otro. El objetivo de la presente Guía es destacar ciertas buenas prácticas específicas que pueden ser de utilidad para la mediación en los casos de sustracción internacional de niños con respecto a determinados modelos y métodos de mediación.

<sup>251</sup> Véase, asimismo, sección 6.1.2 *supra* sobre consentimiento informado, párr. 202.

<sup>252</sup> Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

‘Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarroll[e] conforme a los principios siguientes: [...]

x. el mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente’.

<sup>253</sup> Véase sección 2.4 *supra*; véase, asimismo, por ejemplo, K. Kriegel, ‘Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation’, en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), pp. 91-104; R. Chouchani Hatem (*op. cit.* nota 110), pp. 43-71; D. Ganancia (*op. cit.* nota 110), pp. 132 y ss; M. A. Kucinski (*op. cit.* nota 110), pp. 555-582.

<sup>254</sup> Respecto de la formación, véase Capítulo 14 *infra*.

## 6.2.1 MEDIACIÓN DIRECTA O INDIRECTA

→ El hecho de que la mediación directa o indirecta sea más adecuada para un caso particular dependerá de las circunstancias del caso.

221 La decisión de utilizar la mediación directa o indirecta<sup>255</sup>, o una combinación de ambas, dependerá de las circunstancias del caso, por ejemplo, los costes relacionados con la ubicación geográfica y las acusaciones de violencia doméstica (véase Capítulo 10), etc. Esta decisión también está estrechamente relacionada con la de determinar el lugar de la mediación, una vez que se ha identificado a la reunión en persona como el camino a seguir (véase sección 4.4 *supra*).

## 6.2.2 CO-MEDIACIÓN O MEDIACIÓN SIMPLE

→ En los casos de sustracción internacional de niños con un alto grado de conflicto debe fomentarse la co-mediación siempre que sea posible.

- 222 La co-mediación, i.e., la mediación llevada adelante por dos mediadores, ha sido utilizada con éxito en los casos de sustracción internacional de niños por diversos esquemas de mediación establecidos específicamente para aquellos casos.
- 223 En los casos de sustracción internacional de niños con un alto grado de conflicto, la mediación es muy intensa y compleja; las discusiones de las partes pueden involucrar emociones y ser potencialmente explosivas. En estas circunstancias, el uso de la co-mediación ha resultado ser ventajoso<sup>256</sup>. La co-mediación es beneficiosa ya que aporta la experiencia, los conocimientos y la metodología de dos mediadores, lo que aumenta las posibilidades de acordar un resultado en estos casos tan conflictivos. La mera presencia de dos mediadores en la misma sala puede ayudar a crear un ambiente calmo y un entorno constructivo que facilite la discusión. La cooperación entre los mediadores puede servir de ejemplo para los progenitores. Asimismo, el propio hecho de que la co-mediación pueda asegurar que las partes nunca queden solas durante las sesiones de mediación es una ventaja. A la vez, debe considerarse que la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe realizarse dentro de un plazo acotado, por lo que es posible que las sesiones de mediación deban organizarse en una secuencia corta de sesiones de mediación de dos a tres horas. Considerando que en estas circunstancias la mediación pone una gran carga sobre el mediador, la co-mediación puede ser de utilidad para todas las partes involucradas<sup>257</sup>.
- 224 Sin embargo, existen casos donde la co-mediación no es posible. Es probable que la co-mediación sea más costosa que la mediación simple. También puede ser difícil hallar dos mediadores adecuados en tan corto plazo. Además, si los dos mediadores no han co-mediado antes, puede haber un riesgo de que necesiten tiempo para ajustarse a la dinámica particular de la co-mediación. Esto señala las ventajas de la mediación simple a cargo de un mediador con experiencia en la mediación de conflictos sobre sustracción internacional de niños, que probablemente sea menos costosa y más fácil de programar, y no incluya el riesgo de que las metodologías de los dos mediadores que no han co-mediado antes entren en conflicto.
- 225 No obstante, la introducción de la co-mediación en los casos con un alto grado de conflicto debería considerarse al contemplar la organización de un esquema de mediación para los casos de sustracción de niños conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, sobre la base de las distintas ventajas de la co-mediación<sup>258</sup>.

<sup>255</sup> Para las definiciones, véase sección de Terminología *supra*.

<sup>256</sup> Véase, por ejemplo, el Informe de 2006 sobre el Programa Piloto de Mediación de reunite (*op. cit.* nota 97), pp. 42-44, acerca de la experiencia de los mediadores en los casos de sustracción internacional de niños.

<sup>257</sup> En el Informe de 2006 sobre el Programa Piloto de Mediación de reunite (*ibíd.*), p. 11, los mediadores recomendaron con énfasis que en estos casos la mediación se realizara como co-mediación.

<sup>258</sup> Para los Estados contratantes del Convenio de 1980 en los cuales la co-mediación se encuentra disponible, véanse, asimismo, Perfiles de País (nota 121 *supra*), sección 19.1 d). Por ejemplo, la co-mediación se encuentra disponible en Alemania, Australia, Bélgica, Eslovenia, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, Lituania y Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte).

### 6.2.3 CONCEPTO DE MEDIACIÓN BICULTURAL BILINGÜE

- El uso de la co-mediación bicultural bilingüe debe promoverse siempre que sea apropiada y factible en los casos de sustracción internacional de niños.
- La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional deben poner la información sobre los posibles procedimientos y modelos de mediación a disposición de las partes interesadas.

- 226 La mediación bicultural bilingüe es una forma especial de co-mediación. La co-mediación bicultural bilingüe responde a las necesidades específicas de competencia intercultural y de aptitudes idiomáticas al mediar entre partes de distintos Estados de origen con distintas lenguas maternas.
- 227 Conforme a este modelo, la mediación debe estar a cargo de dos mediadores con experiencia en materia de familia: uno del Estado de origen y contexto cultural de cada una de las partes. En los casos en los que en los Estados de origen se hablen distintos idiomas, los mediadores tendrán las aptitudes idiomáticas necesarias, si bien debe señalarse que al menos uno de ellos debe tener una buena comprensión del otro idioma involucrado. Hay dos cuestiones adicionales que algunos de los esquemas de mediación establecidos para los casos de sustracción internacional de niños donde se utiliza la mediación binacional tratan de equilibrar, i.e., el género y la experiencia profesional de los mediadores. En estos esquemas, la co-mediación está a cargo de una mediadora y de un mediador, uno con formación jurídica y otro con formación sociopsicológica. Esto permite la combinación de la experiencia profesional y la competencia cultural para manejar distintas cuestiones de mediación. Estos esquemas de co-mediación que involucran mediadores de distinto género y distinto campo profesional podrían denominarse esquemas de mediación bicultural, bilingüe, bigénero y biprofesional<sup>259</sup>.
- 228 Históricamente, el desarrollo de los esquemas de mediación bicultural en el contexto de la sustracción de niños conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores data de una iniciativa binacional franco-germana de mediación parlamentaria. En aras de prestar asistencia en los casos de sustracción de particular dificultad entre Alemania y Francia, que involucraban a nacionales de ambos países, en 1998, los Ministros de Justicia de Francia y Alemania decidieron establecer un grupo de mediadores parlamentarios y financiar su trabajo. El grupo, compuesto de tres miembros del Parlamento francés y tres miembros del Parlamento alemán, uno de cada uno de ellos era miembro del Parlamento Europeo, dio inicio a su trabajo en 1999. Los casos eran sometidos a la co-mediación a cargo de un mediador francés y un mediador alemán<sup>260</sup>. En 2003, el esquema parlamentario fue reemplazado por un esquema que involucraba

259 Por ejemplo, los esquemas de mediación a los que se puede acceder en la actualidad a través de la organización alemana sin fines de lucro MiKK e.V.: el proyecto **germano-polaco** (iniciado en 2007), el proyecto **germano-estadounidense** (iniciado en 2004), el proyecto **germano-francés**, que continúa el trabajo del esquema de mediación franco-germano organizado y financiado por los Ministerios de Justicia de Francia y Alemania (2003-2006), el proyecto **germano-británico** en cooperación con reunite (iniciado en 2003/4); para más detalles, véase, asimismo, nota 97 *supra*. Véase, asimismo, la declaración de Wrocław de 2008 respecto de los principios a los que estos esquemas de mediación 'bicultural' aspiran adherir, que se analizan en S. Kiesewetter, C.C. Paul & E. Dobiejewska, 'Breslauer Erklärung zur binationalen Kindschaftsmediation' en FamRZ 8/2008, pp. 753 y ss.; la declaración de Wrocław también se encuentra disponible en: < <http://www.mikk-ev.de/english/codex-and-declarations/wroclaw-declaration/> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

260 Para una breve descripción del proyecto de la iniciativa de mediación parlamentaria, véase el informe sobre la co-mediación binacional profesional **franco-germana** en T. Elsen, M. Kitzing & A. Böttger, 'Professionelle binationale Co-Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten (insbesondere Umgang) – Endbericht', Hannover 2005. En el proyecto franco-germano de mediación parlamentaria también participaban mediadores profesionales, véase *ibíd.*



mediadores profesionales no parlamentarios de ambos países, que funcionó hasta 2006<sup>261</sup>. El alejamiento de la participación de los miembros del Parlamento y el acercamiento a la co-mediación a cargo de mediadores profesionales independientes significó un paso adelante para impedir la politización y la caracterización nacionalista de algunas controversias familiares privadas<sup>262</sup>.

- 229 Tras la experiencia positiva del proyecto de mediación franco-germano<sup>263</sup>, se iniciaron otros proyectos de mediación binacional en Alemania (uno con los Estados Unidos de América, así como un proyecto piloto de mediación binacional polaco-germano).
- 230 Claro que no es la nacionalidad de los mediadores profesionales en sí lo que los hace especialmente idóneos para llevar adelante la mediación conjuntamente en los casos que involucran partes de los países de origen de los mediadores. En cambio, lo que importa es el contexto cultural del mediador y la consiguiente capacidad de comprender los valores y las expectativas de las partes, así como la capacidad de traducir la comunicación verbal y no verbal relacionada con la cultura de modo tal que sea más comprensible para la otra parte. Por cierto, esto último presupone que el mediador tiene un buen conocimiento de la cultura de la otra parte.
- 231 Si se reconoce que la cultura de una persona se ve influenciada por muchos factores, entre los cuales la nacionalidad es uno más, y que en un caso en particular hay otros aspectos como la religión o los vínculos con determinado grupo étnico, que pueden influir en la cultura de una persona con mucha más firmeza que su ciudadanía, se podría decir que la mediación ‘bicultural’ debe promoverse como un principio<sup>264</sup>.
- 232 La gran ventaja de la co-mediación ‘bicultural’ ‘bilingüe’ es que puede proporcionar a las partes un marco adecuado para la generación de confianza y crear un entorno en el que las partes se sientan comprendidas y reciban asistencia para comunicarse de parte de una persona con su propio contexto cultural e idiomático. Sin embargo, considerando el posible riesgo de que una parte se identifique con uno de los mediadores y lo considere su representante en la mediación, los mediadores deben resaltar su rol como terceros neutrales e imparciales.
- 233 El modelo de mediación ‘bicultural’ también puede resultar útil si las partes provienen del mismo Estado de origen pero tienen distinta identidad cultural, porque pertenecen a distintos grupos religiosos o comunidades étnicas y si la mediación puede entonces llevarse adelante en forma de co-mediación a cargo de mediadores con el mismo contexto cultural.
- 234 Las desventajas de la co-mediación ‘bicultural’ ‘bilingüe’ pueden consistir en sus implicancias en materia de costes. Además, puede ser aún más difícil hallar mediadores adecuados y disponibles para la co-mediación regular en un plazo tan acotado, en especial, si la mediación también debe ser ‘bigénero’ y ‘biprofesional’.
- 235 Sin dudas, en los casos en los que las partes provienen del mismo contexto cultural, la mediación ‘bicultural’ no aporta un valor agregado; sin embargo, la co-mediación ‘bigénero’ y ‘biprofesional’ puede ser de utilidad, cuando sea posible.

<sup>261</sup> Véase también *ibíd.*, ‘El Ministerio de Justicia de Alemania calcula que alrededor de 30 casos de mediación han sido llevados adelante por este grupo durante el período que comenzó con su establecimiento en octubre de 2003 y hasta su culminación en marzo de 2006’ (traducción no oficial). Como sabían que la financiación del proyecto por parte del gobierno terminaría en 2006, en 2005, los mediadores profesionales involucrados en estos casos establecieron una asociación para la mediación familiar binacional en Europa - *Médiation familiale binationale en Europe* (MFBE)– para permitir que el proyecto continuara.

<sup>262</sup> Desafortunadamente, muchos casos de sustracción internacional de niños de particular dificultad también son polarizados por los medios, que suelen sobreenfatizar los aspectos relacionados con la nacionalidad de los casos. La nacionalidad de las partes no tiene importancia conforme al marco jurídico internacional pertinente, en especial, conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, ni tampoco conforme a otros instrumentos como el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños y el Reglamento Bruselas IIa. De conformidad con estos instrumentos, lo que importa es la residencia habitual del niño en cuestión.

<sup>263</sup> Para más detalles, véase el informe sobre el proyecto de mediación profesional binacional germano redactado a pedido del Ministerio de Justicia de Alemania: T. Elsen, M. Kitzing & A. Böttger (*op. cit.* nota 260); véase, asimismo, E. Carl, J.-P. Copin & L. Ripke, *Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation*, KindPrax 2005, 25-28.

<sup>264</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (*op. cit.* nota 95), pp. 34 y ss.

- 236 La Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional deben poner la información sobre los posibles modelos de mediación a disposición de las partes interesadas (véase Capítulo 4 *supra*).

## 7 Participación del niño

- 237 En las controversias familiares internacionales relativas a los niños, la participación del niño en la resolución de la controversia puede atender distintos fines. En primer lugar, escuchar las opiniones del niño proporciona un entendimiento profundo de sus sentimientos y deseos, que puede ser una información importante cuando se trata de determinar si una solución es en el interés superior del niño. En segundo lugar, puede abrirle los ojos de los progenitores a los deseos del niño y ayudarles a tomar distancia de sus propias posiciones en pos de una solución común aceptable<sup>265</sup>. En tercer lugar, la participación del niño respeta el derecho del niño a ser escuchado<sup>266</sup> a la vez que brinda una oportunidad para que el niño esté informado acerca de lo que está sucediendo.
- 238 Al considerar hasta qué punto los niños podrían y deberían estar involucrados en la mediación en los casos de sustracción internacional de menores, es útil observar la participación de los niños en los procedimientos de restitución de La Haya y los procedimientos de derecho de familia, en general, en los distintos sistemas jurídicos. En particular al momento de otorgar al acuerdo de mediación carácter jurídicamente vinculante y ejecutorio, deberán considerarse los estándares establecidos por los sistemas jurídicos pertinentes.

### 7.1 Participación del niño en los procedimientos de restitución de La Haya y los procedimientos de derecho de familia

- 239 En los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, las opiniones del niño, dependiendo de su edad y grado de madurez, pueden ayudar a la decisión del juez. Se pone un énfasis particular a la objeción del niño a regresar. El artículo 13(2) del Convenio de 1980 dispone que el tribunal podrá ‘negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones’<sup>267</sup>.
- 240 Históricamente, esta disposición debía leerse con relación al artículo 4 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que limita la aplicación del Convenio a los niños menores de 16 años y reconoce que ‘una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una

<sup>265</sup> Véase, por ejemplo, J. McIntosh, *Inclusión del niño como principio y como práctica en función de la evidencia: Solicitudes a servicios de derecho de familia y sectores relacionados*, Oficina Central Australiana de Relaciones Familiares, 2007, pp. 1-23.

<sup>266</sup> Véase Artículo 12 de la *Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño*, que promueve el derecho del niño ‘a ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’; el texto completo se encuentra disponible en < <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> > (consultado por última vez el 14 de marzo de 2012); véase en lo relativo a la implementación efectiva del artículo 12 el Comentario General N°12 (julio de 2009) – El derecho del niño a ser escuchado, redactado por el Comité sobre los Derechos del Niño, disponible en < <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>267</sup> Asimismo, entrevistar al niño puede ser importante para considerar si ‘existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable’, en el sentido del art. 13(1) b) del Convenio de 1980.

autoridad judicial o administrativa<sup>268</sup>. Se introdujo el artículo 13(2) para otorgar discrecionalidad al tribunal en lo relativo a la orden de restitución cuando un niño de más edad pero menor de 16 años se oponga a la restitución<sup>269</sup>.

- 2.4.1 En la actualidad, no obstante, esta disposición es considerada cada vez más en el contexto más amplio del derecho del niño a ser escuchado<sup>270</sup>, como lo reconocen la CDN<sup>271</sup>, el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de los Niños<sup>272</sup> y muchos instrumentos<sup>273</sup> e iniciativas<sup>274</sup> regionales.
- 2.4.2 Este avance se refleja en la información suministrada por los Estados contratantes en los Perfiles de País<sup>275</sup> en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y se debatió durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996. La Comisión Especial ‘celebr[ó] el apoyo abrumador de la posibilidad de brindarles a los niños, según su edad y grado de madurez, la oportunidad de ser escuchados en el marco del proceso de restitución en virtud del Convenio de 1980 independientemente del hecho de que se haya planteado una excepción en virtud del artículo 13(2)’<sup>276</sup>. La Comisión Especial también

268 E. Pérez-Vera, Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (*op. cit.* nota 47), p. 450, párr. 77; véase, asimismo, P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention on Child Abduction*, Oxford 1999, pp. 177, 178.

269 En lo relativo a más antecedentes del Art. 13(2) del Convenio de 1980, véase, E. Pérez-Vera (*loc. cit.* nota 268), véase, asimismo, P. McEleavy, INCADAT-Comentario sobre el Análisis de Jurisprudencia: Excepciones a la Restitución – Objeción del Niño – Edad y Grado de Madurez necesarios, disponible en < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >, ‘Análisis de Jurisprudencia’.

270 Véase P. Beaumont y P. McEleavy (*loc. cit.* nota 268).

271 Véase artículo 12 de la CDN (reproducido en la nota 266 *supra*), que promueve el derecho del niño ‘a ser escuchado’, véase respecto de la implementación efectiva del artículo 12 el Comentario General N° 12 (julio de 2009)- El derecho del niño a ser escuchado - (*op. cit.* nota 266).

272 Inspirado por el artículo 12 de la CDN, el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños dispone en su artículo 23(2) *b*) que el reconocimiento de una medida adoptada en un Estado contratante puede ser denegada ‘si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido’, véase, asimismo, P. Lagarde, Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de los Niños (*op. cit.* nota 80), p. 585, párr. 123.

273 Por ejemplo, en 1996 el Consejo de Europa adoptó la *Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños*, que entró en vigor el 1 de julio de 2000 aspirando a proteger el interés superior de los niños a través de una serie de medidas procesales que les permiten a los niños ejercer sus derechos, en particular en los procedimientos judiciales de familia. Al momento del escrito el Convenio se encuentra en vigor en Alemania, Austria, Croacia, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, La ex República yugoslava de Macedonia, Letonia, Montenegro, Polonia, República Checa, Turquía y Ucrania, véase < <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=8&DF=05/12/2010&CL=ENG> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012); asimismo, el Reglamento Bruselas IIa, aplicable a partir del 1 de marzo de 2005 para todos los Estados miembro de la UE a excepción de Dinamarca, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores en estos Estados, refleja los rápidos avances recientes en pos de promover los derechos de los niños en los procedimientos jurídicos. Fundado en gran medida en el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, el Reglamento Bruselas IIa promueve más vigorosamente la consideración de los deseos de los niños.

274 Por ejemplo, los ‘Lineamientos del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños’, adoptados el 17 de noviembre de 2010 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, disponible en < <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012); véase, asimismo, ‘Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño’ COM(2011)60 final de 15.2.2011, en particular p. 6, disponible en línea en < [http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com\\_2011\\_60\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com_2011_60_en.pdf) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

275 Véase sección 10.4 de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

276 Véanse Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 50.

- reconoció ‘la necesidad para el niño de estar informado del proceso en curso y de sus posibles consecuencias en forma adecuada según su edad y grado de madurez’<sup>277</sup>.
- 243 Debería agregarse que la jurisprudencia en muchos Estados contratantes también refleja la creciente toma de conciencia respecto de la necesidad de una representación por separado del niño en determinados casos difíciles de sustracción<sup>278</sup>.
- 244 Sin embargo, cabe decir que las vías que toman los Estados para proteger los derechos e intereses de los niños en los procedimientos jurídicos son diversas y la manera en la cual el niño puede estar involucrado o representado en los procedimientos jurídicos o los métodos mediante los cuales se pueden determinar con precisión las opiniones del niño, son diferentes<sup>279</sup>. En algunos Estados los jueces en los procedimientos en materia de familia relativos a la responsabilidad parental escuchan directamente al niño; se puede entrevistar al niño en una audiencia normal del tribunal o en una audiencia especial, donde el juez entrevista al niño solo o en presencia de un asistente social, etc.<sup>280</sup>. Pero incluso entre los países que involucran directamente a los niños en los procedimientos judiciales, las opiniones difieren en lo que respecta a la edad más temprana en la cual se puede involucrar a un niño. En otros Estados, cuando los jueces son renuentes a escuchar directamente al niño, se podrá presentar la opinión del niño al tribunal a través de un informe confeccionado, por ejemplo, por un asistente social o un psicólogo que entreviste al niño a tal efecto<sup>281</sup>.
- 245 Además de la cuestión de cómo se le puede hacer conocer la opinión del niño al juez que entiende en el caso, la cuestión separada de cuánta importancia se le debería otorgar a las opiniones y deseos del niño dependerá del tema del caso y de la edad y el grado de madurez del niño.
- 246 En la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, la Comisión Especial ‘destac[ó] que los Estados adoptan distintos enfoques en sus leyes nacionales acerca del modo en que las opiniones del niño pueden obtenerse y presentarse en el proceso’ y resaltó ‘la importancia de garantizar que la persona que entrevista al niño, ya sea el juez, un experto independiente o cualquier otra persona, debería contar con una formación adecuada a efectos de esta tarea, cuando sea posible’<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> *Ibíd.*

<sup>278</sup> Véase sección 10.4 d) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*) y las Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 51. Véase, asimismo, respecto del **Reino Unido**, M. Freeman & A.-M. Hutchinson, ‘Abduction and the Voice of the Child: Re M and After’, *IFL* 2008, 163-167; véase, asimismo, por ejemplo, en **Nueva Zelandia**, la Nota Práctica ‘Casos en virtud del Convenio de La Haya: Lineamientos del Tribunal de Familia de Nueva Zelandia’ (‘Hague Convention Cases: New Zealand Family Court Guidelines’), disponible en < <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012) y arts. 106 y 6 de la Ley de Cuidado de los Niños de Nueva Zelandia N° 90 de 2004 (*New Zealand Care of Children Act 2004 No. 90*) (al 29 de noviembre de 2010), disponible en < <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/latest/DLM317233.html> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>279</sup> Véase por ejemplo una comparación de diferentes Estados europeos, M. Reich Sjögren, ‘Protección de los Niños en los Procedimientos’, Nota preparada para el Comité del Parlamento Europeo sobre Asuntos Jurídicos, Bruselas, noviembre de 2010, PE 432.737

<sup>280</sup> Véase, por ejemplo, **Alemania**: se deberá escuchar a los niños de 14 años de edad o menores si se considera que las opiniones del niño son particularmente útiles para los procesos (§159 FamFG, nota 227 *supra*, en reemplazo de § 50 b FGG), lo que será normalmente el caso en los procesos de custodia (aquí algunas veces se escucha a los niños desde la temprana edad de 3 o 4 años); véase, asimismo, un estudio solicitado por el Ministerio de Justicia relativo al derecho de los niños a ser escuchados, M. Karle, S. Gathmann, G. Klosinski, ‘Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50 b FGG’, 2010. En **Francia**, los niños pueden ser escuchados por el juez o una persona designada por el juez para escuchar al niño conforme el art. 388-1 del Código Civil francés.

<sup>281</sup> Véase, con más referencias, M. Reich Sjögren, (*op. cit.* nota 279); en el **Reino Unido** el tribunal puede solicitar un informe de Bienestar de un asistente social especializado del Servicio de Apoyo y Asesoramiento del Tribunal de Menores y Familia (Cafcass) en el contexto de los procedimientos de custodia y contacto; véase, asimismo, M. Potter, ‘The Voice of the Child: Children’s ‘Rights’ in Family Proceedings’, *IFL* 2008, 140-148, p. 143.

<sup>282</sup> Véanse Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 50.

## 7.2 La voz del niño en la mediación

- En la mediación las opiniones del niño deberían considerarse de acuerdo a su edad y grado de madurez.
- Habría que considerar - cuidadosamente y dependiendo de las circunstancias del caso individual - el modo de introducir las opiniones del niño en la mediación y si el niño debería involucrarse, de manera directa o indirecta.

- 247 En la mediación de una controversia familiar relativa a los niños, es necesario considerar las opiniones del niño<sup>283</sup>. Lo mismo se aplica a otros mecanismos alternativos de resolución de controversias. Habida cuenta de los avances en la protección de los derechos e intereses de los niños en los procedimientos judiciales, en las formas alternativas de resolución de controversias debería haber un respeto paralelo de los derechos e intereses de los niños, y en particular del derecho del niño a que se tomen en cuenta sus opiniones.
- 248 Confirmando este principio, en su discusión de la implementación efectiva del artículo 12 de la CDN, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció en su Comentario General de 2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado que el derecho ‘a ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño’ también es necesario que se respete cuando esos procedimientos ‘involucren mecanismos alternativos de solución de controversias tales como la mediación y el arbitraje’<sup>284</sup>.
- 249 Cuando se trata de ‘escuchar la voz del niño’ en la mediación existen dos grandes diferencias en comparación con los procedimientos judiciales. En primer lugar, el medio a través del cual se puede introducir la voz del niño en el proceso de mediación puede diferir considerablemente de aquellos disponibles en el contexto de los procedimientos judiciales. En segundo lugar, hay una diferencia en la forma en la cual se pueden considerar las opiniones y deseos del niño.
- 250 El hecho que consiste en determinar si la voz del niño puede introducirse en el proceso de mediación y a través de qué medio dependerá en cierta medida del acuerdo de los progenitores en cuanto a un procedimiento determinado. Esto se debe al hecho de que, en la mayoría de las jurisdicciones, los mediadores no cuentan con facultades interrogativas, i.e., a diferencia de los jueces, por lo general, los mediadores no están en posición de citar al niño a una audiencia ni de ordenar que un experto entreviste al niño y redacte un informe. El mediador sólo puede llamar la atención de los progenitores respecto de la importancia de escuchar la voz del niño y señalar, cuando corresponda, que el tribunal al que se le haya solicitado que le otorgue efecto vinculante al acuerdo y lo torne ejecutorio puede determinar si las opiniones del niño se han considerado en forma suficiente. El mediador debería recomendar un procedimiento a fin de introducir la voz del niño en la mediación teniendo en cuenta las circunstancias del caso en particular (e.g., la edad de los niños, el riesgo de una nueva sustracción, si hay antecedentes de violencia doméstica, etc.). Una opción posible consiste en la participación directa del niño en una o más sesiones de mediación. Otra posibilidad es organizar una entrevista del niño por separado e informarles a los progenitores<sup>285</sup>. No obstante, la persona que entreviste al niño debe contar con formación

283 Véase, asimismo, ‘The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation – A Literature Review’, publicado por la División de Servicios de Justicia de Familia de la Oficina de Servicios de Justicia (Ministerio del Procurador General de Columbia Británica), Marzo de 2003, disponible en <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/publications/index.htm> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

284 Véase Comentario General N° 12 (2009) – El derecho del niño a ser escuchado (op. cit. nota 266), p. 12, párr. 33; véase, asimismo, p. 15, párr. 52.

285 En el Proyecto Piloto de Mediación del *Centrum Internationale Kinderontvoering* de los Países Bajos, un mediador formado especialmente, que no estaba llevando adelante la mediación en el caso específico, entrevistó al niño afectado y presentó un informe sobre la entrevista; en el Reino Unido, los mediadores involucrados en el programa de mediación de *reunite*, cuando corresponda, le solicitan al tribunal que entienda en los procesos de restitución que ordene que el niño sea entrevistado por un Funcionario del Servicio de Apoyo y Asesoramiento del Tribunal de Menores y Familia (Funcionario del CAFCASS) y que se ponga el informe a disposición de los progenitores y mediadores; véase Informe sobre el Programa Piloto de Mediación de *reunite* de 2006 (op. cit. nota 97), p. 10.

especializada<sup>286</sup>, a fin de garantizar que la consulta con el niño se lleve a cabo ‘de manera comprensiva, y adecuada en su desarrollo’ y asegurarse de ‘que el estilo de consulta evita y le quita toda carga a la toma de decisiones por parte niño’<sup>287</sup>. (Traducción no oficial)

- 251 Una vez que se hayan introducido las opiniones del niño en el proceso de mediación, la manera de considerarlas también difiere de aquella de los procesos judiciales. En los procesos judiciales, el juez sacará sus conclusiones de la audiencia y, dependiendo de la edad y del grado de madurez del niño, considerará sus opiniones al tomar la decisión velando por el interés superior del niño. Por el contrario, el mediador sólo puede hacer que las partes atiendan a la opinión del niño o los aspectos que puedan ser importantes para los intereses y el bienestar del niño, pero les corresponde únicamente a los progenitores decidir acerca del contenido de su acuerdo. Como se afirmara *supra*, en este sentido, debe hacerse hincapié en que el mediador ‘debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño [y] deb[e] alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos [...]’<sup>288</sup>.
- 252 Dependiendo del sistema jurídico en cuestión, puede que el mediador también deba recordarles a los progenitores que la aprobación judicial del acuerdo podrá depender de que se hayan protegido de manera adecuada los derechos e intereses de los niños.

## 8 Posible participación de terceros

→ Cuando las partes del conflicto estén de acuerdo y cuando el mediador lo considere factible y adecuado, la mediación puede estar abierta a la participación de terceros cuya presencia podría ser de ayuda para lograr un acuerdo amistoso.

- 253 Para llegar a una solución sustentable en una controversia familiar, algunas veces puede ser útil incluir dentro del proceso de mediación a una persona que tenga un vínculo estrecho con una o ambas partes y cuya cooperación sea necesaria para implementar con éxito el acuerdo amistoso. Esta persona puede ser, por ejemplo, la nueva pareja de uno de los progenitores o un abuelo. Dependiendo del contexto cultural de las partes, estas podrían desear que participe de la mediación un representante mayor de su comunidad.
- 254 Es de hecho una de las ventajas de la mediación que el proceso sea lo suficientemente flexible para permitir la inclusión de personas que no tienen legitimación jurídica en el caso pero que, sin embargo, pueden ejercer una fuerte influencia en el éxito de la resolución de la controversia. No obstante, el mediador tendrá que decidir caso por caso si es factible y adecuado incluir a un tercero en una sesión de mediación o en parte de ella sin poner en peligro la efectividad de la mediación. La asistencia de un tercero a una sesión de mediación o el organizar que un mediador entreviste a un tercero, por supuesto, presupone el acuerdo de ambas partes. La inclusión de un tercero puede constituir un desafío, en particular, cuando se trata de asegurar que no exista un desequilibrio de poder entre las partes. Asimismo, en el caso de que un tercero participe en las comunicaciones en el marco de la mediación, se debe abordar el tema de la confidencialidad.

<sup>286</sup> Por ejemplo, en el Reino Unido (Inglaterra y Gales), el ‘Código de Práctica para los Mediadores en materia de Familia’ del Consejo de Mediación de Familia acordado por las Organizaciones miembro, 2010, disponible en < [www.familymediationcouncil.org.uk](http://www.familymediationcouncil.org.uk) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), dispone que ‘[l]os mediadores sólo podrán proceder a la consulta directa de los niños cuando hayan completado con éxito una formación específica aprobada por sus Organizaciones miembro y/o el Consejo y hayan recibido autorización específica de la Oficina de Antecedentes Penales (*Criminal Records Bureau*)’ (traducción no oficial) (párrs. 3.5 y 5.7.3); véase, asimismo, Capítulo 14 *infra*.

<sup>287</sup> Véase J. McIntosh (*op. cit.* nota 265), p. 5.

<sup>288</sup> Véase Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), en III (Procesos de mediación); sobre el principio de consideración de los intereses y el bienestar del niño, véase Sección 6.1.6 *supra*.

- 255 En lo que se refiere al acuerdo amistoso logrado a través de la mediación, se debe hacer hincapié en que se trata de un acuerdo entre las partes y que el tercero, a través de su participación en la mediación, no se convierte en parte de ese acuerdo. Sin embargo, en determinados casos, puede ser de ayuda si el tercero, de cuya cooperación depende la implementación del acuerdo, da su apoyo al acuerdo de las partes como signo de su compromiso de respaldar dicho acuerdo.

## 9 Preparación del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso de mediación

- 256 La sustracción de niños a menudo lleva a una interrupción repentina y total del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño. Esto es muy doloroso para ambos y puede, dependiendo de la duración de la interrupción del contacto, llevar a la alienación. A fin de proteger al niño de mayores daños y en vista del derecho del niño a mantener contacto con ambos progenitores, es importante la restauración rápida del contacto entre el niño y el progenitor perjudicado. Hay varias maneras mediante las cuales se puede restaurar el contacto en forma provisional inmediatamente después de la sustracción. Se pueden considerar los medios modernos de comunicación (incluidos el correo electrónico, la mensajería instantánea, las llamadas vía Internet, etc.)<sup>289</sup>.
- 257 Si el progenitor perjudicado está viajando al Estado requerido en ocasión de una audiencia del tribunal relativa a los procesos de restitución de La Haya o para una reunión de mediación, es altamente recomendable que se consideren medidas para permitir una reunión en persona entre el niño y el progenitor perjudicado<sup>290</sup>. Este es un paso valioso en pos de la reducción de la tensión del conflicto. En particular en la mediación, donde el diálogo constructivo entre las partes resulta crucial, esas reuniones en persona pueden ser de mucha ayuda. Los mediadores con experiencia en los casos de sustracción internacional de niños reconocen los efectos positivos de ese contacto en persona en el propio proceso de mediación<sup>291</sup>.

### 9.1 Salvaguardias / Elusión de una nueva sustracción

→ Puede ser necesario el establecimiento de salvaguardias para garantizar el respeto de los términos y condiciones de los acuerdos de contacto provisional y a los fines de eliminar cualquier riesgo de nueva sustracción.

Tales salvaguardias pueden incluir<sup>292</sup>:

- la entrega de pasaporte o documentos de viaje y la solicitud de que los consulados / embajadas extranjeros no emitan nuevos pasaportes / documentos de viaje para el niño;
- la exigencia de que el progenitor solicitante se apersona regularmente ante la policía u otras autoridades durante el periodo de contacto;
- el depósito de una garantía financiera o fianza;
- la supervisión del contacto por un profesional o miembro de la familia;
- la restricción de los lugares en donde puede tener lugar la visita, etc.

<sup>289</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), sección 6.7, p. 33.

<sup>290</sup> Véase, asimismo, S. Vigers, Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares (*op. cit.* nota 11), 6.1, p. 20.

<sup>291</sup> Véase, *e.g.*, S. Kiesewetter & C.C. Paul, 'Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), p. 47.

<sup>292</sup> Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), sección 6.3, pp. 31-32.

- 258 Para más detalles véase la Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños<sup>293</sup>, Capítulo 6, que también toma en consideración los objetivos de la *Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia* del Consejo de Europa de 15 de mayo de 2003<sup>294</sup>.

## 9.2 Cooperación estrecha con las Autoridades Centrales y las autoridades administrativas y judiciales

→ Cuando se arregle un contacto entre el progenitor perjudicado y el niño sustraído en el curso del proceso de mediación, puede ser necesaria la cooperación con las autoridades a fin de eliminar cualquier riesgo para el niño, incluida una nueva sustracción.

- 259 En virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la Autoridad Central tiene la responsabilidad de ‘en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita’ (véase art. 7(2) f); véase, asimismo, art. 21<sup>295</sup>. Al mismo tiempo, el artículo 7(2) b) del Convenio de 1980 obliga a las Autoridades Centrales a adoptar todas las medidas pertinentes ‘para prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales’. Como lo reconoce la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, ‘en virtud del artículo 7(2) b) y del artículo 21 del Convenio de 1980, durante un proceso de restitución pendiente de resolución, todo Estado contratante requerido puede adoptar las medidas necesarias a fin de que el solicitante en el marco del proceso de restitución tenga contacto con el/los niño/s objeto de la solicitud, cuando corresponda’<sup>296</sup>.
- 260 Se alienta a las Autoridades Centrales ‘a adoptar un enfoque proactivo y práctico a efectos del ejercicio de sus respectivas funciones en los casos internacionales en materia de visita/contacto’<sup>297</sup>. Los mediadores deben estar al tanto de la importante ayuda que las Autoridades Centrales pueden brindar al momento de organizar el contacto provisional entre el progenitor perjudicado y el niño sustraído. Asimismo, deberían estar al tanto de la necesidad de cooperación estrecha con las Autoridades Centrales y otros organismos con respecto a la adopción de las medidas de protección necesarias. Para más detalles, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo relativo a los Niños<sup>298</sup>.

<sup>293</sup> *Ibíd.*, pp. 31 y ss.

<sup>294</sup> CETS 192; Texto de la Convención disponible en < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>295</sup> Para más detalles, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), sección 4.6, p. 23.

<sup>296</sup> Véanse Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 20; véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16), sección 4.4, pp. 21, 22.

<sup>297</sup> Véanse Conclusiones y Recomendaciones de la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendación Nffl 18; véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*loc. cit.* nota 296).

<sup>298</sup> *Op. cit.* nota 16.



## 10 Mediación y acusaciones de violencia doméstica

- 261 Desafortunadamente, la violencia doméstica es un fenómeno ampliamente generalizado que adopta muchas facetas: puede consistir en el maltrato físico o psicológico<sup>299</sup>; puede estar dirigido al niño ('maltrato infantil')<sup>300</sup> y/o hacia la pareja<sup>301</sup>; y puede ir de un único incidente aislado hasta ser parte de un patrón sostenido y recurrente. Cuando la violencia doméstica es recurrente, un típico ciclo de violencia puede estar compuesto de: (1) una fase de creación de tensión con ataques menores; (2) un incidente grave con una escalada de violencia; y (3) una fase de reconciliación, en la cual el perpetrador por lo general pide perdón y promete nunca volver a ser violento a la vez que la víctima trata de creer esas afirmaciones, algunas veces, incluso sintiéndose responsable del bienestar psicológico del maltratador<sup>302</sup>. Constituye una característica de la violencia recurrente que la víctima se sienta atrapada en el ciclo de violencia e indefensa, creyendo que la situación no puede modificarse y temerosa de abandonar al perpetrador por temor a la violencia de represalia<sup>303</sup>.
- 262 En los casos de sustracción internacional de niños, las alegaciones de violencia doméstica no son inusuales. Algunas de estas acusaciones pueden resultar ser infundadas pero otras son legítimas y pueden ser la razón por la cual el progenitor sustractor abandonó el país con el niño. La violencia doméstica es un tema muy sensible y es necesario que se lo aborde en consecuencia.
- 263 Las opiniones en cuanto a si las controversias familiares que involucran violencia doméstica son aptas para la mediación difieren ampliamente. Algunos expertos consideran generalmente inapropiada la mediación en tales casos, debido a una serie de razones. Señalan que la mediación puede poner en riesgo a la víctima. Fundándose en la consideración de que el momento de la separación del maltratador es el momento más peligroso para la víctima, argumentan que un contacto cara a cara con el maltratador en ese momento conlleva el riesgo de más violencia o traumatización<sup>304</sup>. Más aún, se razona que la mediación como medio para resolver una controversia amistosamente no es efectiva en los casos que involucren violencia doméstica, ya que la mediación se funda en la cooperación<sup>305</sup> y su éxito depende de que las partes tengan los mismos poderes de negociación. Se argumenta que, puesto que las víctimas de violencia doméstica a menudo tienen dificultades para abogar por sus propios intereses al enfrentar al maltratador, la mediación está destinada a derivar en acuerdos injustos<sup>306</sup>. Algunos de aquellos que se oponen al uso de la mediación en los casos de violencia doméstica señalan que la mediación legitimaría la violencia doméstica en lugar de castigar a los maltratadores.

299 El maltrato físico y psicológico puede extenderse al abuso sexual, emocional e incluso financiero. La violencia doméstica es un 'fenómeno complejo y culturalmente matizado' y 'atraviesa género, raza, etnia, edad y líneas socio-económicas', véase J. Alanen, 'When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense', 40 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 49 (2008-2009), p. 64.

300 Con respecto a la violencia contra el niño, la Guía realiza una distinción entre la violencia directa e indirecta. La violencia directa se define como la violencia dirigida al niño mientras que la violencia indirecta se define como la violencia dirigida a un progenitor u otro miembro de la familia, que afecta al niño. Véase, asimismo, la definición de violencia doméstica en la sección de Terminología *supra* y en el párr. 270 *infra*.

301 En la mayoría de los casos, en la pareja, la mujer es la víctima de violencia doméstica; véase, e.g., 'Informe Parlamentario del Reino Unido sobre Violencia Doméstica' ('Domestic Violence Parliamentary Report of the United Kingdom'), publicado en junio de 2008, Síntesis en *IFL* 2008, pp. 136, 137, 'la gran mayoría de los casos de violencia grave y recurrente fue perpetrada por hombres hacia mujeres' (traducción no oficial); véase, asimismo, H. Joyce, (*op. cit.* nota 228) p. 449, 'Las mujeres son las víctimas en el 95 por ciento de los incidentes de violencia doméstica denunciados' (traducción no oficial).

302 *Ibíd.*, pp. 499, 450.

303 *Ibíd.*

304 Para referencias adicionales con respecto a esta opinión, véase *ibíd.*, p. 452.

305 Para referencias adicionales con respecto a esta opinión, véase *ibíd.*

306 Para referencias adicionales con respecto a esta opinión, véase *ibíd.*, p. 451.

- 264 En cambio, muchos expertos se oponen a la exclusión general de la mediación en los casos que involucren violencia doméstica, siempre que participen profesionales bien formados que tengan conocimiento del tema<sup>307</sup>. Ellos señalan el hecho de que los casos de violencia doméstica difieren de manera significativa, y de que es clave la evaluación caso por caso: algunos casos pueden ser susceptibles del proceso de mediación mientras que otros deberían ser ventilados ante los tribunales<sup>308</sup>. Cuando una víctima ha recibido información suficiente para realizar una elección informada, debería respetarse el deseo de participar en un proceso que podría ser beneficioso – siempre que sea seguro<sup>309</sup>. Algunos autores han afirmado que la participación de la víctima en un proceso de mediación adecuado y bien conducido puede ser fortalecedor para esa persona<sup>310</sup>. Las preocupaciones respecto de la seguridad de la víctima en el curso de la mediación se encuentran con el contra argumento de que la mediación no tiene que involucrar necesariamente sesiones de mediación en persona, sino que puede ser llevada adelante por enlace de teleconferencia o como una mediación itinerante.
- 265 Con relación al proceso de mediación, el argumento es que existen sendas maneras de adaptarlo a fin de proteger y conferir poderes a la víctima. Por ejemplo, las normas establecidas para la sesión de mediación pueden prohibir el comportamiento degradante combinado con una disposición para que la mediación finalice en forma inmediata si no se respetan estas normas. Los profesionales de mediación deberían estar al tanto de la existencia de programas de rehabilitación y otros recursos que podrían estar disponibles para un progenitor maltratador.
- 266 Las diferentes opiniones se ven, asimismo, reflejadas en la legislación. En algunas jurisdicciones, las disposiciones establecidas por ley prohíben el uso de la mediación en las controversias familiares que involucren a niños cuando haya prueba de ‘antecedentes’ de violencia doméstica o, en esos casos, supeditan la mediación a determinadas condiciones<sup>311</sup>.
- 267 Debería hacerse hincapié en que la violencia doméstica en sí misma con frecuencia constituye un delito grave y no es, desde luego, el objeto de la mediación; en la mediación están en discusión cuestiones tales como la custodia del niño y el derecho de visita, estipulaciones de pensión alimentaria y otras cuestiones de la organización familiar<sup>312</sup>.

### 10.1 Tratamiento de la violencia doméstica en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya

- 268 Antes de abordar la cuestión de la mediación en los casos de sustracción de niños que involucren acusaciones de violencia doméstica, es importante decir unas pocas palabras sobre las acusaciones de violencia doméstica en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya en general.
- 269 Cuando ocurra una sustracción de niños, las Autoridades Centrales tienen la obligación de ‘prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales’ con arreglo al artículo 7(2) b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Por lo tanto, si existe un riesgo de que el progenitor sustractor pudiera lastimar al niño, la Autoridad Central podría, dependiendo de las facultades otorgadas a ella por el Estado contratante pertinente, adoptar medidas provisionales o hacer que la autoridad competente adopte tales medidas. Esta disposición funciona codo a codo con el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños que, en casos de urgencia, le confiere competencia para adoptar las medidas de protección necesarias a las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño.

307 Véase, por ejemplo, el Informe de 2006 sobre el Programa Piloto de Mediación de *reunite* (*op. cit.* nota 97), p. 53.

308 Véase, con más referencias, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), p. 665.

309 Véase, con más referencias, *ibíd.*

310 J. Alanen (*op. cit.* nota 299), p. 69, nota 69.

311 Véase, asimismo, H. Joyce (*op. cit.* nota 228), pp. 459 y ss.

312 J. Alanen (*op. cit.* nota 299), pp. 87-88, nota 151.

- 270 En la mayoría de los casos, no obstante, las acusaciones de violencia doméstica no se realizan en contra del progenitor sustractor sino en contra del progenitor perjudicado<sup>313</sup>. Las autoridades del Estado requerido se ocuparán del riesgo inmediato a la seguridad del progenitor sustractor y / o del niño de conformidad con el derecho procesal de dicho Estado. A modo de ejemplo, la Autoridad Central y / o el tribunal podrá adoptar medidas a fin de evitar dar a conocer la localización de la víctima de violencia doméstica al otro progenitor o de otro modo asegurarse de que las partes no se reúnan sin compañía<sup>314</sup>.
- 271 En el curso de los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya, las acusaciones de violencia doméstica cumplen una función al momento de decidir si se puede establecer una excepción a la restitución del niño con arreglo al artículo 13(1) *b*) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. De conformidad con dicho artículo, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del niño si se establece que 'existe un grave riesgo de que la restitución [del menor] lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable'. No sólo el maltrato infantil, sino también la violencia doméstica contra el progenitor sustractor que indirectamente afecta al niño, pueden ser, asimismo, la causa de dicho riesgo. No obstante, las excepciones del artículo 13, en consonancia con los objetivos del Convenio de 1980, se interpretan de manera restrictiva<sup>315</sup>. El hecho que consiste en determinar si las condiciones para la aplicación de la excepción de grave riesgo se cumplan en un caso con acusaciones de violencia doméstica dependerá, no sólo de las circunstancias del caso particular, sino también de la capacidad de concertar medidas de protección a fin de garantizar la restitución segura<sup>316</sup> del niño y posiblemente del progenitor sustractor a su Estado de residencia habitual.
- 272 Si bien el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores se ocupa de la restitución del niño, el regreso seguro del progenitor sustractor a menudo será motivo de preocupación para el tribunal que entienda en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, en particular, cuando el progenitor sustractor es la persona que ejerce el cuidado primordial del niño. La organización del regreso seguro del progenitor sustractor puede ser una condición necesaria previa a la orden de restitución del niño en el caso de que la separación del progenitor y el niño debido a la incapacidad del progenitor sustractor de regresar expusiera al niño a un grave riesgo de daño. Véase, asimismo, sección 2.8 *supra* relativa al proceso penal como obstáculo para el regreso del progenitor sustractor.
- 273 Cuando se establezca que la restitución expondría al niño a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera lo pondría en una situación intolerable, el tribunal que entienda en la solicitud de restitución no estará obligado a ordenar la restitución del niño<sup>317</sup>. En la mayoría de los

313 El art. 7(2) *b*) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores fue redactado principalmente con miras a evitar otro traslado del niño. Véase E. Pérez-Vera, Informe Explicativo sobre el Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (*op. cit.* nota 93), párr. 91.

314 Véase, asimismo, párr. 277 *infra*.

315 Véase E. Pérez-Vera (*ibíd.*), p. 434, párr. 34; véanse, asimismo, las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial (*op. cit.* nota 34), Nffl 4.3, p. 12, y las Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial (*id.*), N° 1.4.2, p. 8.

316 Las medidas destinadas a garantizar la restitución segura del niño pueden incluir órdenes espejo, órdenes de puerto seguro u otras medidas de protección. Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 23), Capítulo 9, pp. 35 y ss.; véase, asimismo, J.D. Garbolino, *Handling Hague Convention Cases in U.S. Courts* (3ffi ed.), Nevada 2000, pp. 79 y ss.

317 El Reglamento Bruselas IIa, que funciona codo a codo con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, contiene una norma adicional en el art. 11(4) según la cual 'Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución'.

casos, la decisión de no restitución derivará en definitiva en una prórroga de jurisdicción<sup>318</sup> respecto de las cuestiones de custodia hacia el nuevo Estado de residencia habitual del niño<sup>319</sup>.

274 El tratamiento de las acusaciones de violencia doméstica en el marco de los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya es una cuestión muy sensible y no puede generalizarse, en particular, en vista de las muchas facetas de los casos en los que se acusa de violencia doméstica. La Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 destacó la autonomía del tribunal que entiende en los procesos de restitución con respecto a ‘la evaluación de la prueba y la determinación de la excepción de grave riesgo de daño (art. 13(1) b)), incluidas las alegaciones de violencia doméstica y familiar, [...] teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio de 1980 es asegurar el regreso inmediato y seguro del niño’<sup>320</sup>. Al mismo tiempo, la Comisión Especial sugirió medidas a fin de promover la mayor consistencia en la interpretación y aplicación del artículo 13(1) b)<sup>321</sup>. En función de esta sugerencia, en abril de 2012, el Consejo decidió conformar ‘un Grupo de Trabajo compuesto por jueces, Autoridades Centrales y expertos de distintas disciplinas para elaborar una Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1) b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que incluya un componente específicamente destinado a brindar orientación a las autoridades judiciales’<sup>322</sup>.

## 10.2 Salvaguardias en la mediación / Protección de la parte vulnerable

- **Debería considerarse cuidadosamente el uso de la mediación en los casos donde existe un tema de violencia doméstica. Es necesaria la formación suficiente para evaluar la aptitud de un caso para la mediación.**
- **La mediación no debe poner en riesgo ni la vida ni la seguridad de ninguna persona, en particular, las de la víctima de violencia doméstica, los miembros de la familia o el mediador. La elección entre la mediación directa e indirecta, el lugar de mediación y el modelo y método de mediación se deben adaptar a las circunstancias del caso.**
- **Cuando la mediación se considere apta en un caso que involucre una cuestión de violencia doméstica, es necesario que sea llevada adelante por mediadores con experiencia especialmente formados para mediar en tales circunstancias.**

<sup>318</sup> Con respecto a las cuestiones de jurisdicción, véase Capítulo 13 *infra*; véase, asimismo, Capítulo 13 del Manual Práctico sobre el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (*op. cit.* nota 223) relativo a un cambio de competencia de conformidad con el art. 7 del Convenio de 1996.

<sup>319</sup> Conforme al art. 11(8) del Reglamento Bruselas IIa, el niño podría tener que ser restituido a pesar de la decisión de no restitución en el supuesto de ‘cualquier resolución judicial posterior [que ordene] la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento’.

<sup>320</sup> Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Segunda Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (25-31 de enero de 2012) (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, ‘Sección Sustracción de Niños’), Recomendación Nffl 80.

<sup>321</sup> *Ibíd.*, Recomendaciones Nffl 81 y 82:

‘81. La Comisión Especial recomienda que se realice trabajo adicional para promover la consistencia en la interpretación y la aplicación del artículo 13(1) b), que incluya las alegaciones de violencia doméstica y familiar, pero que no se limite exclusivamente a ellas.

82. La Comisión Especial recomienda que el Consejo de Asuntos Generales y Política autorice la constitución de un Grupo de Trabajo compuesto por jueces, Autoridades Centrales y expertos de distintas disciplinas para elaborar una Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del artículo 13(1) b), que incluya un componente específicamente destinado a brindar orientación a las autoridades judiciales, teniendo en cuenta tanto las Conclusiones y Recomendaciones de las reuniones anteriores de la Comisión Especial como las Guías de Buenas Prácticas’.

<sup>322</sup> Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendación Nffl 6.

- 275 Es necesario considerar cuidadosamente la aptitud para la mediación de un caso de sustracción internacional de niños en el que surjan acusaciones de violencia doméstica en contra de uno de los progenitores. La persona que evalúe si un caso es apto para la mediación deberá estar formada en consecuencia<sup>323</sup>. Incluso cuando no se hayan hecho acusaciones de violencia doméstica, la evaluación de la aptitud del caso para la mediación debe considerar que, sin embargo, la violencia doméstica puede estar involucrada en el caso dado.
- 276 Los siguientes factores pueden ser de particular importancia al momento de evaluar la aptitud de un caso específico para el servicio de mediación disponible<sup>324</sup>: la severidad y frecuencia de la violencia doméstica<sup>325</sup>; el blanco de la violencia doméstica; el patrón de violencia<sup>326</sup>; la salud física y mental de la partes<sup>327</sup>; la posible respuesta del perpetrador primario<sup>328</sup>; la disponibilidad de una mediación diseñada específicamente para los casos de violencia doméstica; de qué manera el servicio de mediación disponible puede abordar los temas de seguridad; si las partes están representadas<sup>329</sup>. Asimismo, debería ponerse énfasis en que si, en el curso del examen inicial o posteriormente en el proceso de mediación, un mediador toma conocimiento de circunstancias que sugieran la comisión de un delito penal (*e.g.*, abuso sexual de un niño), en muchas jurisdicciones, el mediador estará obligado a informarlo a las autoridades, por ejemplo, a la policía y a las agencias de protección de menores. Esta obligación podrá existir sin perjuicio del principio de confidencialidad de la mediación<sup>330</sup>.
- 277 La mediación no debe poner en riesgo ni la vida ni la seguridad de ninguna persona, en particular, las de la víctima de violencia doméstica, los miembros de la familia y el mediador. Sólo debería convocarse una reunión cara a cara, ya sea en el curso de la mediación o como reunión preparatoria, cuando se pueda garantizar la seguridad. Dependiendo de las circunstancias del caso, la ayuda de las autoridades del Estado podría ser necesaria<sup>331</sup>. En otros casos, puede ser suficiente evitar el riesgo de que las partes se encuentren sin compañía. En tales casos, por ejemplo, debería eliminarse la posibilidad de que las partes se encuentren por casualidad en camino al lugar de la mediación; por lo tanto, deberían organizarse llegadas y partidas por separado<sup>332</sup>. Otras medidas de protección pueden incluir un botón de emergencia en la sala donde debe desarrollarse la sesión de mediación. En el curso de la sesión de mediación, nunca debería dejarse solas a las partes. En este sentido, puede ser de particular utilidad el uso de la co-mediación. La presencia de dos mediadores experimentados será tranquilizadora para la víctima y puede ayudar a calmar tensiones. Si uno de los mediadores por cualquier motivo debiera abandonar la sesión, esto también garantiza que un mediador experimentado permanecerá en presencia de las partes. Asimismo, puede considerarse, cuando corresponda, la presencia de otras personas, como un abogado o un proveedor de apoyo<sup>333</sup>.
- 278 Cuando el servicio de mediación disponible no estuviera equipado para eliminar los riesgos para la seguridad asociados con una reunión cara a cara, o si dicha reunión resultara ser inadecuada por otras razones, se puede considerar el uso de la mediación indirecta a través de reuniones

323 Con respecto a la importancia de los procedimientos de examen calificados, véase L. Parkinson, *Family Mediation – Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*, 2<sup>da</sup> edición, Family Law 2011, Capítulo 3, pp. 76 y ss.

324 Véase, asimismo, art. 48 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia doméstica contra las mujeres y violencia doméstica* de 11 de mayo de 2011, disponible en < <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm> > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012), que exige a los Estados parte ‘adoptar las medidas legislativas u otras medidas necesarias para prohibir los procesos alternativos de resolución de controversias obligatorios, incluidas la mediación y la conciliación, con relación a todas las formas de violencia contempladas en el ámbito de este Convenio’ (traducción no oficial).

325 Véase, con más referencias, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), p. 665.

326 *Ibid.*

327 *Ibid.*

328 *Ibid.*

329 *Ibid.*

330 Con respecto a las excepciones al principio de confidencialidad, véase párr. 211 *supra*.

331 Cuanto más severas sean las circunstancias, menos probable es la aptitud general del caso para la mediación.

332 Véase, asimismo, L. Parkinson (*op. cit.* nota 323).

333 Véase, con más referencias, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), p. 666.

separadas entre el mediador y cada una de las partes (reuniones denominadas ‘caucus’) o del uso de tecnología moderna como el enlace de video o las comunicaciones vía Internet.

- 279 Una vez que se hayan establecido las salvaguardias necesarias contra el riesgo de daño en la mediación, se deberán adoptar medidas para garantizar que la mediación no se vea afectada por poderes de negociación desiguales<sup>334</sup>. La mediación debe ser llevada adelante por mediadores experimentados y especialmente formados; los mediadores deben adaptar el proceso de mediación a los desafíos de cada caso particular. Es necesario considerar debidamente los temas de seguridad asociados con la implementación del acuerdo de mediación en una etapa posterior.
- 280 En general, la cooperación estrecha con las autoridades judiciales y administrativas tiende a evitar los riesgos para la seguridad<sup>335</sup>.
- 281 Los mediadores deberían, en general, prestar atención a los signos de violencia doméstica y / o los riesgos de violencia futura y poder reconocerlos<sup>336</sup>, incluso cuando una de las partes no haya hecho acusación alguna, y deben estar preparados para adoptar las precauciones y medidas que resulten necesarias<sup>337</sup>.

### 10.3 Información sobre las medidas de protección

→ **Debería estar disponible la información relativa a las posibles medidas de protección para el progenitor y el niño en las jurisdicciones involucradas.**

- 282 En el Estado de residencia habitual del niño anterior a la sustracción así como también en el Estado al cual se ha sustraído al niño, debería ponerse a disposición de las partes la información relativa a las posibles medidas de protección que se pueden adoptar para el progenitor y el niño, a fin de que se tome en cuenta en la discusión en la sesión de mediación. El suministro de esta información podría ser facilitado por la Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional<sup>338</sup>. Asimismo, los Perfiles de País en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores pueden constituir una útil fuente de información con respecto a las medidas de protección disponibles<sup>339</sup>.

334 Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (véase nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

‘Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes: [...]

ix. el mediador debe poner una atención particular a la cuestión de saber si la violencia ha tenido lugar entre las partes o es susceptible de producirse en el futuro y el efecto que esto puede tener sobre la situación de las partes en la negociación, y a examinar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado’.

335 Para información acerca de la disponibilidad de ciertas salvaguardias específicas, véanse secciones 19.4 g) y h) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

336 Con respecto a los distintos tipos de violencia y abuso que un mediador debería poder reconocer y distinguir, véase, por ejemplo, L. Parkinson (*loc. cit.* nota 323).

337 Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (véase, nota 52 *supra*), III (Procesos de mediación):

‘Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes: [...]

ix. el mediador debe poner una atención particular a la cuestión de saber si la violencia ha tenido lugar entre las partes o es susceptible de producirse en el futuro y el efecto que esto puede tener sobre la situación de las partes en la negociación, y a examinar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado’.

338 Sobre el rol de los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional al momento de facilitar el suministro de información, véase sección 4.1 *supra*.

339 Véase sección 11.2 de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

## II Los términos del acuerdo de mediación - Toma de conciencia

→ Los términos del acuerdo de mediación deben estar redactados de manera realista y contemplar todos los asuntos prácticos relacionados, en especial, aquellos relacionados con el acuerdo de contacto y visita.

- 283 Cuando se avizora un acuerdo amistoso, el mediador debe asistir a las partes a resolver los detalles de su acuerdo. Generalmente, el mediador será el que redacte el ‘acuerdo’ o ‘memorando de entendimiento’ real de acuerdo con la intención de las partes<sup>340</sup>.
- 284 Como se estableciera en el Capítulo 5 (‘Alcance de la mediación’), es probable que los acuerdos de mediación en casos de sustracción internacional de niños incluyan los siguientes aspectos: un acuerdo sobre la restitución o no restitución del niño y, en el último caso, un acuerdo sobre el lugar en el que el niño debe establecer su nueva residencia; con quién vivirá el niño; la cuestión de las responsabilidades parentales y su ejercicio. Asimismo, es probable que el acuerdo verse sobre determinados asuntos financieros, tales como gastos de traslado, pero también, en algunos casos, sobre el deber alimentario respecto del niño y del cónyuge.
- 285 Es importante que el acuerdo de mediación se redacte de acuerdo con el marco jurídico aplicable, de manera que pueda gozar de efectos jurídicos en ambas jurisdicciones involucradas o en todas ellas. Al respecto, si bien el rol del mediador claramente no incluye brindar asesoramiento jurídico, el mediador puede remitir a las partes al marco jurídico nacional o internacional pertinente. En cualquier caso, el mediador debería mencionar a las partes la importancia de consultar al respecto con sus representantes legales expertos o de la posibilidad de obtener de otro modo el asesoramiento jurídico de expertos acerca de la situación jurídica del caso.
- 286 Una vez que se ha redactado el acuerdo, es recomendable permitir ‘un período determinado de tiempo para la reflexión [...] con anterioridad a la firma’<sup>341</sup> (traducción no oficial). Dicho período también debería utilizarse para hacer las consultas legales necesarias<sup>342</sup>.
- 287 El acuerdo de mediación debe ser realista y tan detallado como sea posible en lo que respecta a todas las obligaciones y los derechos a los que se refiere. Esto no sólo es importante a efectos de una implementación libre de problemas, sino también en cuanto a la capacidad del acuerdo de tornarse ejecutorio (véase, asimismo, Capítulo 12). A modo de ejemplo, deben abordarse las siguientes cuestiones: si los progenitores llegan a un acuerdo respecto de la restitución del niño, las modalidades de la restitución, los gastos de viaje y la persona con quien va a regresar el niño y el lugar donde permanecerá el niño luego de la restitución<sup>343</sup>. Cuando los progenitores deban residir en diferentes Estados, el ejercicio transfronterizo de las responsabilidades parentales debe regularse de manera realista<sup>344</sup>. Por ejemplo, al redactar los arreglos de contacto transfronterizo, deben incluirse fechas y períodos de tiempo específicos y tener en cuenta las vacaciones escolares, etc. También deben considerarse los gastos de viaje. En la medida en que sea posible, es importante eliminar cualquier fuente posible de malos entendidos y obstáculos prácticos en el uso del arreglo de contacto. Por ejemplo, en un caso en el que progenitor perjudicado acepte que el niño pueda

<sup>340</sup> Véase K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), en p. 205.

<sup>341</sup> Véase Recomendación Rec (2002) 10 del Consejo de Europa sobre la mediación en materia civil (nota 53 *supra*), Principio VI (Acuerdos alcanzados en la mediación):

‘16. Para definir el objeto, alcance y conclusiones del acuerdo, debería redactarse un documento escrito al final de cada proceso de mediación. Las partes deberían contar con un período determinado de tiempo para la reflexión, acordado por las partes, posterior a la redacción del documento y con anterioridad a la firma’ (traducción no oficial).

<sup>342</sup> Véase Capítulo 12 *infra* sobre cómo hacer que el acuerdo sea vinculante y ejecutorio’.

<sup>343</sup> Con respecto a los detalles que deben incluirse en una orden de restitución, véase capítulo 4 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 23), pp. 21 y ss.

<sup>344</sup> Véanse Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en Anexo 1 *infra*, Parte B.3.

permanecer con el progenitor sustractor en el Estado al que el niño fue sustraído, siempre que sus derechos de contacto estén suficientemente asegurados, los progenitores podrían acordar que el progenitor sustractor comprará los pasajes de avión para que el niño pase las vacaciones de verano en el Estado de residencia anterior con el progenitor perjudicado. Deberían tenerse en cuenta las capacidades económicas futuras y, a fin de evitar cualquier dificultad de último momento que pudiera surgir con la compra de los pasajes, los progenitores pueden acordar, por ejemplo, que una suma de dinero determinada se deposite con mucha anticipación al viaje para que el progenitor perjudicado haga los arreglos de traslado<sup>345</sup>.

288 Es necesario tener cuidado con relación a las condiciones que superan el ámbito de influencia de las partes. Por ejemplo, el acuerdo no debería encomendarle a una de las partes la tarea de desistir del proceso penal si, en el sistema jurídico pertinente en cuestión, el proceso penal, una vez iniciado, sólo puede ser desestimado por el fiscal o el tribunal<sup>346</sup>.

## 12 Cómo hacer que el acuerdo sea jurídicamente vinculante y ejecutorio

- Los términos del acuerdo de mediación deben ser redactados de manera tal que permitan que el acuerdo goce de efectos jurídicos y sea ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes.
- Es muy recomendable que, antes de que se concluya el acuerdo, se conceda a las partes un tiempo determinado para la reflexión a fin de permitirles obtener asesoramiento jurídico de expertos sobre todas las consecuencias jurídicas y respecto de si el contenido del ‘acuerdo provisorio’ cumple con la ley aplicable en los distintos sistemas jurídicos involucrados.
- Con la celeridad necesaria y con anterioridad a la implementación del acuerdo, deberían tomarse las medidas necesarias para que el acuerdo goce de efectos jurídicos y sea ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes.
- El acceso a la información sobre los procedimientos pertinentes en las jurisdicciones involucradas debería ser proporcionado por las Autoridades Centrales o los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional.
- La cooperación entre las autoridades administrativas / judiciales puede ser necesaria para ayudar a facilitar la ejecutoriedad del acuerdo en todos los Estados pertinentes.
- Se alienta a los tribunales a utilizar redes judiciales nacionales, regionales<sup>347</sup> e internacionales, tales como la Red Internacional de Jueces de La Haya, y a solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales cuando corresponda<sup>348</sup>.
- Los Estados deberían, cuando corresponda, examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas en pos de facilitar los procedimientos para declarar la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación.

<sup>345</sup> Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 16).

<sup>346</sup> Con respecto a la impugnación especial de los procesos penales, véase sección 2.8 *supra*.

<sup>347</sup> Un ejemplo de red regional es la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil; para más información, véase: < [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm) > (consultado por última vez el 16 de junio de 2012).

<sup>348</sup> Véase Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 23), Principio 8.2.



- 289 Con vistas a su funcionamiento como base para una resolución de conflictos sustentable, el acuerdo amistoso alcanzado en la mediación debería cumplir con los requisitos para el goce de efectos jurídicos en los Estados involucrados y debería tornarse jurídicamente vinculante y ejecutorio en dichos Estados con anterioridad al comienzo de su implementación práctica. La ejecutoriedad en ambos sistemas jurídicos involucrados o en todos ellos es particularmente esencial en los casos en que el acuerdo amistoso incluye el ejercicio transfronterizo de la responsabilidad parental. El niño afectado debe ser protegido de una posible nueva sustracción en el futuro o de cualquier otro daño causado por el incumplimiento del acuerdo por parte de un progenitor. Al mismo tiempo, una vez que los progenitores hayan llegado a un acuerdo, la restitución del niño debería implementarse con la mayor celeridad posible a fin de evitar la confusión o alienación del niño.
- 290 En principio, la solución acordada en una mediación debe documentarse por escrito y debe estar firmada por ambas partes. Dependiendo de los asuntos que se hayan tratado en el acuerdo de las partes y sobre la base de la ley aplicable, el acuerdo puede constituir un contrato jurídicamente vinculante entre las partes desde el momento de su perfeccionamiento. Sin embargo, muchos sistemas jurídicos restringen la autonomía de una parte en el derecho de familia hasta un cierto grado, en especial, en cuanto a la responsabilidad parental<sup>349</sup>. Al respecto, muchos Estados consideran que los derechos y el bienestar del niño afectado deben ser salvaguardados a través de la participación de autoridades judiciales o administrativas. Los acuerdos respecto del ejercicio de las responsabilidades parentales que, no obstante, son alentados por la mayoría de dichos sistemas, podrían, por ejemplo, requerir la aprobación de un tribunal que verifique que satisfacen ‘el interés superior del niño’ para gozar de efectos jurídicos<sup>350</sup>.
- 291 Además, pueden existir restricciones a la autonomía de las partes respecto de otras cuestiones de derecho de familia, tales como los alimentos del niño. Algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, limitan la capacidad de los progenitores de celebrar contratos en aras de abandonar las obligaciones alimentarias que surgen en virtud de la ley aplicable.
- 292 Cabe destacar, asimismo, que podría generarse una situación en la cual, entre los diferentes asuntos tratados en el acuerdo de mediación, algunos sean de libre disposición para las partes y otros no, y que, de acuerdo con la ley aplicable, el acuerdo sea vinculante de manera inmediata para las partes respecto de los asuntos de libre disposición, mientras que la última parte del acuerdo dependerá de la aprobación de un tribunal<sup>351</sup>. Esta puede ser una situación desafortunada si no se obtiene (o no puede obtenerse) la aprobación del tribunal respecto del resto del acuerdo, ya que las partes usualmente llegan a un acuerdo relativo a un ‘paquete’ completo y el acuerdo parcialmente vinculante podría favorecer a una de las partes<sup>352</sup>.
- 293 Debido a que la situación jurídica en el marco de las controversias familiares internacionales resulta a menudo compleja, es muy recomendable que, con anterioridad a la conclusión del acuerdo de mediación, haya un ‘recreo’ para que las partes reciban asesoramiento jurídico de especialistas con relación a todas las consecuencias legales de lo que están a punto de consensuar y sobre si el contenido de su ‘acuerdo provisorio’ cumple con la ley aplicable a dichos asuntos en los diferentes sistemas jurídicos involucrados. Puede suceder que un progenitor no sepa que está prestando su aquiescencia a renunciar a determinados derechos o que el acuerdo o su implementación práctica pueden derivar en un cambio (a largo plazo) de la competencia y la ley aplicable a determinados asuntos. Por ejemplo, cuando un progenitor perjudicado acepta la reubicación del niño y del progenitor sustractor, esto tarde o temprano causará una modificación

349 Véase, asimismo, el Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia (*op. cit.* nota 13), párr. 5.4, p. 23.

350 Véase, por ejemplo, Francia, arts. 376 y 373-2-7 del Código Civil o Alemania, § 156, párr. 2 de FamFG (nota 227 *supra*); véanse, asimismo, las respuestas al Cuestionario II del Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta (nota 42 *supra*); véase también M. Lloyd, ‘The Status of mediated agreements and their implementation’, en *Family mediation in Europe – proceedings*, 4<sup>th</sup> Conferencia Europea sobre Derecho de Familia, Palais de l’Europe, Estrasburgo, 1-2 de octubre de 1998, Council of Europe Publishing, abril de 2000, pp. 87-96.

351 Véase, asimismo, párr. 41 *supra*.

352 Por supuesto, los problemas surgirán sólo cuando la parte favorecida reclame sus derechos plasmados en el acuerdo parcial y muchos sistemas jurídicos podrán resolver dicha situación, pero se necesitarán procesos judiciales.

de la ‘residencia habitual’ del niño<sup>353</sup>, lo cual es muy probable que redunde en un cambio de la competencia y la ley aplicable relativas a diversos asuntos relativos a los niños<sup>354</sup>.

- 294 Si la validez de todo el acuerdo o parte de él depende de la aprobación de un tribunal, los términos del acuerdo deben incluir que su entrada en vigor estará sujeta a la condición de que se obtenga de manera exitosa la aprobación del tribunal. En estos casos, es recomendable referirse al resultado de la mediación como ‘acuerdo provisorio’ y reflejarlo en el título y la redacción del documento que registra el acuerdo amistoso. En algunos sistemas jurídicos, los mediadores se refieren al resultado inmediato de la mediación como ‘memorando de entendimiento’ en lugar de ‘acuerdo’ para evitar cualquier indicio de que el acuerdo es vinculante en dicha etapa.
- 295 Cabe destacar que no todo acuerdo que sea jurídicamente vinculante respecto de las partes en un sistema jurídico sea también automáticamente ejecutorio en dicho sistema jurídico. Sin embargo, en los sistemas jurídicos en los que los acuerdos en materia de responsabilidad parental requieran la aprobación de autoridades judiciales o administrativas para ser jurídicamente vinculantes, la medida que concede la aprobación (por ejemplo, la inclusión de los términos del acuerdo en una orden judicial), con frecuencia, será al mismo tiempo la medida que torna al acuerdo ejecutorio en dicha jurisdicción<sup>355</sup>. Por otro lado, un acuerdo parental que, una vez perfeccionado, es jurídicamente vinculante en un sistema jurídico puede necesitar notarización u homologación judicial a fin de tornarse ejecutorio, excepto que la legislación de dicho Estado disponga lo contrario. Para las formalidades requeridas para que los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores tornen a los acuerdos de mediación ejecutorios, los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 pueden ser una útil fuente de información<sup>356</sup>.
- 296 En lo que respecta al otorgamiento a un acuerdo que se ha tornado ejecutorio (por haberse enmarcado en una orden judicial o de otro modo) en un sistema jurídico (Estado A) de efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio en el otro sistema jurídico pertinente (Estado B), por lo general, pueden considerarse dos vías:

(1) La vía del reconocimiento y de la ejecución en el Estado B:

Una orden judicial obtenida en el Estado A que contenga el acuerdo puede ser reconocida en el Estado B, ya sea porque un instrumento internacional, regional o bilateral dispone el reconocimiento o porque la orden judicial de un tribunal extranjero puede ser reconocida en dicho sistema jurídico de conformidad con la legislación del Estado B. Con respecto a la ejecución real del acuerdo amistoso, puede requerirse una declaración adicional de exequátur o el registro en el Estado B. Pueden surgir problemas en esta situación cuando los tribunales del Estado B consideran que los tribunales del Estado A carecían de competencia internacional para dictar una decisión en la materia (para más información acerca de las impugnaciones jurisdiccionales en los casos de sustracción internacional de niños, véase Capítulo 13).

353 Siempre que ya no se haya modificado la residencia habitual del niño; para más detalles sobre el significado de ‘residencia habitual’, véase P. McEleavy, INCADAT-Comentario al Análisis de Jurisprudencia: Objetivos & Ámbito de Aplicación del Convenio - Residencia habitual, disponible en < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >, ‘Análisis de jurisprudencia’.

354 Véase Capítulo 13 *infra*.

355 Los detalles dependerán del derecho procesal pertinente.

356 Véase sección 19.5 b) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*). En algunos Estados, existe más de una opción. Los siguientes Estados indicaron que se necesita una aprobación judicial para que el acuerdo sea ejecutorio: Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Burkina Faso, Canadá (Manitoba, Nueva Escocia), China (Hong Kong (RAE)), Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia (mediante el Consejo de Bienestar Social), Francia, Grecia, Honduras, Hungría (mediante la Autoridad de Guarda), Irlanda, Israel, Letonia, Lituania, Mauricio, México, Noruega, Paraguay, Polonia, Reino Unido (Inglaterra y Gales; Irlanda del Norte), República Checa, Rumania, Suecia (mediante el Consejo de Bienestar Social), Suiza y Venezuela; la notarización es una opción en: Bélgica, Burkina Faso, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Hungría, y Rumania, mientras que el registro ante el tribunal es una opción en: Australia, Burkina Faso, Canadá (Columbia Británica, Nueva Escocia, Saskatchewan), Estonia, Grecia, y Honduras (Perfiles de País - a junio de 2012).

Otra opción podría ser que las normas entre el Estado A y el Estado B que permitan el reconocimiento en el Estado B de un acuerdo ejecutorio en el Estado A sean aplicables sin que esté contenido en una orden judicial<sup>357</sup>.

(2) La vía que consiste en llevar el propio acuerdo al Estado B y realizar las gestiones necesarias a fin de otorgarle efecto vinculante y tornarlo ejecutorio en el Estado B:

Las partes podrían recurrir a las autoridades del Estado B con su acuerdo y solicitar que se le otorgue efecto vinculante y ejecutorio en virtud de los procedimientos internos del Estado B. Esto significa que ellas procederían independientemente del estatus jurídico que tuviera (hubiera obtenido) su acuerdo en el Estado A. Pueden surgir problemas respecto de esta solución debido a asuntos jurisdiccionales. Por ejemplo, podría ocurrir que las autoridades del Estado B consideren que carecen de la competencia (internacional) para convertir el acuerdo en una orden judicial o adoptar las medidas necesarias a fin de otorgar al acuerdo efecto vinculante, por considerar que las autoridades del Estado A gozan de competencia exclusiva para tratar el/los objeto/s que cubre el acuerdo.

- 297 La situación ideal es aquella en la cual un instrumento bilateral, regional<sup>358</sup> o internacional dispone el reconocimiento y la ejecución simplificados de órdenes judiciales de un Estado a otro. El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños es un instrumento de dicha naturaleza. En virtud del Convenio de 1996, una orden judicial que enmarque un acuerdo relativo a la custodia o contacto en un Estado contratante constituye una ‘medida de protección’ y, como tal, será reconocido de pleno derecho y ejecutorio en todos los Estados contratantes. Esto significa que ‘el reconocimiento [...] se obtiene sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno’<sup>359</sup> (traducción no oficial) en otros Estados contratantes. No obstante, en relación con la ejecución real de la medida, resulta necesaria la declaración de exequátur o el registro (art. 26(1)). Pero el Convenio de 1996 obliga a los Estados contratantes a aplicar un ‘procedimiento simple y rápido’ al respecto (art. 26(2), énfasis agregado). La declaración de exequátur o registro sólo puede ser denegada cuando se aplique una de las causales restringidas para la denegación de reconocimiento detalladas en el art. 23(2). Las causales de denegación incluyen, por ejemplo, si ‘la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos’ en el Convenio de 1996 y si ‘excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido’.
- 298 Las eventuales dudas que pudieran surgir en cuanto a las causales de no reconocimiento pueden despejarse en una etapa temprana del procedimiento de ‘reconocimiento anticipado’ previsto en el artículo 24 del Convenio de 1996. Conforme a dicho artículo, ‘toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante’. (Para más detalles acerca del Convenio de 1996, véase el Manual Práctico)<sup>360</sup>.

357 Véase, por ejemplo, art. 46 del Reglamento Europeo Bruselas IIa, según el cual ‘los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen [de la Unión Europea], serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales [en virtud del Reglamento]’. Véase, asimismo, el art. 30(1) del Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro de Alimentos para los Niños, que establece que ‘[un] acuerdo en materia de alimentos celebrado en un Estado contratante podrá ser reconocido y ejecutado como una decisión [...], siempre que sea ejecutorio como una decisión en el Estado de origen’.

358 En forma similar al Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, el Reglamento Europeo Bruselas IIa contiene normas sobre el reconocimiento y la ejecución simplificada de las decisiones en materia de responsabilidades parentales. Asimismo, el art. 46 del Reglamento Bruselas IIa prevé el reconocimiento y la ejecución de los propios acuerdos, siempre que sean ejecutorios en el Estado miembro en el que son concluidos; véase nota 357 *supra*.

359 Véase P. Lagarde, Informe Explicativo sobre el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (*op. cit.* nota 80), p. 585 párr. 119.

360 *Op. cit.* nota 223.

- 299 Es dable resaltar que, en los casos de sustracción de niños, la situación jurisdiccional es muy compleja<sup>361</sup>. Tanto el Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores como el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños se basan en la idea de que, en una situación de sustracción de niños, las autoridades del Estado al que el niño fue sustraído (Estado requerido) tendrá la facultad de decidir acerca de la restitución del niño pero no acerca del fondo de la custodia<sup>362</sup>. Por lo tanto, el tribunal que entiende en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya en el Estado requerido tendrá dificultades para convertir un acuerdo de mediación en una orden judicial si este acuerdo no sólo comprende la cuestión de la restitución, sino también cuestiones de custodia u otras cuestiones respecto de las cuales el tribunal que entiende en el proceso en virtud del Convenio de La Haya careciera de competencia (internacional) (para más detalles acerca de la situación jurisdiccional especial en los casos de sustracción internacional de niños, véase Capítulo 13).
- 300 Otra complicación para la situación jurisdiccional puede surgir de la inclusión de cuestiones adicionales, tales como la obligación alimentaria respecto del cónyuge y los hijos, en el acuerdo. En consecuencia, la participación de autoridades diferentes, posiblemente en Estados diferentes, podría ser necesaria a fin de otorgar efecto vinculante y ejecutorio al acuerdo en su totalidad en los sistemas jurídicos pertinentes. En tales casos, puede que se necesite asesoramiento jurídico especializado acerca de las medidas que deben adoptarse y en cuál de los Estados involucrados.
- 301 El acceso a la información sobre dónde buscar el asesoramiento jurídico de expertos y sobre las medidas necesarias para que un acuerdo sea declarado ejecutorio en los Estados involucrados puede ser facilitado por la Autoridad Central u otro organismo que funcione como Punto de Contacto Central para la mediación internacional en materia de familia en las jurisdicciones pertinentes<sup>363</sup>.
- 302 La cooperación entre las autoridades administrativas / judiciales de los distintos Estados involucrados puede ser necesaria para garantizar la ejecutoriedad del acuerdo en las distintas jurisdicciones.
- 303 En el supuesto de que fuera factible, los tribunales deberían apoyar la sustentabilidad del acuerdo amistoso ayudando a las partes en sus esfuerzos por otorgar al acuerdo efecto jurídicamente vinculante y tornarlo ejecutorio en los distintos sistemas jurídicos involucrados. Esto puede incluir la utilización de órdenes espejo u órdenes de puerto seguro<sup>364</sup>. Asimismo, si fuese factible y adecuado, los tribunales deberían utilizar las redes judiciales existentes<sup>365</sup> y solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales. Una red judicial de particular importancia al respecto es la Red

361 Para más detalles, véase Capítulo 13.

362 Véanse art. 16 del Convenio de 1980; art. 7 del Convenio de 1996.

363 Véanse Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en Anexo 1 *infra*, Parte C (Cómo otorgarle efectos vinculantes a los acuerdos de mediación). Véase sección 4.1 *supra* para más información relativa al rol de los Puntos de Contacto Centrales en la mediación familiar internacional.

364 El término 'orden espejo' hace referencia a una orden emitida por los tribunales del Estado requirente que es idéntica o similar a (i.e. 'refleja') una orden emitida en el Estado requerido. Una 'orden de puerto seguro' es una orden emitida por un tribunal del Estado requirente, a menudo, a solicitud del progenitor perjudicado con el propósito de garantizar los términos de la restitución. Para más detalles acerca del uso de las órdenes espejo y las órdenes de puerto seguro en los casos de sustracción internacional de niños, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (*op. cit.* nota 5, *supra*), Capítulo 5 'Promoción del cumplimiento voluntario' y Capítulo 8 'Cooperación transfronteriza para garantizar una restitución segura'. Con respecto a los ejemplos, véase, asimismo, E. Carl & M. Erb-Klünemann, 'Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), pp. 59 y ss. en p. 72; véase, asimismo, K. Nehls, 'Corss-border family mediation – An innovative approach to a contemporary issue', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*ibíd.*), pp. 18 y ss. en p. 27.

365 Con respecto al uso de las comunicaciones judiciales directas a fin de garantizar el reconocimiento y la ejecución jurídica de los acuerdos en los casos de sustracción internacional de niños, véase el informe de dos jueces alemanes, E. Carl & M. Erb-Klünemann, 'Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases', en S. Kiesewetter & C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), pp. 59 y ss., en pp. 72, 73.

Internacional de Jueces de La Haya especializados en materia de familia, que fue creada<sup>366</sup> para facilitar las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional y para ayudar a garantizar el funcionamiento efectivo de los instrumentos internacionales en el ámbito de la protección del niño, incluido el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores<sup>367</sup>. Mediante el uso de comunicaciones judiciales directas, puede que un juez que entiende en un proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya coordine el apoyo para un acuerdo parental, que incluya cuestiones de custodia, con el juez competente en materia de custodia del Estado de restitución<sup>368</sup>.

- 304 Los Estados deberían facilitar procedimientos simples a través de los cuales los acuerdos de mediación puedan, a pedido de las partes, ser aprobados y / o declarados ejecutorios por la autoridad competente<sup>369</sup>. Si no existen dichos procedimientos, los Estados deberían examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas que faciliten dichos procedimientos<sup>370</sup>.

366 La red fue creada luego de una propuesta realizada en el Seminario Judicial de De Ruwenberg de 1998 sobre la protección internacional de niños; para más información, véase < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, 'Sección Sustracción de Niños'. Para más información acerca de la Red Internacional de Jueces de La Haya y del funcionamiento de las comunicaciones judiciales directas, véase nota 128 *supra*.

367 Véanse las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Judicial Conjunta CE-HCCH, 15-16 de enero de 2009, disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, 'Sección Sustracción de Niños'; adoptadas con el consenso de más de 140 jueces de más de 55 jurisdicciones.

368 Véase, por ejemplo, la declaración de un experto australiano durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial, 'Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (1-10 de junio de 2011)', redactados por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nffl 14 de noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, 'Sección Sustracción de Niños'), en párr. 252; véase, asimismo, E. Carl & M. Erb-Klünemann (*op. cit.* nota 364), pp. 59 y ss. en p. 72.

369 Respecto al desarrollo en la Unión Europea, véase art. 6 de la Directiva de la Unión Europea sobre mediación (nota **Error! Bookmark not defined.** *supra*), que solicita a los Estados miembro que 'garanti[cen] que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación'. Las excepciones mencionadas en el art. 6 son casos en los cuales 'bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo'. El art. 6 destaca que '[lo] dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con [el presente Artículo]'. Con respecto a las medidas adoptadas en los Estados miembro de la Unión Europea a fin de cumplir con la Directiva, véase el Atlas Judicial Europeo (nota 60 *supra*).

370 Véase, asimismo, Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa sobre mediación familiar (nota 52 *supra*), IV (El estatuto de los acuerdos de mediación):

'Los Estados deben facilitar la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente a la que las partes lo soliciten y facilitar los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional'.

## 13 Cuestiones de competencia y normas de ley aplicable

- Las cuestiones de competencia y ley aplicable deben ser consideradas al redactar el acuerdo de mediación.
- Las autoridades judiciales y administrativas del Estado requerido y del Estado requirente deberían cooperar mutuamente en la medida de lo posible a fin de superar las dificultades que podrían surgir al momento de otorgarle al acuerdo que resuelve en forma amigable una controversia en materia de sustracción internacional de niños efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio en ambos Estados. El uso de comunicaciones judiciales directas puede ser de especial utilidad en este aspecto.

- 305 Como se ha destacado en el Capítulo 12, la consideración de las cuestiones de competencia y ley aplicable es crucial en el marco de las controversias familiares internacionales al momento de garantizar la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación en los distintos Estados involucrados. Bien puede ser que el alcance de la mediación deba adaptarse teniendo en cuenta esto debido a las complicaciones que la inclusión de determinadas cuestiones adicionales, tales como la obligación alimentaria, podría acarrear<sup>371</sup>.
- 306 En cuanto a la competencia en las cuestiones familiares transfronterizas, la cuestión de la competencia internacional (i.e., qué Estado goza de competencia) debe distinguirse de la cuestión de la competencia nacional (i.e., qué tribunal o autoridad goza de competencia respecto de una cuestión determinada dentro de un Estado). Los tratados multilaterales que contienen normas en materia de competencia, por lo general, se ocupan exclusivamente de la competencia internacional mientras que dejan la regulación de la competencia nacional en manos de los distintos Estados particulares.
- 307 Con respecto a la competencia internacional en los casos de sustracción internacional de niños, debe prestarse especial atención a las implicancias que pueden surgir de la combinación de las dos cuestiones que con frecuencia se abordan en los acuerdos de mediación en los casos de sustracción internacional de niños, que son las siguientes: (1) la cuestión de la restitución o no restitución del niño, y (2) la regulación de los derechos de custodia y contacto que han de implementarse luego de la restitución o no restitución. Es el propio traslado o retención ilícitos el que crea una situación de competencia especial en los casos de sustracción internacional de niños que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y / o del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. Conforme a un principio de competencia internacional de amplia aplicación, el tribunal de la residencia habitual del niño es el que tiene competencia para tomar decisiones a largo plazo respecto de la custodia y del contacto con el niño, y decisiones sobre la reubicación de la familia en países transfronterizos. Este principio encuentra su fundamento en el Convenio de 1996<sup>372</sup>, el cual opera conjuntamente con el Convenio de 1980, así como en los instrumentos regionales pertinentes<sup>373</sup>. El principio está basado en la premisa de que el tribunal de la residencia habitual del niño es, en general, el foro más adecuado para decidir sobre el asunto de la custodia debido a que es el tribunal que tiene vínculos más estrechos con el medio regular del niño, i.e., es el tribunal que puede evaluar fácilmente las condiciones de vida del niño y que está más capacitado para tomar una decisión en el interés superior del niño. En una situación de sustracción, el Convenio de 1980 protege los intereses del niño impidiendo que

371 Nada impide que las partes regresen a la mediación una vez que se establezca que el caso de sustracción de niños abordará estas cuestiones adicionales.

372 La residencia habitual es el punto de conexión principal utilizado en todos los Convenios de La Haya modernos en materia de familia, al igual que en numerosos instrumentos regionales en materia de protección de los niños, tales como el Reglamento Bruselas IIa.

373 Por ejemplo, el Reglamento Bruselas IIa.

un progenitor establezca ‘vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia [exclusiva] de un menor’<sup>374</sup>. En esta línea, el artículo 16 del Convenio de 1980 garantiza que ‘[d]espués de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor’, los tribunales del Estado requerido no ‘decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio’.

- 308 En la misma línea, reforzando el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños establece que, en el caso del traslado o la retención ilícitos de un niño, las autoridades del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado o a la retención conservan su competencia en materia de custodia hasta que se cumplan una serie de condiciones<sup>375</sup>.
- 309 Con relación a la combinación de las cuestiones en el acuerdo parental al que se hiciera referencia *supra*, el tribunal que entiende en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya gozará de competencia exclusivamente respecto de la parte (1) del acuerdo, i.e., la restitución o no restitución, y no gozará de competencia para aprobar la parte (2) del acuerdo sobre derechos de custodia y contacto a largo plazo. No obstante, si el tribunal incluyera el acuerdo completo de los progenitores en su orden judicial con la cual concluye el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, la orden judicial no podrá ser vinculante respecto de los tribunales del Estado requirente (i.e., el Estado del que el niño fue sustraído) en cuanto a las cuestiones de custodia a largo plazo debido a la falta de competencia en la materia.
- 310 Un ejemplo ilustra las dificultades que estas cuestiones de competencia pueden ocasionar en la práctica:

- ■ *Luego de serios problemas en su relación, una joven pareja casada, progenitores de un niño de ocho años, decide divorciarse. Los cónyuges, originalmente procedentes del Estado B, han tenido residencia habitual en el Estado A desde el nacimiento del niño. Mientras el proceso de divorcio se encuentra en curso en el Estado A, la madre (M) traslada al niño en forma ilícita al Estado B (Estado requerido), dado que teme que podría perder la custodia compartida del niño. A solicitud del padre (P), se inicia un proceso de restitución en virtud del Convenio de 1980 en el Estado B. Mientras tanto, el tribunal del Estado A (Estado requirente) le otorga a P la custodia exclusiva provisional del niño. Si bien P se encuentra presente en el Estado B a efectos de asistir a las audiencias judiciales, un intento de mediación es exitoso. En el curso de las sesiones de mediación, los progenitores desarrollan un acuerdo elaborado, a través del cual acuerdan la custodia compartida del niño y su residencia alternada. Asimismo, acuerdan volver al Estado A y que M se hará cargo de los gastos de traslado.*

*M y P quieren que su acuerdo sea jurídicamente vinculante antes de su implementación. En particular, puesto que al padre se le ha otorgado la custodia exclusiva provisional del niño en el Estado A como consecuencia del traslado ilícito, la madre desea contar con alguna garantía de que los tribunales del Estado A respetarán el acuerdo parental.*

374 Véase E. Pérez-Vera, Informe Explicativo sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (*op. cit.* nota 93), p. 3, párr. 11.

375 Conforme al art. 7(1) del Convenio de 1996:

‘las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado y

a) toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención;

o

b) el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio’.

*Ellos toman conocimiento de que el tribunal que entiende en los procesos en virtud del Convenio de La Haya en el Estado B sólo puede incluir en una orden judicial la parte del acuerdo relativa a la restitución y las modalidades de la restitución, pero que los términos relativos a las cuestiones de fondo de la custodia no pueden incluirse o, al menos, no de modo tal de ser vinculantes para las autoridades del Estado A. En particular, M no está satisfecha con una aprobación parcial del acuerdo. Por lo tanto, M y P consideran la posibilidad de recurrir a las autoridades del Estado A que gocen de competencia internacional en materia de custodia. Sin embargo, toman conocimiento de que el tribunal competente en el Estado A, aunque es probable que apruebe el acuerdo parental, por lo general, va a insistir en la presencia de ambas partes y en escuchar al niño, como parte de la obligación legal a los fines de una prueba para el interés superior del niño en asuntos relativos a la custodia. No obstante, M no está dispuesta a regresar al Estado A con el niño hasta que le garanticen que el acuerdo será respetado por las autoridades del Estado A. ■*

- 311 Las dificultades prácticas que pueden derivar de la situación de competencia especial en los casos de sustracción internacional de niños se analizaron con cierto grado de detalle en la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños en junio de 2011<sup>376</sup>. Un desarrollo adicional de la cuestión puede también encontrarse en el Documento Preliminar Nffl 13 de noviembre de 2011<sup>377</sup> redactado en preparación de la Segunda Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial celebrada en enero de 2012, cuando se retomó la cuestión en el contexto más amplio del debate acerca de la posible necesidad de simplificación de reconocimiento y ejecución de acuerdos en materia de derecho de familia<sup>378</sup>.
- 312 En la situación jurídica actual, la sustentabilidad de un acuerdo amistoso alcanzado en el marco de un caso de sustracción internacional de niños dependerá, en gran medida, de la cooperación entre las autoridades judiciales del Estado requerido y las del Estado requirente al momento de ayudar a las partes en sus esfuerzos por otorgar efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio al acuerdo en ambos Estados. Como se mencionó en el Capítulo 12, hay una serie de medidas que tanto el tribunal que entiende en el proceso de restitución como los tribunales del Estado requirente pueden adoptar en sustento del acuerdo (para más información acerca de las órdenes espejo y las órdenes de puerto seguro, etc., véase *supra*). El uso de las comunicaciones judiciales directas puede ser de especial ayuda en estos casos<sup>379</sup>.
- 313 En aras de superar los problemas de competencia descriptos *supra*, la transferencia de competencia en virtud de los artículos 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños

376 Véanse Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, Doc. Prel. Nffl 14 de noviembre de 2011 (*op. cit.* nota 368), en párrs. 247 y ss.

377 Véase 'Guía para la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial y Consideración de la conveniencia y factibilidad de trabajo adicional relativo a los Convenios de 1980 y 1996', redactada por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nffl 13 de noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 para revisar el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (disponible en < www.hcch.net >, 'Sección Sustracción de Niños'), en particular, párrs. 29 y ss.

378 Luego de una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 (véanse Conclusiones y Recomendaciones de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, *op. cit.* nota 320, Recomendación Nffl 77), el Consejo de 2012 ordenó que la Conferencia de La Haya 'estableciera] un Grupo de Expertos a fin de llevar a cabo trabajos de investigación adicionales acerca del reconocimiento y de la ejecución transfronterizos de los acuerdos a los que se hubiera llegado en el curso de disputas internacionales relativas a niños, incluidos aquellos a los que se hubiera llegado a través de un proceso de mediación, teniendo en cuenta la implementación y el uso del Convenio de 1996' y, al mismo tiempo, señaló que '[d]icho trabajo comprenderá la identificación de la naturaleza y del alcance de los problemas jurídicos y prácticos, incluidas las cuestiones jurisdiccionales, al igual que la evaluación del beneficio de un nuevo instrumento, ya sea vinculante o no vinculante, en la materia' (traducción no oficial), véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendación Nffl 7.

379 Véase nota 368 *supra*; para más información acerca de las comunicaciones judiciales directas, véase nota 128 *supra*.



también puede considerarse si ambos Estados involucrados son Estados contratantes del Convenio de 1996. (Para más detalles acerca de la transferencia de competencia, véase el Manual Práctico sobre el Convenio de 1996).

- 314 En vista de la complejidad mencionada supra de otorgarle efecto jurídicamente vinculante a los acuerdos en los casos de sustracción internacional de niños, es muy recomendable que los progenitores obtengan asesoramiento jurídico especializado con respecto a su caso. Las Autoridades Centrales deberían brindar a las partes y los tribunales el mayor apoyo posible mediante el suministro de información, al igual que apoyar sus esfuerzos por superar los obstáculos de competencia al otorgamiento de efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio al acuerdo de mediación tanto en el Estado requerido como en el Estado requirente.
- 315 Además de las cuestiones de competencia, las cuestiones de ley aplicable pueden desempeñar un rol importante en la mediación en el marco internacional del derecho de familia. El acuerdo alcanzado en la mediación debe ser compatible con la ley aplicable a fin de servir como fundamento viable de la resolución de controversias. Las partes de una controversia familiar internacional deben tener conocimiento de que la ley aplicable a determinadas cuestiones abordadas durante la mediación no es necesariamente la ley del Estado en el cual la mediación se está desarrollando. Deben saber que incluso existe la posibilidad de que las leyes de distintos Estados sean aplicables a las distintas cuestiones ventiladas en la mediación.
- 316 En un caso de sustracción internacional de niños, por ejemplo, cuando la mediación está teniendo lugar en el Estado requerido (i.e., el Estado al que el niño ha sido trasladado) al mismo tiempo que el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, el derecho sustantivo aplicable a las cuestiones de fondo de la custodia, por lo general, no será el derecho de dicho Estado, sino que es bastante probable que sea la ley del Estado requirente (i.e., el Estado de residencia habitual del niño inmediatamente anterior a la sustracción). Por supuesto, una generalización en este aspecto es difícil, dado que la situación de la ley aplicable en el caso en particular depende de los tratados internacionales, regionales o bilaterales en vigor en los Estados pertinentes y, ante la ausencia de tales tratados, las normas nacionales pertinentes en materia de conflicto de leyes. Si el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños es aplicable al caso en cuestión, de conformidad con dicho Convenio, el tribunal que goza de competencia respecto de las cuestiones de fondo de la custodia en la situación inmediata de sustracción de niños (que, como se analizara supra, es un tribunal del Estado requirente), como principio general, aplicará su propia ley (véase art. 15 del Convenio de 1996). Por lo tanto, en esta situación, las disposiciones del acuerdo de mediación, en la medida en la que se refieren a cuestiones de custodia y contacto a largo plazo, deberán ser compatibles con el derecho sustantivo del Estado de residencia habitual del niño (para más detalles acerca del Convenio de 1996, véase el Manual Práctico).
- 317 Con respecto a otras cuestiones abordadas en el acuerdo de mediación, por ejemplo, las disposiciones relativas a la obligación alimentaria respecto de los hijos y el cónyuge, las normas de competencia y ley aplicable pueden variar. Según las circunstancias del caso y de las normas de derecho internacional privado aplicables al caso, puede que un tribunal distinto del tribunal competente en materia de custodia goce de competencia en materia alimentaria y puede que un derecho sustantivo distinto del aplicable en materia de custodia rija las cuestiones relativas a la obligación alimentaria. Esta es una complicación adicional que, una vez más, señala la necesidad de que las partes cuenten con asesoramiento jurídico especializado respecto de su caso particular.

## 14 El uso de la mediación para prevenir la sustracción de niños

- El promover acuerdos voluntarios y facilitar la mediación en relación con los asuntos de custodia o contacto / visita puede ayudar a evitar sustracciones ulteriores<sup>380</sup>.
- Se pueden considerar las ventajas de proporcionar la mediación de especialistas para parejas con relaciones interculturales<sup>381</sup>.

- 318 Al reconocer que la ruptura de una relación entre personas de diferentes Estados es un elemento esencial en muchos casos de sustracción internacional de niños, '[a]segurar un acuerdo voluntario en la fase en que los progenitores se están separando o están discutiendo sobre asuntos de custodia o derechos de visita es una medida preventiva útil en sí misma'<sup>382</sup>.
- 319 Por ejemplo, si un progenitor desea reubicarse en otro Estado luego de la separación de su pareja, introducir la mediación en una etapa temprana puede resultar particularmente útil. La mediación de especialistas puede lograr que los progenitores comprendan mejor sus diferentes puntos de vista y que logren un acuerdo amistoso considerando las necesidades de sus hijos. Los resultados pueden variar tanto como las circunstancias de cada caso particular, que incluyen la reubicación de ambos progenitores en el nuevo Estado, la permanencia de ambos progenitores en el mismo Estado o la reubicación de un progenitor con los derechos de contacto del otro progenitor garantizados de manera suficiente.
- 320 A su vez, el uso de la mediación para asegurar que los acuerdos de contacto, tanto dentro de los límites territoriales de un Estado como de manera transfronteriza, sean respetados puede ayudar a evitar situaciones que conlleven a la sustracción internacional de niños. Para más detalles acerca de situaciones en las cuales existe un gran riesgo de sustracción de niños, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención<sup>383</sup>, en párr. 2.1.
- 321 Facilitar la provisión de información sobre la mediación y las medidas necesarias para que un acuerdo de mediación sea ejecutorio en las dos jurisdicciones afectadas a través de Autoridades Centrales o Puntos de Contacto Centrales sobre la mediación internacional en asuntos de familia ayudará a promover la mediación como medida para la prevención de sustracción de niños<sup>384</sup>.
- 322 Por supuesto, la mediación es sólo una de varias posibilidades. El acceso a los procesos judiciales para reubicación no debería condicionarse a la asistencia de las partes a sesiones de mediación<sup>385</sup>.

---

380 Véanse Principios extraídos de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (*op. cit.* nota 23), párr. 2.1, p. 15.

381 Véanse Principios extraídos de la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención (*ibíd.*).

382 *Ibíd.*

383 *Ibíd.*

384 Acerca del rol de las Autoridades Centrales y otros organismos al momento de facilitar el suministro de esta información, véase sección 4.1 *supra*.

385 Véase Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias (nota 160 *supra*).

## 15 Otros procesos para lograr acuerdos amistosos

- Además de la mediación debería alentarse el uso de otros procesos para lograr acuerdos amistosos en las controversias familiares internacionales relativas a los niños.
- Los procesos para dar lugar a acuerdos amistosos disponibles para los casos nacionales sólo deberían considerarse para su uso en las controversias familiares internacionales, si es posible su adaptación a las necesidades especiales de las controversias internacionales.
- Los Estados deberían proporcionar información sobre los procesos para lograr acuerdos amistosos disponibles en su jurisdicción para los casos de sustracción internacional de niños.

- 323 La presente Guía pretende promover el uso de procesos que dan lugar a acuerdos amistosos para el arreglo amigable de controversias familiares internacionales que involucren a los niños.
- 324 Además de la mediación, se han desarrollado y se aplican de manera exitosa a las controversias familiares en distintos países muchos otros procesos que dan lugar a acuerdos amistosos<sup>386</sup>. Entre estos se encuentran la ‘conciliación’, la ‘coordinación de la crianza de los hijos’, la ‘evaluación temprana neutral’, y modelos de propugnación de la resolución de conflictos tales como los enfoques del ‘derecho colaborativo’ o del ‘derecho cooperativo’.
- 325 La ‘conciliación’, con frecuencia llevada adelante en el curso de los procesos judiciales por el juez de turno, es uno de los procesos de resolución de controversias más directivos en este listado. Como se señalara en la sección de Terminología supra, a veces se confunde la conciliación con la mediación. En la mediación, el tercero neutral no puede ser una persona que se encuentre en posición de tomar una decisión por las partes; el mediador sólo facilita la comunicación entre las partes, ayudándolas a encontrar por sí mismas una resolución de su controversia. Por el contrario, en la conciliación, el tercero neutral, por lo general, tiene mucha más influencia en la solución del conflicto<sup>387</sup>. La conciliación se utiliza regularmente en muchos países en los procesos judiciales relativos a controversias familiares, especialmente, en los procesos de divorcio y los procesos relativos a la responsabilidad parental<sup>388</sup>. La conciliación por parte del juez que entiende en la causa se puede aplicar fácilmente en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya, cuando se lo considere adecuado y factible, en pos de dar lugar a un acuerdo judicial, sin correr riesgo de demora.
- 326 En los Estados Unidos de América, algunas jurisdicciones ofrecen programas de ‘coordinación de la crianza de los hijos’ para los casos de custodia y derecho de visita altamente conflictivos cuando los progenitores ya hayan demostrado, en forma recurrente, su incapacidad de cumplir con las órdenes judiciales o los acuerdos parentales o su renuencia a hacerlo<sup>389</sup>.

386 Para más información acerca de los procesos alternativos de resolución de controversias disponibles en los distintos Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, véase Capítulo 20 de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 supra).

387 Para más detalles sobre la distinción entre mediación y conciliación, véase sección de Terminología, supra ‘Mediación’.

388 Por ejemplo, en Marruecos, antes de que un tribunal decida sobre un divorcio, se debe intentar la ‘reconciliación’ de los cónyuges, véanse arts. 81 y ss del Código de Familia marroquí (*Code de la Famille – Bulletin Officiel* No 5358 du 2 ramadan 1426, 6 de octubre 2005, p. 667), disponible en < www.justice.gov.ma >. De manera similar, en Italia, el intento de reconciliación entre los cónyuges es obligatorio en los procesos de separación y divorcio, véase art. 708 del Código de Procedimiento Civil y arts. 1 y 4.7 de la Ley de Divorcio italiana (Legge 1 de diciembre de 1970, Nffl 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, en *Gazzetta Ufficiale* n. 306, 3 de diciembre 1970).

389 Véase N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), pp. 663, 664.

- ‘La coordinación de la crianza de los hijos es un proceso alternativo de resolución de controversias centrado en el niño en el cual un profesional de la salud mental o jurídico con formación y experiencia en mediación ayuda a los progenitores altamente conflictivos a implementar su plan de crianza de los hijos facilitando la resolución oportuna de sus controversias, instruyendo a los progenitores respecto de las necesidades de los niños, y con previa aprobación de las partes y / o del tribunal, tomando decisiones dentro del alcance de la orden judicial o del contrato de designación’<sup>390</sup> (traducción no oficial).
- 327 El coordinador de la crianza de los hijos es designado por el tribunal competente para los procesos de custodia. La ‘coordinación de la crianza de los hijos’ fue establecida después de una recomendación de una conferencia interdisciplinaria sobre controversias de custodia altamente conflictivas financiada por la *American Bar Association* en el año 2000.
- 328 Otro medio que alienta los acuerdos amistosos respecto de las controversias familiares es la ‘**evaluación temprana neutral**’<sup>391</sup>, por la cual las partes reciben la evaluación pericial no vinculante de su situación jurídica, con posterioridad a la cual se les da la oportunidad de negociar un acuerdo amistoso<sup>392</sup>. Este proceso está disponible, por ejemplo, en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América, donde las sesiones de ‘evaluación temprana neutral’ tienen una duración de dos a tres horas, son llevadas adelante por uno o más expertos y son confidenciales<sup>393</sup>.
- 329 La promoción de procesos que den lugar a acuerdos amistosos en los distintos sistemas jurídicos también se refleja en el enfoque cambiante de los abogados hacia la propugnación del derecho de familia. En la actualidad, los abogados tienden a concentrarse más en alcanzar acuerdos como el mejor resultado posible para sus clientes.
- 330 El primero de dos procesos interesantes que debería mencionarse en este sentido es el modelo de ‘**derecho colaborativo**’. De acuerdo con este modelo, que se utiliza en varias jurisdicciones<sup>394</sup>, las partes son asistidas por ‘abogados colaborativos’ que emplean técnicas de negociación de solución de problemas en función de sus intereses para resolver la controversia sin recurrir a los tribunales<sup>395</sup>. Cuando no se llega a acuerdo alguno y la cuestión debe resolverse en un proceso judicial, los abogados colaborativos se encuentran inhabilitados para continuar la representación y, es por ello entonces, que las partes necesitan una nueva representación en dicho caso. En algunas jurisdicciones, por ejemplo, en algunos estados de los Estados Unidos de América, el modelo de derecho colaborativo ha sido utilizado con éxito durante bastante tiempo. Mientras tanto, algunos de estos sistemas jurídicos han introducido legislación, o una ‘opinión ética’ sobre el ‘derecho colaborativo’<sup>396</sup>.
- 331 El segundo modelo de propugnación de la resolución amigable de conflictos es el del ‘derecho cooperativo’. El modelo de ‘derecho cooperativo’ sigue los principios del modelo de ‘derecho colaborativo’, excepto en lo que se refiere a la inhabilitación de los representantes cuando la cuestión debe someterse al entendimiento de un tribunal<sup>397</sup>.
- 332 El uso de procesos que den lugar a acuerdos amistosos disponibles para las controversias familiares en el ámbito nacional debería considerarse en las controversias familiares internacionales.

390 Véanse ‘Lineamientos para la Coordinación de la Crianza de los Hijos’ desarrollados por la Asociación de Tribunales de Familia y Conciliación (*Association of Family and Coordination Courts (AFCC)*) - Equipo de Trabajo sobre Coordinación de la Crianza de los Hijos, mayo de 2005, disponible en <http://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/Guidelines/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf> > (consultado por última vez el 14 de junio de 2012).

391 Para más información, véase, *inter alia*, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), 659, p. 663.

392 *Ibíd.*

393 *Ibíd.* La evaluación temprana neutral también se encuentra disponible en Canadá (Manitoba), véase sección 20 a) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

394 El modelo de derecho colaborativo se utiliza, en la actualidad, *inter alia*, en Canadá (Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Nueva Escocia, Saskatchewan), Estados Unidos de América, Israel y Reino Unido (Inglaterra y Gales; Irlanda del Norte), véase sección 20 a) de los Perfiles de País en virtud del Convenio de 1980 (nota 121 *supra*).

395 Para más detalles, véase, *inter alia*, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), 659, p. 667.

396 *Ibíd.*, pp. 667, 668.

397 *Ibíd.*, p. 668.

Pero estos procesos deben adaptarse a los desafíos especiales de las controversias familiares internacionales y, en particular, a los desafíos específicos de los casos de sustracción internacional de niños, como se estableciera *supra* con relación a la mediación. Por ejemplo, el uso del modelo de derecho colaborativo en los casos de sustracción internacional de niños puede no ser aconsejable cuando las partes corren el riesgo de necesitar un segundo par de representantes cuando el hacer que el acuerdo alcanzado en el marco de este proceso sea vinculante incluye recurrir a los tribunales y sus representantes están obligados a renunciar en esta etapa.

- 333 Las buenas prácticas establecidas en esta Guía con relación a la mediación deberían adaptarse a estos otros procesos.
- 334 Se alienta a los Estados a poner a disposición de las partes en sus jurisdicciones información respecto de los procesos que den lugar a acuerdos amistosos que puedan aplicarse en los casos de sustracción internacional de niños. Esta información podría estar proporcionada a través de las Autoridades Centrales y los Puntos de Contacto Centrales para la mediación familiar internacional<sup>398</sup>.

## 16 El uso de la mediación y otros procedimientos análogos para lograr una solución amigable en casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya

- Debería alentarse el uso de la mediación y otros procedimientos análogos que den lugar a acuerdos amistosos en las controversias familiares internacionales que involucren a niños y, en especial, casos de sustracción de niños, a los cuales no se aplica el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores ni otros instrumentos equivalentes.
- Los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación para esos casos, como se indica en los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta<sup>399</sup>. En particular, los Estados deberían considerar la designación de Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional en materia de familia a fin de facilitar la divulgación de información sobre la mediación y otros servicios relacionados disponibles, sobre la promoción de las buenas prácticas relativas a la formación especializada para la mediación internacional en materia de familia, y sobre el proceso de mediación internacional. Al mismo tiempo, se debería prestar asistencia para tornar vinculantes los acuerdos de mediación en los sistemas jurídicos pertinentes.
- Cuando sea necesario, los países deberían ‘analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación’<sup>400</sup>.

- 335 Cuando las controversias familiares internacionales relativas a los niños involucren a dos Estados entre los cuales no estén en vigor ni el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, ni el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños ni otro marco jurídico internacional o regional pertinente, la mediación u otros procesos que den lugar a acuerdos

398 Acerca del rol de las Autoridades Centrales y otros organismos al momento de facilitar el suministro de esta información, véase sección 4.1 *supra*.

399 Véase Anexo I *infra*.

400 *Ibíd.*

amistosos pueden ser el único recurso y la única manera de ayudar a los niños en cuestión a ‘mantener periódicamente [...] relaciones personales y contactos directos con ambos padres’, derecho promovido por la CDN<sup>401</sup>.

- 336 Por supuesto, la inaplicabilidad de instrumentos regionales o internacionales pertinentes no perjudica a los recursos jurídicos de los progenitores en virtud de la ley nacional. Sin embargo, en los casos en los que haya ocurrido una sustracción internacional de un niño o esté en curso otra controversia transfronteriza relativa a la custodia y el contacto respecto de un niño, la falta de un marco jurídico regional o internacional aplicable a menudo lleva a decisiones conflictivas en las distintas jurisdicciones involucradas, lo que constituye comúnmente un callejón sin salida para la solución jurídica del conflicto.
- 337 Como se estableciera *supra*<sup>402</sup>, el Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta desarrolló los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta. Los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación del modo indicado en estos Principios. En particular, los Estados deberían considerar la designación de Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional en materia de familia a fin de facilitar la divulgación de información sobre los servicios de mediación disponibles y otra información útil. Más aún, los Estados deberían promover las buenas prácticas relativas a la formación de los mediadores para la mediación internacional en materia de familia y relativas al proceso de mediación internacional.
- 338 Las buenas prácticas fijadas en la presente Guía relativas a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores son aplicables por igual a esos casos. Al igual que en los casos de sustracción internacional de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1980, la mediación debe ser llevada adelante con sumo cuidado y el acuerdo de mediación debe ser redactado de modo de ser compatible con las jurisdicciones en cuestión y hacer que sea ejecutorio en esas jurisdicciones. El tiempo es también de vital importancia cuando ningún marco jurídico regional o internacional es aplicable en los casos de sustracción internacional; se debería restablecer el contacto entre el niño y el progenitor perjudicado tan pronto como sea posible a fin de evitar la alienación.
- 339 En síntesis, en los casos de sustracción internacional de niños, ante la ausencia de un marco jurídico regional o internacional aplicable, la mediación se lleva adelante en circunstancias muy especiales. Si fracasa la mediación o cuando el acuerdo de mediación se torna ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes pero algo funciona mal con su implementación práctica, no hay marcha atrás para una solución a través de procesos judiciales. En consecuencia, es crucial que cualquier acuerdo amistoso alcanzado en estos casos sea jurídicamente vinculante y ejecutorio en los distintos sistemas jurídicos involucrados antes de comenzar con su implementación práctica. De este modo, la mediación puede superar la situación conflictiva de los distintos sistemas jurídicos involucrados; el propio acuerdo de mediación sirve como base para establecer una opinión legal uniforme sobre el caso en los distintos sistemas jurídicos en cuestión.
- 340 Se debería prestar a las partes de un conflicto familiar transfronterizo toda la asistencia posible para hacer que el acuerdo de mediación sea vinculante y ejecutorio en los sistemas jurídicos pertinentes. El suministro de información respecto de cuáles son los trámites necesarios para otorgarle efecto jurídico a un acuerdo debería ser facilitado por un organismo central, por ejemplo, un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional<sup>403</sup>. Cuando sea necesario, los Estados deberán ‘analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación’<sup>404</sup>.
- 341 Los mediadores en las controversias familiares internacionales sobre custodia y contacto respecto de los niños a las que no se aplica ningún marco jurídico internacional o regional deberían ser conscientes del alcance de su responsabilidad. Deben llamar la atención de las

401 Véase art. 10(2) de la CDN.

402 Véanse párrs. 14, 112 y ss.

403 Para más detalles acerca del rol de los Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional, véanse los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación en Anexo 1 *infra* y la sección 4.1 *supra*.

404 Véanse los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación (*ibíd*).

partes en cuanto a las implicancias jurídicas de la inaplicabilidad de instrumentos jurídicos regionales o internacionales pertinentes, y en cuanto a la necesidad de obtener asesoramiento jurídico especializado así como también de hacer que el acuerdo sea ejecutorio en los sistemas jurídicos pertinentes antes de comenzar con su implementación práctica. Se debe hacer tomar conciencia a las partes de las implicancias especiales de la falta de normas supranacionales sobre reconocimiento y ejecución respecto de las decisiones de custodia y contacto para el futuro. Deben comprender que, incluso si su acuerdo resultó ejecutorio en ambas jurisdicciones involucradas (o en todas ellas) con posterioridad a la mediación, los cambios en las circunstancias pueden afectar la ejecutoriedad del acuerdo en el futuro. Cualquier adaptación del contenido del acuerdo tendrá que ser reconocida por ambos sistemas jurídicos (o todos ellos), proceso que demandará la cooperación de las partes.





# Anexos



## Anexo I

### **PRINCIPIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ESTRUCTURAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE MALTA**

redactados por el Grupo de Trabajo con la asistencia de la Oficina Permanente

## A PUNTO DE CONTACTO CENTRAL

Los Estados deberían establecer / designar un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional que debería asumir las siguientes funciones, ya sea directamente o a través de un intermediario,

- Actuar como punto de contacto para los particulares y, al mismo tiempo, como punto de acceso para los mediadores que se dediquen a las controversias familiares transfronterizas.
- Suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país, por ejemplo:
  - > Lista de mediadores en materia de familia, que incluya sus datos de contacto e información sobre su formación, dominio de idiomas y experiencias;
  - > Lista de organizaciones que prestan servicios de mediación en el marco de controversias familiares internacionales;
  - > Información sobre costes de mediación;
  - > Información sobre los modelos de mediación empleados / disponibles; e
  - > Información sobre el modo en que la mediación se lleva adelante y los temas que puede comprender.
- Suministrar información a fin de colaborar con la localización del otro progenitor / del niño dentro del país en cuestión.
- Suministrar información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procedimientos legales.
- Suministrar información sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación.
- Suministrar información sobre la ejecución del acuerdo de mediación.
- Suministrar información acerca de todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.
- Fomentar la cooperación entre diversos expertos mediante la promoción de actividades de enlace, programas de formación y del intercambio de las mejores prácticas.
- Sujeto al principio de confidencialidad, reunir información acerca del número y de la naturaleza de los casos procesados por los puntos de contacto centrales, las medidas adoptadas y las consecuencias, incluidos los resultados de la mediación, cuando sean conocidos, y publicarla en forma periódica.

La información debería suministrarse en el idioma oficial de dicho Estado al igual que en inglés o francés.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya debería ser informada acerca de los datos de contacto del Punto de Contacto Central, entre los que se encuentran la dirección postal, el número de teléfono, la dirección de correo electrónico y los nombres de la/s persona/s responsable/s, al igual que información acerca de los idiomas que habla/n.

Las solicitudes de información o asistencia dirigidas al Punto de Contacto Central deberían procesarse con urgencia.

Cuando sea factible, el Punto de Contacto Central debería publicar toda información pertinente acerca de los servicios de mediación en un sitio web en el idioma oficial y en inglés o francés. Cuando un Punto de Contacto no pueda prestar este servicio, la Oficina Permanente podría publicar en Internet la información recibida por el Punto de Contacto Central.

## B MEDIACIÓN

### I Características de los Mediadores / Organizaciones de Mediación identificadas por los Puntos de Contacto Centrales

Entre las características que el Punto de Contacto Central debería tener en cuenta al momento de identificar y enumerar a los mediadores internacionales en materia de familia o las organizaciones de mediación se encuentran las siguientes:

- Enfoque profesional y formación adecuada en materia de mediación familiar (incluida la mediación familiar internacional).
- Experiencia considerable en controversias familiares internacionales transfronterizas.
- Conocimiento y comprensión de los instrumentos legales internacionales y regionales pertinentes.
- Acceso a una red de contactos pertinente (tanto nacional como internacional).
- Conocimiento de diversos sistemas jurídicos y del modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación o tornarlo ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes.
- Acceso a apoyo administrativo y profesional.
- Enfoque estructurado y profesional respecto de la administración, la conservación de registros y la evaluación de los servicios.
- Acceso a los recursos pertinentes (material / comunicaciones, etc.) en el contexto de la mediación familiar internacional.
- El servicio de mediación goza de reconocimiento legal en el Estado en el que funciona, i.e., si existe un sistema semejante.
- Competencia en materia de idiomas.

Se reconoce que, en los Estados en los que el desarrollo de servicios de mediación internacional se encuentra en una etapa temprana, muchas de las características enumeradas supra son meras aspiraciones y, a esta altura, no sería realista insistir en ellas.

### 2 Proceso de Mediación

Se reconoce que los distintos países utilizan una amplia gama de procedimientos y metodologías en materia de mediación familiar. Sin embargo, existen principios generales que, sujetos a la legislación aplicable al proceso de mediación, deberían influir en la mediación:

Examen de la aptitud del caso en particular para la mediación

- Consentimiento informado
- Participación voluntaria
- Asistencia a los progenitores a fin de que lleguen a un acuerdo que tenga en cuenta el interés y el bienestar del niño

- Neutralidad
- Justicia
- Uso de la lengua materna o del idioma o de los idiomas con que los participantes estén cómodos
- Confidencialidad
- Imparcialidad
- Competencia intercultural
- Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico

### 3 Acuerdo de Mediación

Al momento de ayudar en la redacción de los acuerdos, los mediadores en el marco de controversias familiares transfronterizas deberían tener en cuenta el ejercicio efectivo del acuerdo en todo momento. El acuerdo debe ser compatible con los sistemas jurídicos pertinentes. Los acuerdos relativos a cuestiones de custodia y contacto deberían ser lo más concretos posible y tener en cuenta los aspectos prácticos pertinentes. Cuando el acuerdo estuviera vinculado a dos jurisdicciones con idiomas diferentes, el acuerdo debería redactarse en ambos idiomas, si ello simplificara el proceso tendiente a otorgarle efecto jurídicamente vinculante.

## C OTORGAMIENTO DE EFECTO VINCULANTE AL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Los mediadores que se ocupen de controversias familiares internacionales en materia de custodia y contacto deberían cooperar estrechamente con los representantes legales de las partes.

Antes de procederse a la implementación del acuerdo, el acuerdo debería tornarse ejecutorio o vinculante en las jurisdicciones pertinentes.

Los Puntos de Contacto Centrales de las jurisdicciones involucradas deberían asistir a las partes mediante el suministro de información acerca de los procedimientos pertinentes.

Cuando sea necesario, los países podrán analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación.

## Anexo II

### **MEMORANDO EXPLICATIVO SOBRE LOS PRINCIPIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ESTRUCTURAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE MALTA**

redactado por el Grupo de Trabajo con la asistencia de la Oficina Permanente

## ANTECEDENTES

En el marco de la reunión que tuvo lugar entre los días 31 de marzo y 2 de abril de 2009, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado autorizó, en el contexto del Proceso de Malta, el establecimiento de un Grupo de Trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver conflictos familiares transfronterizos relativos a la custodia de los niños o al contacto entre padres e hijos, incluidos los casos de traslado unilateral de un niño a otro Estado, donde el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* no sean aplicables.

La recomendación del establecimiento de un Grupo de Trabajo semejante surgió de la Tercera Conferencia Judicial sobre Cuestiones Transfronterizas del Derecho de Familia que tuvo lugar en San Julián, Malta, entre los días 23 y 26 de marzo de 2009.

En junio de 2009, un número reducido de Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y Estados no contratantes, seleccionados sobre la base de factores demográficos y tradiciones jurídicas diferentes, fueron invitados a designar expertos. Entre estos Estados se encontraban Alemania, Australia, Canadá, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Jordania, Malasia, Marruecos, Pakistán y Reino Unido. Asimismo, un número reducido de expertos en mediación independientes fueron invitados a formar parte del Grupo de Trabajo.

El Grupo de Trabajo tuvo dos reuniones vía teleconferencia, una el día 30 de julio de 2009 y otra el día 29 de octubre de 2009, al igual que una reunión en persona que tuvo lugar entre los días 11 y 12 de mayo de 2010 en Ottawa, Canadá. Las reuniones fueron presididas conjuntamente por la Sra. Lillian Thomsen de Canadá y el Juez Superior Tassaduq Hussain Jillani de Pakistán. En todas estas reuniones hubo interpretación simultánea disponible entre inglés, francés y árabe. Dos cuestionarios sobre las estructuras de mediación existentes y sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación se hicieron circular en preparación de las teleconferencias del Grupo de Trabajo y sus respuestas se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en ‘Trabajo en curso’ y ‘Sustracción de Niños’.

En la primera reunión vía teleconferencia, el Grupo de Trabajo concluyó que sería importante establecer Puntos de Contacto Centrales en cada país que faciliten información acerca de los servicios de mediación disponibles en las respectivas jurisdicciones. Luego de la segunda reunión vía teleconferencia, el Grupo de Trabajo comenzó a trabajar en un ‘Proyecto de Principios’ para el establecimiento de estructuras de mediación, que se concluyeron luego de un profundo debate durante la reunión en persona que tuvo lugar en Canadá entre los días 11 y 12 de mayo de 2010 y de posteriores consultas con los expertos que no pudieron asistir a dicha reunión.

### **Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta**

Los ‘Principios’ fueron redactados a fin de establecer estructuras de mediación eficaces a efectos de las controversias familiares transfronterizas relativas a niños que involucren Estados que no sean parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños ni de otros instrumentos pertinentes. En caso de ausencia de un marco jurídico internacional o regional aplicable, la mediación u otros medios similares de solución amistosa de controversias son frecuentemente la única forma de encontrar una solución que permita que el niño en cuestión mantenga contacto continuo con ambos progenitores.



Cabe destacar que el establecimiento de estructuras de mediación familiar transfronteriza será igualmente relevante para las controversias familiares transfronterizas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. Ambos Convenios promueven la resolución amigable del conflicto familiar a través de la mediación u otros medios similares. Por lo tanto, los Principios pueden ser de utilidad, asimismo, para complementar el marco jurídico internacional establecido por los Convenios.

## Los ‘Principios’

Los ‘Principios’ requieren el establecimiento de un Punto de Contacto Central, que facilite el suministro de información sobre, inter alia, los servicios de mediación disponibles en las respectivas jurisdicciones, el acceso a la mediación y otras cuestiones relacionadas de importancia, tales como la información legal pertinente.

### PARTE A

La Parte A de los ‘Principios’ establece la información que debería suministrarse y el modo en que debería brindarse acceso a dicha información a través de los Puntos de Contacto Centrales.

La información acerca de los servicios de mediación en el marco del derecho internacional en materia de familia debería comprender, en primer lugar, listas de mediadores u organizaciones de mediación que presten tales servicios. Las listas deberían contener información sobre la formación, el dominio de idiomas y la experiencia del mediador, además de los datos de contacto. Asimismo, el Punto de Contacto Central debería facilitar información sobre los costes de mediación, que deberían incluir tanto los honorarios de mediación como otros costes relacionados. Además, el Punto de Contacto Central debería suministrar información acerca del proceso de mediación en sí mismo, i.e. los modelos de mediación empleados / disponibles, el modo en que la mediación se lleva adelante y los temas que puede comprender. La información debería ser lo más detallada posible y debería incluirse información sobre la disponibilidad de la co-mediación y sus formas específicas, tales como la mediación binacional.

El Punto de Contacto Central debería suministrar, asimismo, información a fin de colaborar con la localización del otro progenitor / del niño dentro del país en cuestión. Del mismo modo, debería suministrarse información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procedimientos legales, sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación y sus medios de ejecución. En vista de los recursos a menudo limitados de las partes de una disputa familiar, debería incluirse información sobre los costes. Cabe destacar la disponibilidad de servicios ad honorem o servicios que ofrecen asesoramiento jurídico especializado a bajo costo en algunos casos. Asimismo, el Punto de Contacto Central debería suministrar información acerca de todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.

El Punto de Contacto Central debería mejorar y consolidar la cooperación transfronteriza con respecto a la solución amigable de controversias familiares internacionales a través del fomento de la cooperación entre diversos expertos mediante la promoción de actividades de enlace, programas de formación y del intercambio de las mejores prácticas. Por último, sujeto al principio de confidencialidad, el Punto de Contacto Central debería reunir estadísticas detalladas acerca de los casos procesados y publicarlas.

### PARTE B

En la Parte B, el término ‘Principios’ hace referencia a (1) ciertas normas relativas a la identificación de servicios de mediación internacional por parte de los Puntos de Contacto Centrales, (2) al proceso de mediación y (3) al acuerdo de mediación.

En virtud del Punto B (1), los ‘Principios’ establecen una serie de características de los mediadores o las organizaciones de mediación, que los Puntos de Contacto Centrales deberían tener en cuenta al momento de identificar y enumerar los servicios de mediación internacional. Al mismo tiempo, los ‘Principios’ reconocen que muchos Estados aún se encuentran en una etapa temprana del desarrollo de los servicios de mediación internacional en materia de familia y que algunas de las características enumeradas son meras aspiraciones. No obstante, se espera que los Estados que implementan los ‘Principios’ alienten el desarrollo creciente de servicios de mediación que cumplan con estas características.

El Punto B (2) enumera una serie de principios generales amplios, a los que, sujetos a la legislación aplicable al proceso de mediación, debería adherirse en el marco de la mediación familiar internacional. Al reconocer que estos principios pueden tener una interpretación ligeramente diferente en los distintos sistemas jurídicos y con miras a permitir el desarrollo de buenas prácticas, el documento se abstiene de asignar definiciones fijas a estos principios generales. Cabe destacar que la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que actualmente se encuentra en proceso de preparación, abordará las buenas prácticas relativas a estos principios generales en mucho más detalle.

El Punto B (3) resalta ciertos aspectos importantes que deben tenerse en cuenta respecto del acuerdo de mediación a fin de permitir que se le otorgue efecto vinculante en los sistemas jurídicos involucrados. Para detalles acerca de las buenas prácticas relativas a la redacción del acuerdo de mediación, remitirse una vez más a la próxima Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

#### PARTE C

La Parte C reconoce la importancia de que a un acuerdo de mediación se le otorgue efecto vinculante o de que éste se torne ejecutorio en todos los sistemas jurídicos involucrados con anterioridad a su implementación. Asimismo, destaca la necesidad de cooperación estrecha entre los representantes legales de las partes. Al mismo tiempo, se solicita que el Punto de Contacto Central brinde apoyo a las partes mediante el suministro de información acerca de los procedimientos pertinentes.

#### **Nota Final**

El Grupo de Trabajo desearía haber incluido en el presente Memorando Explicativo una declaración acerca de su opinión según la cual los Estados no parte deberían considerar cuidadosamente las ventajas de la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o de su adhesión a ellos.



Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado  
Oficina Permanente  
Scheveningseweg 6,  
2517 KT La Haya,  
Países Bajos

Teléfono: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

Correo electrónico: [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)

Sitio web: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)