

Mediación y sustracción internacional de menores

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos*

Publicado en F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua (Dir.) y E. González Bou y N. González Viada (Coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en la relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 367-384.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*
<http://eprints.ucm.es>

El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores*

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

1. El fomento de la mediación: 1.1. En las situaciones familiares internacionales en general. 1.2. En las situaciones de secuestro de menores en particular.- 2. Garantías del recurso a la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores: 2.1. Aceptación y alcance de la mediación: garantías relativas a la información. 2.2. Garantías de índole temporal. 2.3. La audiencia al menor. 2.4. Elección del tipo de mediación y garantías sustantivas: igualdad entre las partes e imparcialidad y neutralidad del mediador.- 3. Empleo de la mediación para supuestos de sustracción en España.- 4. Conclusiones.

1. El fomento de la mediación

1.1. En las situaciones familiares internacionales en general

En su ya célebre reunión de Tampere, enfocada a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, el Consejo Europeo invitó al Consejo a instaurar procedimientos alternativos de carácter extrajudicial, con la finalidad de mejorar el acceso a la justicia¹. En consecuencia, tras la presentación por la Comisión de un Libro Verde en la materia en 2002², se promulgó 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 mercantiles³. Con esta Directiva, que persigue facilitar el acceso a las modalidades alternativas de solución de conflictos y la resolución amistosa de litigio a través del empleo de la mediación⁴, las instituciones comunitarias refuerzan su compromiso con la promoción de la cultura de los ADR (*Alternative Disputes Resolution*), en sintonía con una tendencia en auge.

Ciertamente, aunque sea un medio muy antiguo de resolución de conflictos, la mediación viene experimentando un importante impulso desde finales del

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2006-1394JURI del Ministerio de Ciencia y Tecnología, cofinanciado por el FEDER, "Integración europea y globalización: el principio de reconocimiento mutuo en su proyección a los documentos y a las resoluciones judiciales", del que es Investigadora Principal la Profa. Dra. P. Rodríguez Mateos.

¹ Vid. la número 30 de las Conclusiones del Consejo, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, en www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm, última fecha de consulta: 18 de mayo de 2009.

² Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, presentado por la Comisión, COM (2002), 196 final, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:ES:PDF>, (fecha de consulta: 18 de mayo de 2009).

³ DOUE L 136, 24-V-2008, en lo sucesivo Directiva 2008/52/CE.

⁴ Vid. art. 1 de la Directiva 2008/52/CE.

pasado siglo –primero en Norteamérica⁵, después en Europa– a la luz de los contrastados beneficios económicos, sociales y personales que comporta. Baste indicar, respecto de los dos primeros, que su empleo permite reducir el trabajo de los órganos jurisdiccionales, como pone de manifiesto la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (86) 12⁶; y que, además, favorece la resolución de conflictos de forma más económica y rápida. Pero si la mediación resulta muy indicada en los asuntos familiares⁷, es porque puede ser particularmente satisfactoria desde un punto de vista personal –como afirma la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (98), de 21 de enero de 1998 sobre la mediación familiar⁸–, en especial si en la situación concurren elementos de internacionalidad –*vid.* apartado VII de esta Recomendación–.

En efecto, en la mediación, un tercero imparcial y neutral (el mediador) ayuda a que las partes que voluntariamente se sometan al proceso puedan poner fin a un conflicto de la manera que entiendan que mejor se adecua a los intereses comunes⁹. La resolución del conflicto, con ello, no sólo no es impuesta –el mediador ni siquiera ha de realizar propuestas–, sino que es alcanzada por las propias personas a las que afecta. Un resultado exitoso de este método comporta, por tanto, una actitud diferente a la hora de solucionar sus diferencias. Los involucrados en el conflicto no han de perseguir una victoria sobre el otro (o los otros), como ocurre en los medios heterocompositivos de resolución de controversias (litigios judiciales, arbitraje); al contrario, deben participar en la elaboración de un acuerdo en el que *todos ganen*. Esta cultura de pacto coadyuva a la reducción de la intensidad del conflicto y favorece la conservación de las relaciones familiares y personales¹⁰. Si a ello se une que la mediación se ha mostrado adaptada a cualquier contexto cultural, y además lleva inherente una flexibilidad que propicia su acomodación a los múltiples

⁵ En el ámbito de las controversias familiares, la mediación empieza a imponerse en EEUU en los años 70: *vid.* L.L. Loeb, “New Forms of Resolving Disputes”, *Family LQ*, vol. 33, núm. 3, otoño 1999, pp. 581-588.

⁶ *Vid.* Recomendación Núm. R (86) 12, de 16 de septiembre de 1986, del Consejo de Europa, sobre medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales, disponible en inglés en <http://www.coe.int/>. Entre las medidas que esta Recomendación sugiere adoptar para paliar los efectos del incremento de la litigiosidad se encuentra (en primer lugar) la de favorecer la resolución amistosa de los conflictos por medio del establecimiento de procedimientos de conciliación – en este punto, sinónimo de mediación: *vid.* apartado I. a).

⁷ Aunque no sólo: *vid.*, por ejemplo, una defensa de su empleo en las relaciones comerciales en M. Virgós Soriano y C. Gual Grau, “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 20, 2008, pp. 21-29, disponible en (http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/index.asp, última fecha de consulta: 18 de mayo de 2009).

⁸ Publicada en *BIMJ*, núm. 1892, de 1 de mayo de 2001.

⁹ De forma que la mediación puede definirse como un proceso autocompositivo, extrajudicial y voluntario (aunque no falten Estados que la disponen con carácter obligatorio en determinados supuestos), en el que el tercero, que ha de ser imparcial y neutral, ayuda a canalizar la comunicación entre las partes en el conflicto, velando por la igualdad entre ellas, de forma que sean tales partes las que alcancen por sí mismas el correspondiente acuerdo. *Vid.* los principales rasgos en las definiciones de mediación y mediador que contiene el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁰ *Vid.* G. Palao Moreno, “La Mediación Familiar Internacional”, VV.AA., *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, Editorial Práctica del Derecho, 2003, pp. 61-88, esp. pp. 69-72.

factores (económicos, sociales, culturales) que inciden en los conflictos¹¹, se explica que su empleo sea recomendable especialmente, como antes se indicó, para las parejas que entran en crisis y tienen hijos (máxime si son menores).

Pero las características expuestas (de forma sintética) no sólo revelan la idoneidad de la mediación como método para la resolución de controversias familiares; también permiten poner de relieve el valor añadido que su empleo aporta a las situaciones internacionales. Los beneficios económicos, sociales y personales se ven en cierto modo redoblados, ya que los problemas suelen incrementarse de forma notable con la internacionalidad: la carga de trabajo es mayor para los tribunales, los procedimientos judiciales son más costosos y más lentos y la complejidad de los problemas es, por lo general, muy superior. Además, los conflictos internacionales pueden precisar del plus de flexibilidad que la mediación aporta: alcanzar una solución adecuada en un determinado supuesto puede depender de la adaptación de factores de índole procedimental (*v. gr.*, el momento o el lugar en el que los miembros de la familia se reúnan para alcanzar un acuerdo) o tocantes al fondo (por ejemplo, podría resultar definitivo para una de las partes que la otra asuma un compromiso sobre aspectos aparentemente nimios, pero esenciales para aquélla, como que los menores aprendan un determinado idioma, o practiquen cierto deporte o una concreta religión); y estos factores en la mayor parte de las ocasiones no pueden o no suelen ser tomados en consideración por los órganos jurisdiccionales. El empleo de la mediación en situaciones de secuestro de menores constituye, como se verá, un excelente ejemplo de ello.

1.2. En las situaciones de secuestro de menores en particular

El Consejo de Europa invita a que se promueva la mediación en el marco de una resolución específicamente dedicada al secuestro internacional de menores: la Resolución 1291(2002), de 26 de junio de 2002¹². La razón fundamental es que cuando los miembros de una pareja con hijos deciden poner fin a su convivencia y organizan los derechos de guarda y custodia y de visita por medio de un acuerdo logrado a través de la mediación, lo hacen con la flexibilidad necesaria y las garantías precisas, de manera que, en función del momento en el que se encuentre el conflicto, puede cumplir dos importantes funciones¹³. La primera es preventiva: un empleo exitoso de la mediación permitiría alcanzar acuerdos que son acatados de forma voluntaria la generalidad de las veces, al satisfacer en gran medida los intereses de todos

¹¹ *Vid.* M. Roberts, "International Family Mediation and Recommendation No (98) 1: A Chronicle of Expansion Foretold", *IFL*, 2008, pp. 217-220, esp. pp. 218-219.

¹² El punto 5.III de la Resolución, disponible en <http://www.coe.int/> (última fecha de consulta: 20 de mayo de 2009), se urge a los Estados miembros del Consejo de Europa a promover la mediación familiar como medio para evitar secuestros de los menores por sus progenitores, y para ayudar a resolver conflictos familiares. Además, en el punto 7 se recomienda que se establezcan paneles de mediación (*mediation boards*) u órganos similares, en el marco de relaciones bilaterales tanto entre Estados miembros como con Estados terceros, para resolver, tan pronto como sea posible, los conflictos que surgen con dichos secuestros, así como para proponer soluciones que atiendan al interés de los menores involucrados.

¹³ *Vid.*, además de los puntos de la Recomendación citados en la nota anterior, los puntos a) y b) del apartado VII de la Resolución R (98)1 del Consejo de Europa, *cit.*

los implicados. De ahí que, empleada en el momento en que la pareja entra en conflicto, la mediación pueda impedir que los menores sean trasladados o retenidos de forma ilícita¹⁴. La relevancia de esta función se pone especialmente de manifiesto si se tiene presente que la mayoría de los secuestros se produce por parte del progenitor que está a cargo del cuidado del menor, normalmente porque se trasladan al Estado de su nacionalidad; y que, en estas circunstancias no es poco frecuente que tras el traslado ilícito haya una orden de retorno, y después de ésta un nuevo traslado, esta vez lícito, al mismo Estado anterior. Alcanzar un acuerdo *ab initio* puede ayudar a evitar este triple desplazamiento, al que se anuda casi siempre un (evitable) perjuicio para el menor¹⁵. La segunda función es la de instrumento útil para resolver la problemática cuando se ha producido el secuestro; y a ella es a la que se atenderá en lo sucesivo.

Si se ha producido un traslado o una retención ilícitos, la mediación puede tratar de ayudar a la restitución de los menores o a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita¹⁶. La efectividad de este método ha sido contrastada, en particular a través de diversos proyectos de co-mediación, algunos de carácter binacional (*vid. infra*). Pero su valor no reside sólo en la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso sobre el propio retorno, sino también en que el acuerdo puede recoger, como antes se avanzó, aspectos de importancia para los afectados que van más allá de la mera orden de restitución. Así, a través de la mediación pueden adoptarse compromisos que permiten facilitar el retorno, como los que resultan habituales en los Estados de *Common Law* (conocidos como *voluntary undertakings*) sobre cuestiones tan dispares como la elección del colegio del menor el aprendizaje de un idioma, las prácticas deportivas o religiosas, o el reparto o la asunción de los gastos ocasionados por el desplazamiento¹⁷.

Además, la mediación también puede resultar particularmente útil si es empleada con posterioridad a la finalización del procedimiento judicial o administrativo tramitado para resolver sobre la restitución. En Suecia, por ejemplo, se procura que un mediador acompañe a las autoridades policiales cuando éstas deben acudir al lugar donde se encuentra el secuestrador con sus hijos, a fin de que éstos sean entregados y pueda hacerse efectiva la

¹⁴ Sobre la ilicitud del traslado o la retención, *vid. art. 3 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, BOE* núm. 202, 24-VIII-1987, corr. err. *ibid.*, núms. 155, 30-VI-1989 y 21, 24-I-1996), en lo sucesivo Convenio de La Haya de 1980 ó CH 80.

¹⁵ *Vid.* el documento "Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme, de la ONG reunite International Child Abduction Center", pp. 4-5, disponible en www.reunite.org (último acceso, el 8 de junio de 2009).

Entre las *Best practices* de la *Common Law Judicial Conference on International Child Custody*, que tuvo lugar en Washington D.C. en el año 2000 agrupando a las delegaciones de Australia, Canadá, Irlanda, Nueva Zelanda, el Reino Unido y los EE.UU, la número 8 sugiere fomentar el recurso a la mediación para facilitar el ejercicio de los derechos vinculados a la responsabilidad parental: *vid.* en http://travel.state.gov/family/abduction/resources/resources_547.html (última fecha de consulta, 10 de junio de 2009).

¹⁶ *Cf.* S. Vigers, *loc. cit.*, p. 10.

¹⁷ *Vid.* P.R. Beaumont y P. E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 163.

restitución¹⁸; y en Francia, existe un organismo especializado, MAMIF (*Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles*), que también interviene cuando surgen problemas relativos a la ejecución de las órdenes de retorno, tratando de alcanzar soluciones negociadas¹⁹. Resulta lógico, por tanto, que se recomiende el empleo de este ADR para completar la resolución sobre retorno con los correspondientes acuerdos y para facilitar su ejecución²⁰.

A tenor de lo indicado, no es de extrañar que el valor de la mediación para resolver situaciones de traslado o retención ilícitos aparezca reflejado, implícitamente o de forma expresa, en los instrumentos de cooperación internacional específicos en esta materia²¹. El propio Convenio de La Haya de 1980 establece en su artículo 7 la obligación de las Autoridades Centrales de “garantizar la restitución voluntaria del menor o *facilitar una solución amigable*”, y dispone en su artículo 10 que “la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten *todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor*”; el artículo 2 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores²² prevé que la Autoridad

¹⁸ Vid. N. Lowe, S. Patterson y K. Horosova, *Good Practice Report on Enforcement Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 2007, http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC193.pdf (último acceso, 10 de junio de 2009), p. 33.

¹⁹ Vid. N. Lowe, S. Patterson y K. Horosova, *Good Practice Report on Enforcement...*, cit., pp. 16-17. La mediación se emplea en este contexto también en Luxemburgo y Mónaco, según relata A. Schulz en “L’exécution des décisions fondées sur la Convention de La Haye de 1980 – Une étude comparative”, *Document préliminaire No 6 d’octobre 2006 à l’intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*, http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/abd_pd06e2006.pdf (último acceso, el 10 de junio de 2009), en § 170, p. 49.

²⁰ Cf. A. Schulz, “L’exécution des décisions fondées sur la Convention de La Haye de 1980 – Vers des principes de bonne pratique”, *Document préliminaire No 7 d’octobre 2006 à l’intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*, http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/abd_pd07e2006.pdf (último acceso el 10 de junio de 2009), en p. 19 (*Proposed principle no. 8*).

²¹ A los instrumentos que se citan a continuación habría que añadir 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 (*vid.* la traducción al español, preparada por A. Borrás y J.D. González Campos, en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.pdf&cid=70, última fecha de consulta: 29 de mayo de 2009). Este Convenio, del que el Estado español aún no es parte, prevé, en su art. 31, que “la Autoridad Central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para (...) b) *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” (la cursiva es mía). Obsérvese que en este precepto la incitación dada a los modos de arreglo amistoso de los litigios relativos a los niños se restringe a las situaciones internacionales, con el objetivo de no inmiscuirse en la solución de las situaciones internas de cada Estado, según advierte P. Lagarde, en el “Informe explicativo” (del Convenio de La Haya de 1996), p. 62, del que también puede consultarse una traducción española en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp134s.pdf> (misma fecha de consulta).

²² Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y

Central debe adoptar o hacer adoptar cualquier medida apropiada para “(...) c) facilitar una solución amistosa (...); y el Reglamento Bruselas II *bis* establece, entre las medidas que han de adoptar las autoridades centrales, la de “e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios (...)*” (vid. art. 55; las cursivas son mías)²³.

De las disposiciones transcritas interesa resaltar, en este punto, dos aspectos. El primero es que las Autoridades Centrales, que, como es sabido, son las encargadas de satisfacer las obligaciones del correspondiente instrumento²⁴, tienen la obligación de intentar que las partes en conflicto alcancen soluciones extrajudiciales²⁵; y la mediación es un excelente instrumento a tal efecto²⁶. Así, la existencia de tal deber invita a analizar las posibilidades con las que cuenta la Autoridad Central española para darle cumplimiento, en particular tratando de que las partes alcancen un acuerdo a través de la mediación (aptdo. 3, *infra*). Pero, a tal fin, resultará preciso analizar previamente las garantías de las que debe revestirse el empleo de la mediación en esta materia específicamente (aptdo. 2)²⁷, toda vez que tales garantías también deberán ser adoptadas por la normativa y las autoridades españolas. La segunda reflexión es que si la mediación se concibe como un medio para tratar de dar soluciones satisfactorias a los secuestros en el marco de los instrumentos mencionados, y señaladamente del CH 1980, puede ser la única herramienta posible cuando

derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, *BOE* núm. 150, 24-VI-1997.

²³ También el Convenio de La Haya de 1996 (Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996) realiza una referencia explícita a la mediación en su art. 31. b). Vid. la traducción española del Convenio en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=70 (última fecha de consulta, 29 de mayo de 2009).

²⁴ Vid. art. 6 CH 1980, art. 3 Convenio hispano-marroquí y art. 53 RB II *bis*.

²⁵ Cf., en relación con el art. 7, E. Pérez Vera, “Informe Explicativo” (al CH 1980), p. 27, en la traducción al español disponible en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf> (última fecha de consulta: 29 de mayo de 2009).

²⁶ Porque cabe advertir que la mediación no constituye la única vía a tal efecto. De hecho, las autoridades centrales de los diferentes Estados contratantes del CH 1980 han interpretado de formas muy diversas la obligación de procurar una solución amistosa. Algunas, por ejemplo, se limitan a dirigir una carta al secuestrador, en la que se le insta a devolver al menor en un determinado plazo de tiempo. Vid. al respecto N. Lowe, M. Everall y M. Nicholls, *International Movement of Children. Law Practice and Procedure*, Bristol, Jordan Publisher Ltd., 2004, p. 239. Vid. también la *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, Primera Parte: Práctica de las Autoridades Centrales*, Bristol, Family Law, 2003, pp. 51-53.

²⁷ No entraré, por tanto, en otras cuestiones que pueden resultar de interés general en cualquier mediación familiar internacional, como pueden ser la garantía de la confidencialidad, la ejecutividad de los acuerdos de mediación o el régimen regulador del contrato de mediación, en la medida en que no plantean problemas específicos en el ámbito de la sustracción de menores. Respecto de los primeros, vid. S. Vigers. “Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires en vue de faciliter les solutions négociées entre les parties dans les contentieux familiaux transfrontières impliquant des enfants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980” (Documento preliminar Número 5, de octubre de 2006 elaborado para ser presentado a la Quinta reunión de la Comisión Especial de seguimiento del CH 1980), pp. 12-14 en <http://hcch.e-vision.nl> (última fecha de consulta, 30 de mayo de 2009). En relación con el contrato de mediación, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “The Law Applicable to International Mediation Contracts”, en prensa.

éstos no resultan de aplicación por circunstancias espaciales, esto es, cuando el menor, antes de su traslado o retención ilícitos, tenía su residencia habitual en un Estado que no es parte del CH 1980 –ni es Marruecos²⁸ o es trasladado a -o retenido en- un Estado con el que no exista convenio²⁹. De otra forma expresado: si no hay instrumento de cooperación específico en esta materia, el recurso a la mediación puede ser la única vía que permita resolver la situación de forma satisfactoria³⁰. De hecho, el Parlamento Europeo instituyó en 1987 la figura del Mediador para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores específicamente para los supuestos en que no resulta de aplicación el CH de 1980³¹.

2. Garantías del recurso a la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores

2.1. Aceptación y alcance de la mediación: garantías relativas a la información

Para que la mediación en supuestos de secuestro de menores llegue a buen puerto resulta fundamental que a los intervinientes, cuando se les invita a iniciar un proceso de mediación, o incluso en el caso de que sean ellos quienes sugieran la solución pactada al conflicto, se les dé cumplida información sobre lo que la mediación comporta, y sobre lo que no.

En primer lugar, y en relación con el conocimiento de lo que no implica, resulta fundamental poner de manifiesto que, aceptando participar en el proceso de mediación, ni el progenitor que reclama el retorno está mostrando en ningún momento su conformidad con el desplazamiento o con la retención³², ni el

²⁸ Vid. art. 4 CH 1980. El Convenio hispano-marroquí limita su aplicación a los supuestos de secuestros de menores de dieciséis años que tengan la nacionalidad de algunos de los dos Estados (art. 2), pero también parte de la situación en que el traslado o la retención ilícitos tiene lugar en España o en Marruecos, cuando el menor tenía la residencia habitual en el otro Estado (art. 4).

²⁹ Si el menor tenía la residencia habitual en España, siempre queda la posibilidad de poner en marcha los mecanismos de cooperación internacional en materia penal, toda vez que la sustracción de menores está tipificada como delito: vid. art. 225 bis CP; y, al respecto, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Navarra, Civitas, 2007, pp. 340-341.

³⁰ Cf. D. Ganancia, "La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontalières?", H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 325-335, esp. p. 325.

³¹ Este Mediador –que es Mediadora– sigue desempeñando estas funciones en la actualidad: vid. <http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?language=ES&id=154> (último acceso, 8 de junio de 2009).

³² Semejante aquiescencia impediría, según el artículo 13.1 a) CH 1980, dictar la correspondiente orden de retorno. A. Devers sugiere que este aspecto debería precisarse en el propio CH, para evitar incertidumbre al respecto: vid. en "Comment développer les solutions amiables?", H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., pp. 436-448, p. 444. Téngase en cuenta que, en ocasiones, se ha entendido, erróneamente, que el inicio del proceso de mediación comporta dicha conformidad. Vid., por ejemplo, la Decisión del Tribunal Superior de Apelaciones de Sudáfrica de 16 marzo de 2001, Asunto *Smith c. Smith*, en la que el hecho de que el padre participara en negociaciones de conciliación se consideró

secuestrador pierde su derecho a oponer alguno de los motivos que impiden la restitución³³. Además, ninguno de los dos estaría privado de solicitar la adopción de medidas cautelares, en caso de que se consideren precisas³⁴. Lo que el proceso ha de procurar, en principio, es facilitar el retorno del menor al Estado donde tenía la residencia habitual.

Ahora bien: igual que es factible que se pacten condiciones para el retorno de los menores, también cabe la posibilidad de que se acuerde que éstos permanezcan en el Estado al que han sido trasladados o en el que han sido retenidos de forma ilícita. La única limitación que ha de entenderse aplicable al contenido de los acuerdos que finalmente se adopten sobre este particular es la referida al interés superior del menor. De ahí que, en cualquiera de los casos, el acuerdo puede ir más allá de la mera solución a la situación de secuestro: puede pretender dar una solución más o menos definitiva al fondo del litigio³⁵, sin que, a mi juicio, ello suponga ningún tipo de infracción a las normas sobre competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento Bruselas II *bis*³⁶. En efecto, si se ha alcanzado un acuerdo, éste podría ser homologado por un órgano jurisdiccional distinto al (inicialmente) competente para conocer sobre el fondo, como el del lugar donde se ha desarrollado la mediación, esto es, el Estado del secuestro, sin que ello comporte vulneración de los preceptos competenciales. Si el acuerdo complementa la decisión de retorno, los tribunales competentes para conocer del fondo seguirán siendo los de la anterior residencia habitual. Poco importa, a mi entender, que no sean ellos los que han dado su visto bueno a tal acuerdo. Y si el acuerdo es de no retorno, cesará la competencia de las referidas autoridades de la residencia habitual anterior, pues ésta no se mantiene en contra de la voluntad de ambos progenitores. La conservación de dicha competencia trata de evitar que el secuestrador logre, con el desplazamiento o la retención ilícitos, hacer competentes a los tribunales de la que pretende que sea la nueva residencia habitual del menor, en contra de los intereses del otro. De esta forma, para que tal mantenimiento quiebre es suficiente que quien solicita el retorno dé su conformidad al traslado o a la retención a través del acuerdo de mediación³⁷.

2.2. Garantías de índole temporal

Como quiera que la medida fundamental a adoptar ante una situación de secuestro internacional es la restitución del menor al Estado en el que reside

denotativo de la aceptación del traslado: *vid.* en <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0499.htm> (último acceso, 13 de junio de 2009).

³³ *Vid.* S. Vigers, *loc. cit.*, p. 9.

³⁴ *Cf. ibídem*, p. 9. Las medidas pueden adoptarse por los tribunales del Estado donde se encuentra el menor o sus bienes, conforme a lo dispuesto en el art. 20 RBII *bis*.

³⁵ Sobre las vinculaciones existentes entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia, *vid.*, por todos, P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, *passim*.

³⁶ *Vid.*, sin embargo, S. Vigers, *loc. cit.*, p. 11.

³⁷ *Vid.* art. 10.1 a) RBII *bis*. Cuando, por medio de la mediación, se alcanza un acuerdo por el que se decide que los menores no vuelven, los órganos competentes para resolver futuros litigios sobre la custodia, de haberlos, serán los de la nueva residencia habitual. No creo que resulte de aplicación, en tal supuesto, lo dispuesto en el art. 11.6 RB II *bis*, dado que no es el órgano jurisdiccional el que ha resuelto sobre la no restitución.

habitualmente en el menor lapso de tiempo posible³⁸, otra de las preocupaciones que surge en torno al empleo de la mediación en este marco es la relativa a la posibilidad de que con él se trate de dilatar el retorno. Para evitar este efecto, en varios Estados en los que se facilita el recurso a la mediación se impide que la fase de negociaciones dé comienzo hasta que no se haya iniciado la fase judicial³⁹. Sin embargo, las ventajas de llegar a un acuerdo extrajudicial –cabe insistir en que resulta menos costoso en términos económicos y temporales, pero sobre todo, en términos humanos: *todos ganan*– invitan a abogar por que se evite, en la medida de lo posible, toda intervención judicial⁴⁰. Y aunque las AACC puedan cumplir con la obligación de facilitar los acuerdos extrajudiciales a través de otras vías⁴¹, lo cierto es que con el ofrecimiento de servicios de mediación, o a través de la remisión de las partes a mediadores locales, antes de que se incoe el procedimiento judicial (o, en su caso, administrativo) para la restitución, no sólo se entiende que tal obligación se ha satisfecho, como antes se indicó⁴², sino que además se asegura en mayor grado el retorno voluntario del menor⁴³. Ahora bien: para el caso de que se decida abrir un proceso de mediación antes de que intervenga la autoridad judicial o administrativa que debe conocer sobre la restitución, resulta preciso adoptar otras garantías que eviten retrasos en la restitución.

La mejor de tales garantías podría ser una combinación de dos medidas que ya han sido propuestas o adoptadas a este efecto. Resulta fundamental, en primer lugar, establecer restricciones temporales a la duración del proceso de

³⁸ *Vid.*, en el CH 1980, el art. 1. *Vid.* también el art. 1 del Convenio hispano-marroquí. El resto de las medidas que las Autoridades Centrales han de adoptar, de hecho, se encaminan a facilitar la restitución inmediata: *vid.* tales medidas en el art. 7 CH y, siguiendo a éste muy de cerca, el art. 4.2 Convenio hispano-marroquí.

³⁹ En este sentido, F. Moneger, “La médiation dans le cadre des enlèvements d’enfants”, H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, *cit.*, pp. 317-322, esp. p. 322, también, A. Devers, *loc. cit.*, p. 443.

⁴⁰ *Vid.* la núm. 1.3.1 de las “Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la 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)”, disponibles en <http://hcch.e-vision.nl>. En dicha Recomendación se reafirman las Recomendaciones 1.10 y 1.11 de la Comisión Especial de 2001 (también en <http://hcch.e-vision.nl>), que ya señalaban que “1.10 (...) las Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7 c) del Convenio, en la medida de lo posible y cuando sea apropiado, 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 niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución”. Además, en el Apéndice a estas “Conclusiones...” de 2006, que recoge “Consideraciones adicionales relativas a la restitución del menor sin peligro”, se reitera que el CH 1980 permite “1. intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor”.

⁴¹ *Vid.* supra, nota 26.

⁴² *Cf.* S. Vigers, *loc. cit.*, p. 10.

⁴³ *Vid.* S. Armstrong, “Is the Jurisdiction of England and Wales Correctly Applying the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction?”, *ICLQ*, núm. 51, 2002, pp. 427-435, esp. p. 431.

mediación. Es lo que hacen, por ejemplo, las autoridades alemanas, cuando confieren un máximo de dos semanas para que se alcance el correspondiente acuerdo; transcurrido este tiempo sin resultados positivos, se da curso al correspondiente procedimiento judicial⁴⁴. La mediación puede adaptarse perfectamente a tal fin (*vid. infra*). A la vez, tal limitación habría de acompañarse de otra medida sugerida por las autoridades suizas: que el inicio del procedimiento que sigue al intento fallido de llegar a un acuerdo a través de la mediación sea inmediato; que no comporte dilación ninguna⁴⁵.

Cuando se ha dado inicio al procedimiento judicial o administrativo en el Estado en el que se encuentra el menor, cabe una doble posibilidad. La mediación puede desarrollarse, en primer lugar, en absoluta simultaneidad con el procedimiento judicial o administrativo: es la opción por la que se inclinan las autoridades de Inglaterra y Gales, donde en situaciones de secuestro internacional de menores la mediación se ha canalizado a través de una ONG, *reunite*, que cuenta con un programa piloto específico⁴⁶. Pero también es posible, en segundo lugar, que el procedimiento se suspenda. En tal caso, la suspensión debe tener una limitación temporal. En Suecia, por ejemplo, se produciría únicamente durante un periodo máximo de 2 semanas, sólo ampliable en circunstancias excepcionales⁴⁷. En cualquiera de los dos casos, el recurso a la mediación no impide que se cumpla el plazo máximo de seis semanas establecido en los instrumentos eventualmente aplicables para el procedimiento judicial o administrativo (*vid. arts. 1 CH 1980 y 11.3 RBII bis*)⁴⁸.

⁴⁴ El Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 2006 (disponible en español en http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd01s2006.pdf, última fecha de consulta 10 de junio de 2009) contiene, entre otras, las siguientes dos preguntas: “20. ¿Existen en su país programas de mediación disponibles para los padres u otras personas involucradas en casos relativos al Convenio de La Haya? Por favor descríbalos indicando inter alia los métodos utilizados para garantizar que los acuerdos alcanzados sean ejecutables y respetados por las partes, así como la disponibilidad de mediadores internacionales y la oportunidad de capacitación” y “21. ¿Cómo garantiza que los procedimientos de mediación no retrasen indebidamente los procedimientos para la restitución del menor?”. El dato antes mencionado procede de la respuesta de Alemania a la pregunta número 20 (*vid. http://www.hcch.net/upload/abd_2006_de.pdf*, misma fecha de última consulta).

⁴⁵ *Vid.* la respuesta de Suiza a la pregunta núm. 21 del Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del CH, citado en la nota anterior, en http://www.hcch.net/upload/abd_2006_ch.pdf (última fecha de consulta, 10 de junio de 2009).

⁴⁶ *Vid.* la Respuesta de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte a las preguntas número 20 y 21 del Cuestionario de 2006 sobre el funcionamiento del CH 1980 (*cit.* en nota 44) en http://www.hcch.net/upload/abd_2006_uke.pdf (última fecha de acceso, 10 de junio de 2009). *Vid.* sobre reunite la información que ésta proporciona en su web: <http://www.reunite.org/>. Sobre el papel de las ONGs en general, y de reunite en particular, *vid.* A.M. Hutchinson, “The nature and role of voluntary and non-governmental organisations”, en H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, *op. cit.*, pp. 93-96.

⁴⁷ *Vid.* la Respuesta de Suecia a las preguntas número 3 g) y 21 del Cuestionario de 2006 sobre el funcionamiento del CH 1980 (*cit.* en nota 44) en http://www.hcch.net/upload/abd_2006_se.pdf (última fecha de consulta, 10 de junio de 2009).

⁴⁸ El Convenio hispano-marroquí no precisa el tiempo máximo: sólo dispone en el art. 10.3 que “los órganos jurisdiccionales de los Estados requeridos estarán obligados a resolver sobre la solicitud de devolución inmediata, con prioridad respecto a cualquier otra solicitud, relativa al menor, que se les formule”.

2.3. La audiencia al menor

La opinión del menor desplazado o retenido ilícitamente puede cumplir una doble función en el procedimiento de restitución. En primer lugar, es una vía de conocimiento de la realidad del contexto familiar para el órgano que debe decidir; y, en segundo término, sirve para conocer la voluntad de uno de los afectados por la situación⁴⁹. Además, como es sabido, una de las razones que pueden motivar el rechazo a dictar una orden de retorno del menor al Estado en el que tenía su residencia habitual antes del traslado o de la retención ilícitos, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, es la oposición de tal menor a la restitución cuando éste “haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones” (*vid.* art. 13.II CH 1980). De esta manera, el Convenio de La Haya, no se limita a reconocer un importante valor a la opinión del menor (tanto, que puede constituir un auténtico derecho de veto⁵⁰), sino que establecería la correspondiente obligación de darle audiencia en el procedimiento en el que se decide sobre su restitución: aunque la obligación no sea explícita, y aunque tenga contornos difusos, habida cuenta de la lógica limitación que tiene la toma en consideración de las opiniones del menor, en atención a su edad y su madurez⁵¹. Esta misma indeterminación *a priori* de la obligación de dar audiencia se reitera en el Reglamento Bruselas II *bis*, en el que, sin embargo, la propia obligación se hace expresa, y por partida doble: en el artículo 11.2 se prevé que, de resultar de aplicación los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, “se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”; y en el artículo 41.2 se condiciona la certificación de una decisión sobre retorno como título ejecutivo europeo a que se haya dado audiencia al menor, “a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”. Lo que no establece ninguno de los instrumentos es la forma en que la voz del menor deba hacerse oír en el procedimiento. Antes al contrario, el propio Reglamento, afirmando que otorga un “papel importante” a la audiencia del menor, añade que “no tiene por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia” (*vid.* considerando 19). Existen, en consecuencia, grandes diferencias sobre el modo en el que se recaba la opinión del menor en los diferentes Estados⁵².

⁴⁹ Estas dos funciones son puestas de manifiesto por P. Klötgen, que también alerta sobre los problemas que encierran, en “La portée juridique donnée à la parole de l’enfant”, H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, *op. cit.*, pp. 337-348.

⁵⁰ Cf. A. Gouttenoire, “La parole de l’enfant enlevé”, H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, *op. cit.*, pp. 349-359, esp. p. 345.

⁵¹ Resulta comprensible, de hecho, que ni siquiera se fijara en el Convenio una edad mínima a partir de la cual tomar en consideración la opinión del niño: se entiende que sea preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes (*cf.* E. Pérez Vera en “Informe”, *cit.*, § 30, p. 6).

⁵² *Vid.*, en España, el art. 1907.b) LEC 1881. Sobre la cuestión en Inglaterra, y abogando por que los niños pueden llegar a intervenir con estatus de parte y representación propia, M. Freeman y A.M. Hutchinson, “The Voice of the Child in International Child Abduction”, *International Family Law*, 2007, pp. 177-182.

En todo caso, a los efectos que aquí interesa, lo que conviene subrayar es que los referidos instrumentos, al establecer –expresa o implícitamente– la necesidad de que el menor (con cierta edad y madurez) manifieste su opinión en el procedimiento en el que se decide sobre su restitución, no hacen sino reflejar la tendencia existente en la actualidad a asociar su voluntad a las decisiones que le conciernen. Del mero derecho a la expresión de la voluntad se ha ido evolucionando hasta el reconocimiento de un verdadero derecho del menor a ser oído⁵³. De ahí que en los procesos de mediación que traten de solucionar situaciones de sustracción internacional de menores, como éstos se verán influidos por los acuerdos que en ellos se alcancen, la regla de principio deba ser la participación de tales menores, tanto en los casos en que resultan de aplicación el CH 1980⁵⁴ o el RB II *bis*, como cuando si no⁵⁵.

Huelga advertir que la intervención del menor en la mediación deberá condicionarse tanto a la valoración de las citadas edad y madurez, como también a otras posibles circunstancias que puedan desaconsejarla, y que el mediador debe saber evaluar. Por otra parte, el carácter autocompositivo de este proceso comporta que las declaraciones no sirvan tanto a la primera de las funciones antes señaladas –los progenitores, en principio, conocen de primera mano las circunstancias de la familia–, como a que se pongan de manifiesto los deseos del menor; y, a este respecto, también debe tenerse presente que, aunque la opinión del menor interese e importe (de hecho, éste debe poder expresar su negativa al retorno también en el marco de la mediación que se intente en las situaciones de secuestro), la responsabilidad sobre la decisión última ha de recaer en los progenitores⁵⁶.

2.4. Elección del tipo de mediación y garantías sustantivas: igualdad entre las partes e imparcialidad y neutralidad del mediador

Como antes se puso de manifiesto, una de las mayores ventajas que presenta la mediación es su enorme flexibilidad procedimental. Así, se ha indicado ya que, para evitar dilaciones indebidas en el procedimiento de restitución, la flexibilidad puede proyectarse sobre la planificación temporal del proceso. De los mediadores internacionales que aceptan intervenir en situaciones de secuestro se espera una total disponibilidad durante el tiempo que se prevea dedicar a las sesiones de mediación⁵⁷; y éstas suelen concentrarse en pocos días, especialmente si el progenitor que reclama la restitución se desplaza al

⁵³ *Vid.*, sobre esta tendencia y los distintos textos internacionales que la refuerzan –de forma variable– A. Gouttenoire, *loc. cit.*, pp. 349-355. *Vid.* también T. Papazissi, “La prise en compte de la parole de l’enfant”, H. Fulchiron (Dir.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, *op. cit.*, pp.361-368.

⁵⁴ De hecho, es lo que ocurre en aplicación del esquema de mediación empleado en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte por *reunite*, que se aplica en los supuestos amparados por el CH 1980, en el que los menores son trasladados o retenidos ilícitamente en alguno de los referidos lugares. *Vid.* su documento “Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme”, *cit.*, p. 10.

⁵⁵ Nada dice, *v.gr.*, el Convenio hispano-marroquí.

⁵⁶ *Cf.* S. Vigers, *loc. cit.*, pp. 20-21.

⁵⁷ *Vid.* C.C. Paul y J. Walker, “Family mediation in International Child Custody Conflicts: the Role of the Consulting Attorneys”, *American Journal of Family Law*, vol. 22, 2008, pp. 42-45, esp. p. 44.

Estado donde se encuentran el secuestrador y el menor (o los menores). En tales casos, se sigue lo que se denomina *block mediation*: se tratará de llegar a un acuerdo en un horario intensivo, a lo largo de días consecutivos (*ad ex.*, 12 a 16 horas a lo largo de un fin de semana⁵⁸, o 3 sesiones de un máximo de 3 horas cada una, en un periodo de dos días⁵⁹). En los casos en los que los padres no se encuentran físicamente en el mismo lugar, y no pueden o no quieren comunicarse al mismo tiempo, empleando medios como el teléfono o la video conferencia para desarrollar las sesiones (mediación directa), se recurre al empleo de la mediación indirecta: el mediador se entrevistará con cada uno de ellos de forma separada⁶⁰. Cabe, incluso, la posibilidad de que sea el mediador el que se desplace de un país a otro, desarrollando lo que se conoce como *mediación lanzadera*⁶¹. Esta opción, la de la mediación indirecta, se ha señalado como adecuada en los casos en que uno de los progenitores lo pida, alegando la existencia de violencia o intimidación. Pero, a este respecto, conviene que las cautelas sean máximas. Como ya puso de relieve la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación (1693) 2003, en la mediación resulta fundamental que ambas partes se encuentren en plena igualdad, y la igualdad no se predica de situaciones en las que una de las partes está en clara desventaja emocional, porque la otra ejerce sobre ella cualquier tipo de violencia⁶². De hecho, con carácter general, los mediadores tienen que estar especialmente atentos a posibles situaciones de desigualdad. Existen numerosos factores que no sólo impiden la adopción libre de los acuerdos más adecuados, sino que ponen en desventaja a uno de los progenitores, normalmente a la mujer⁶³: la violencia física o psíquica, la dependencia económica o la supeditación de la regularidad de su situación, conforme a la legislación de extranjería, a que no haya una separación del cónyuge, si éste fue el reagrupante, son sólo algunos de ellos.

Otra proyección de la flexibilidad se halla en la elección del tipo de mediación, en lo que respecta al número y características del mediador. Si en situaciones internas lo más habitual es que el mediador sea uno –aunque en ocasiones la mediación también se encomiende a equipos–, en las situaciones internacionales de secuestro el empleo de la co-mediación se concibe como beneficioso. De hecho, se han desarrollado diversos programas hasta la fecha, tanto por parte de organizaciones como *reunite* o el *Service Social Internationale*⁶⁴, cuanto de carácter binacional, como el Germano-Francés, el Germano-Americano, el Anglo-Germano⁶⁵, y más recientemente, el Germano-

⁵⁸ Que sería el tiempo previsto en el proyecto de co-mediación entre EEUU y Alemania: *vid.* S. Vigers, *loc. cit.*, p. 10.

⁵⁹ Es lo habitual en el esquema de *reunite*: *vid.* “Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme”, *cit.*, p. 11.

⁶⁰ *Vid.* S. Vigers, *loc. cit.*, pp. 14 y 15.

⁶¹ *Cf.* G. Palao Moreno, *loc. cit.*, p. 79.

⁶² *Vid.* Recommendation 1693 (2003), Family mediation and gender equality, adopted on 25 November 2003, disponible en www.coe.int

⁶³ *Vid.* J.C. Murphy y R. Rubinson, “Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Crafting Effective Screens”, *Family L.Q.*, vol. 39, núm. 1, 2005, pp. 53-85.

⁶⁴ *Vid.* al respecto D. Ngabonziza, “La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des Conventions de La Haye”, pp. 65-75, S. Detrick y P. Vlaardingerbroek (Eds.), *Globalization of Child Law. The Role of the Hague Conventions*, La Haya /Boston /Londres, Kluwer Law International, 1999, esp. pp. 74 y 75.

⁶⁵ *Vid.* C.C. Paul y J. Walker, *loc. cit.*, pp. 42-43.

Polaco⁶⁶, que consisten, todos ellos, en el nombramiento de dos mediadores: un hombre y una mujer, uno de formación jurídica y el otro psico-social o educativo, y cada uno de la nacionalidad de uno de los progenitores, y, preferiblemente, residente en el otro Estado, del que no es nacional. Así, si, por ejemplo, la familia es germano-estadounidense, se procurará que uno de los mediadores sea un(a) estadounidense con residencia en Alemania, y el otro, un alemán, o una alemana, si el otro mediador es hombre, con residencia en los Estados Unidos. Con ello se procuraría proporcionar a los implicados una mayor sensación de garantía de uno de los principios básicos de la mediación: la imparcialidad y la neutralidad del mediador. Además, la intervención de ambos mediadores reduce a la mínima expresión los problemas lingüísticos que pudieran plantearse. Sin embargo, este esquema no deja de plantear interrogantes. Cabe preguntarse, en primer lugar, si no puede dar lugar a (mal)entender que existe cierta representación de los implicados por parte de cada uno de los mediadores, esto es, que cada uno de éstos representa los intereses de una de las partes, máxime si además de la nacionalidad coinciden los sexos (en el ejemplo, si una mediadora es alemana, como la madre, y el otro mediador es estadounidense, como el padre). En segundo término, también suscita dudas la posibilidad de que las personas implicadas en el conflicto sean del mismo sexo: ¿el esquema, en tal caso, se alteraría? De hecho, otro esquema de co-mediación, el implementado en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte por *reunite*, no atiende a la nacionalidad ni al sexo de los mediadores y se ha revelado igualmente beneficioso⁶⁷.

3. Empleo de la mediación para supuestos de sustracción en España

La respuesta de las autoridades españolas al Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 2006⁶⁸ refleja a la perfección el estado de la cuestión en España. Tras exponer a grandes rasgos las últimas novedades legislativas (comunitarias e internas) en contestación a la pregunta 20 (que, sin embargo, recordemos, inquiere acerca de los posibles programas de mediación disponibles), se responde a la cuestión 21, referida a los medios que, en su caso, se adopten para evitar que la mediación retrase los procedimientos para la restitución que “a la vista de la

⁶⁶ Puesto en marcha a través de la « Wroclaw Declaration on Mediation of Bi-national Disputes over Parents' and Childrens' Issues », firmada el 8 de octubre de 2007 (disponible, junto con la carta de respuesta a esta Declaración de la Ministra de Justicia, Brigitte Zypries, en la página web de la BAFM (*Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation*): <http://www.bafm-mediation.de/international/english/wroclaw-declaration/> (último acceso, 9 de junio de 2009).

⁶⁷ Su informe revela que, aunque la mediación no sea siempre posible o adecuada, ha ayudado a que tres cuartas partes de los involucrados en situaciones de secuestro que acudieron a ella, fueron capaces de alcanzar el correspondiente acuerdo o MOU (*Memorandum Of Understanding*): *vid.* “Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme”, *cit.*, p. 54; sobre la cuestión del sexo de los mediadores, *vid.* p. 55. Entiendo que los mediadores no son necesariamente bi-nacionales, porque son miembros del propio equipo de *reunite* (*vid.* p. 9).

⁶⁸ Sobre el cuestionario, y, en concreto, sus preguntas 21 y 22, *vid. supra*, nota 44. La respuesta de España se encuentra en http://www.hcch.net/upload/abd_2006_esh.pdf (último acceso, 13 de junio de 2009).

respuesta anterior, en este momento no se plantea tal cuestión en el marco de la legislación española”.

Ciertamente, las iniciativas de las Comunidades Autónomas no se han coordinado aún a través de una única ley estatal que, además, tenga en cuenta la dimensión internacional de la mediación⁶⁹. Las únicas referencias que se hallará en las normas procesales españolas son las que contiene la LEC de 2000 en el artículo 770.7^o, que establece la posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento para someter el conflicto a mediación, en el marco de los procedimientos matrimoniales regulados en los artículos 769 a 778 de la LEC 2000⁷⁰; y en el artículo 777. 2^o, que alude a la necesidad de presentar al juez competente para acordar la separación o el divorcio el acuerdo final que, en su caso, se haya alcanzado en el procedimiento de mediación.

Ante esta situación, por una parte, no parece que la Autoridad Central española sugiera a los implicados en situaciones de secuestro que traten de resolver el conflicto acudiendo a la mediación, antes de dar inicio al procedimiento para la restitución. A mi conocimiento, a fecha de hoy no existe ningún programa específico para canalizar esta posibilidad: ni de forma unilateral, ni a través de la cooperación con otros Estados. Por otra parte, en el marco del procedimiento establecido en los artículos 1901 y siguientes de la LEC 1881 para resolver las situaciones de secuestro, en particular⁷¹, no se prevé la posibilidad de suspensión, y, por consiguiente, tampoco se han dispuesto las garantías precisas para evitar que semejante suspensión alargue indebidamente el procedimiento (*vid. supra*). Lo más cercano a una solución amistosa que se recoge en estos preceptos es la posibilidad de que el secuestrador comparezca en el plazo máximo de tres días desde que el Juez dicta resolución a tal efecto, y manifieste que accede voluntariamente a la restitución (*vid. arts. 1904 y 1906 LEC 1881*). En tal situación, a la que bien podría haberse llegado a través de una mediación paralela al proceso, y concluida en el citado plazo, no habría problema en respetar también cualquier acuerdo que se hubiese podido alcanzar sobre los gastos: el artículo 1906 LEC 1881 concede al Juez libertad para pronunciarse sobre “lo procedente en cuanto a costas y gastos”. Sin embargo, si el secuestrador no comparece en ese plazo para acceder a la restitución voluntaria, o si se opone, cualquier acuerdo entre las partes sobre los costes podría no verse respetado, desde el momento en que el artículo 1909 LEC 1881 establece que, en el auto que recoja la orden de retorno, el Juez debe condenar al secuestrador a abonar las costas del procedimiento y los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los viajes, y los que comporte la restitución del menor. El objeto de los eventuales acuerdos se reduce, de forma que el recurso al proceso de mediación deviene mucho menos atractivo.

⁶⁹ *Vid. G. Palao Moreno, loc. cit.*, p. 73.

⁷⁰ Artículo introducido por la disposición adicional primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (*BOE* núm. 173, 9-VII-2005). La suspensión, según el propio precepto, se ajustaría a lo previsto en el art. 19.4 LEC 2000: se acuerda por auto, siempre que no perjudique al interés general o a terceros y por un periodo máximo de 60 días.

⁷¹ Vigentes, como es sabido, hasta que entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según la disposición derogatoria única de la LEC 2000.

Si a la falta de programas específicos de fomento de la mediación en estos supuestos se une la ausencia de previsión expresa y de las correspondientes garantías en las normas procedimentales, no ha de extrañar que el empleo de la mediación no esté extendido en nuestro país para las situaciones de secuestro. La ocasión que proporciona la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE⁷² es, a este respecto, única. En marco de las reformas que exija la transposición, debería adoptarse una regla que reforme el procedimiento de los artículos 1901 y siguientes de la LEC 1881, a efectos de posibilitar la suspensión del procedimiento, con las garantías temporales correspondientes.

4. Conclusiones

Dado que parece probado que la mediación puede ayudar a resolver de forma satisfactoria situaciones de sustracción internacional de menores, conviene adoptar los instrumentos que resulten precisos en orden a facilitar su empleo, y las garantías que permitan que éste resulte exitoso. Al efecto, es necesario emprender reformas legislativas y resultaría idóneo fomentar redes de cooperación internacional con otros mediadores, para facilitar la implantación de esquemas de co-mediación binacional. Pero entre los factores que resultan determinantes para tal éxito, hay uno fundamental, latente en el recorrido que se ha efectuado, y en el que conviene reparar, para concluir. Se trata de la formación de los mediadores. Si ya con carácter general la mediación exige la participación de profesionales instruidos y competentes, la mayor complejidad las situaciones familiares internacionales en general, y de secuestro internacional de menores en particular, obliga a que los conocimientos de estos expertos sean más amplios y su formación más específica⁷³.

Como se ha visto, los mediadores deben en cualquier caso respetar los principios de neutralidad e imparcialidad, por lo que han de estar alerta ante un posible alineamiento con alguna de las partes (*v.gr.*, por compartir nacionalidad o no comprender o desconocer la cultura de la otra). Además, deben velar por la igualdad de las partes en el conflicto, teniendo presente que en estas situaciones pueden concurrir circunstancias especiales que pongan en cuestión ese equilibrio. También deben saber discriminar las situaciones en que la mediación no puede dar sus frutos, así cómo presentar adecuadamente el proceso de mediación, a fin de que los participantes conozcan en todo momento que la finalidad principal del proceso es la restitución; que aceptar la mediación no implica aceptar el traslado o la retención ilícitos, ni supone pérdida ninguna de la posibilidad de solicitar medidas provisionales o de oponer motivos para la no restitución. En este mismo orden de cosas, han de conocer los instrumentos legales aplicables a las situaciones de secuestro. Por

⁷² Lo que el legislador español deberá hacer antes del 21 de mayo de 2011: *vid.* art. 12 de la Directiva.

⁷³ A este respecto, el art. 4.2 de la Directiva 2008/52/CE se preocupa por la "calidad de la mediación", cuando establece que "los Estados miembros fomentarán 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".

otra parte, es preciso que estén familiarizados con las distintas posibilidades que existen para desarrollar la mediación, a fin de elegir la más adecuada en la situación en concreto y deben contar con conocimientos específicos sobre mediación con menores. Es necesario, finalmente, que actúen bajo la presión de los plazos; y resulta óptimo que puedan comunicarse con las personas en conflicto en su propio idioma. Quizás no sea exagerado afirmar, en definitiva, que toda medida que las autoridades públicas adopten para fomentar el recurso a la mediación en situaciones de secuestro será insuficiente si entre ellas no se encuentra la de procurar que los profesionales que intervengan en este ámbito lo hagan con la formación adecuada.