



Simposi sobre Tribunals i Mediació

Nous camins per a la Justícia. Comunicacions

Simposio sobre Tribunales y Mediación

Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones

18-19 de juny / junio de 2009

CosmoCaixa, Barcelona, España



Generalitat de Catalunya



Mediació familiar d'abast internacional: reptes i oportunitats

Anna M. Vidal i Cardona

Doctora en dret
Advocadessa
Mediadora familiar

Resum: L'increment de litigis familiars amb elements d'estrangeria, fa necessari que també ens plantejem la necessitat de respostes especials en l'àmbit de la mediació. La present comunicació pretén analitzar las dificultats afegides que planteja una mediació familiar d'abast internacional, veure la resposta legislativa necessària i les propostes pràctiques per anar minimitzant aquestes dificultats.

Paraules clau: dret internacional privat, estrangeria, mediació familiar, litigis transfronterers.

1. Introducció

En els darrers anys s'ha posat de manifest l'increment de ciutadans estrangers que s'han establert entre nosaltres.¹ Aquest canvi de la població establerta a Catalunya, ha tingut la seva incidència en les relacions jurídiques entre persones més enllà de la normativa sobre la llei d'estrangeria i s'han incrementat les relacions jurídiques privades amb un element d'estrangeria, també en l'àmbit de família i entre tots els estrats socials, no només entre les classes benestants.²

Això ha fet que en els procediments de família s'inclogui un element d'estrangeria i que sovint també amaga divergències culturals de fons que son més presents quan el conflicte familiar esclata.

La introducció i posada en marxa de la mediació familiar ha de tenir present també aquest sector de la societat cada cop més gran perquè en la manera d'afrontar el procediment de mediació s'haurà de tenir present totes les connotacions pràctiques i de fons que suposa l'existència d'un element d'estrangeria en el si del conflicte familiar.

2. La mediació familiar en casos amb elements d'estrangeria

No hi ha una caracterització específica en matèria de mediació familiar amb elements d'estrangeria.

¹ Veure dades de l'INE www.ine.es. També hi ha una referència a dades de població més antigues en la tesi doctoral d'Anna M Vidal «els litigis de família amb elements d'estrangeria: el cas dels magribins». www.tdx.cat

² Dades del torn d'ofici de Mataró corresponents a l'any 2008. El voltant del 10% dels sol·licitants de torn d'ofici matrimonial són estrangers.

Existeix una definició en l'àmbit de la Unió Europea però referida a la possibilitat d'establir procediments de mediació en litigis civils i mercantils transfronterers i per tant està dirigida a definir aquests litigis transfronterers, definint-los en el seu article 2 com aquells en els que com a mínim una de les parts està domiciliada o resideix habitualment en un estat membre diferent de qualsevol del de les altres parts a la data en que les parts acordin fe ús de la mediació un cop sorgit el litigi o un tribunal dicti la mediació o sigui obligatori recorre a mediació segons la legislació nacional o un òrgan jurisdiccional inviti a les parts a la mediació.

Evidentment en aquests casos hi haurà ja una element d'estrangeria definit per la residència en un altre estat d'una de les parts, però aquesta no pot ser la definició global per diversos motius. En primer lloc perquè només afectaria a l'àmbit de la Unió Europea i en segon lloc perquè no cobreix tots els litigis en dret de família amb elements d'estrangeria.

Hi ha una casuística més amplia de litigis en dret de família amb elements estrangeria, per exemple aquells que sorgeixen entre residents a Espanya i en concret a Catalunya però que mantenen tots els membres de la família la nacionalitat del seu país d'origen. En segon lloc aquells en les que malgrat ser residents a Espanya o a Catalunya alguns dels seus membres no tenen nacionalitat espanyola. En tercer lloc aquells en els que algun dels seus membres, espanyol o no, no resideix en territori espanyol, i aquesta residència pot estar en un estat membre de la Unió Europea o no.

Com veiem la casuística és amplia, però aquesta amplitud és real i aquesta varietat de famílies són les que arriben als tribunals i els seus conflictes que són els que serien susceptibles de mediació.

Ni la directiva comunitària, ni la normativa catalana actual, recullen res en especial per a aquests supòsits de litigis internacionals susceptibles de mediació.

Com hem vist la directiva comunitària dóna resposta a uns determinats litigis amb elements d'estrangeria, però no a tot el ventall de possibilitats. A més recordem que es tracta d'una directiva i que per tant requereix una transposició a nivell intern.

L'aplicació pràctica fins ara no ha posat de manifest la necessitat de determinar a aquest àmbit d'aplicació aplicant-se directament a tots els litigis familiars instats a Catalunya, sense més plantejament, potser perquè el recurs a la mediació s'ha vist més com una qüestió procedimental lligada a la llei del for³.

La llei catalana de mediació familiar actualment en vigor 1/2000 de 15 de març no diu res al respecte, ni tan sols clarifica quin és el seu àmbit d'aplicació. En el seu preàmbul es recull que la mateixa es el desplegament de l'article 79,2 i la disposició addicional primera de la llei 9/1998 de 15 de juliol dictada al empara de la competència que té atribuïda la Generalitat de Catalunya a l'empara de l'article 149.1.8 de la CE referit en matèria de dret civil, però a diferència del codi de família de Catalunya la llei de mediació familiar no dicta cap norma que determini quin és el seu àmbit d'aplicació.

Tampoc ho fa el projecte de llei de mediació en l'àmbit del dret privat, que torna a emparar-se en la competència atribuïda en l'Estatut de 2006 (article 129 i 130).

En aquest projecte però es recull que són susceptibles de mediació els casos de conflictes familiars que pugui tenir vincles amb més d'un ordenament jurídic i els conflictes familiars entre persones de diferent nacionalitat o de la mateixa, però diferent a l'espanyola i residents a l'Estat Espanyol i requeriments de cooperació internacional

³ L'article 8.2 del Cc determina que és la llei espanyola l'aplicable als processos instats en territori espanyol.

en matèria de dret de família. Aquesta precisió tot i que és un pas endavant no és una resposta global, ni cobreix tots els aspectes que venen determinats per la internacionalització de l'afer.

Potser la llei catalana no pot anar més enllà perquè altres regulacions afectarien a normes de dret internacional privat de competència estatal.

A partir d'aquesta breu anàlisi però ens hem de plantejar si la llei de mediació familiar i conseqüentment tot el sistema de funcionament que la mateixa estableix, així com aquella normativa que pugui sorgir, és d'aplicació sempre i en tots els conflictes familiars que sorgeixin en el territori de Catalunya.

En primer lloc i en una interpretació amplia la resposta hauria de ser afirmativa, però què passa quan es planteja una mediació en un conflicte familiar que si arribés als tribunals, aquests no serien competents per conèixer del litigi.

Quan es tracta d'una mediació judicial derivada des de l'òrgan jurisdiccional aquest problema segurament no es plantejarà perquè el tribunal ha d'examinar d'ofici la seva competència i per tant si l'ha admès i ha remès el tema a mediació és perquè ja ha assumit la competència d'aquell litigi.

El conflicte podria venir en el moment en que s'arribés a un acord de mediació i en el moment de presentar-ho en el tribunal per a ser ratificat i aprovat resultés que els tribunals espanyols no fossin competents.

En l'àmbit de la llei aplicable també podríem trobar algunes dificultats per a que s'admetessin sota la llei aplicable a l'afer en concret aquests acords de mediació, malgrat que en la majoria de legislacions es pot recollir el principi d'acord entre les parts, aquests poden estar més o menys limitats o exigir determinades formalitats.

Casos pràctics no tan estranys demostren que aquesta situació és possible.

Supòsit pràctic:

Berta és una noia catalana que va anar a treballar als EUA. Allà va conèixer a PETRU, un txec que treballava per una multinacional francesa que l'havia traslladat a Nova York.

Viuen en parella 2 anys a Nova York. Tenen una nena que neix a Nova York. Quan la nena té un any i mig la multinacional francesa el trasllada a ell a París. Tota la família es trasllada a viure a París.

Ella no s'acostuma a la nova vida i sis mesos després torna a Catalunya amb la nena que ja té 2 anys. Vol quedar-se a viure aquí amb el seu fill.

En aquest cas els tribunals espanyols podrien no ser competents. Si Petru s'avingués a una mediació i s'arribés a un acord, podria ser que els tribunals espanyols no fossin competents. En aquest cas donat que es produeix dintre de la Unió Europea i si es plantejés aquest acord de mediació en algun dels altres estats membres que poguessin ser competents i aquest li donés força executiva, que és una de les previsions de la directiva comunitària, després es podria demanar el seu reconeixement i execució a l'empara del Reglament 2201/2003.⁴

L'altra dificultat afegida és la determinació de la llei aplicable a cada un dels problemes jurídics que planteja la ruptura familiar. La llei aplicable imperativament en

⁴ Reglament CE 2201/2003 del Consell de 27 de novembre. DOUE L 338 de 23-12-2003.

alguns casos pot donar lloc a la aplicació d'una llei que no permetin segons quins acords als que hagin arribat les parts en la mediació.

3. Particularitats pràctiques de la mediació en litigis amb elements d'estrangeria

3.1. Les diferències que apareixen

A nivell de conflictes familiars amb una dimensió internacional es produeixen nous elements conflictius més enllà dels que poden aparèixer a nivell intern.

- a) Inicialment:
- diferents idiomes
 - diferents religions
 - diferents actituds en la manera d'entendre la vida i la manera de relacionar-se amb els altres.
 - L'existència de diferents nacionalitats en diferents membres de la família.
 - La distància geogràfica.

Com més divergents siguin les societats de les que provenen els subjectes que intervenen en una mediació més evidents són aquestes diferències.

- b) Desenvolupament: Quan ja comencem a treballar en els casos concrets, ens adonem d'altres factors que dificulten la mediació:
- Diferents sistemes socials i legals, que fan que els subjectes de la mediació arriben amb idees preconcebudes i a vegades dispars del que poden o no poden fer o dels drets que els donen les seves respectives legislacions.
 - La dificultat per fer reconèixer i executar les decisions judicials d'un estat a l'altre.
 - Diferents percepcions culturals de la família i de com afrontar el conflicte.
 - Incerteses o idees preconcebudes de les diferències culturals d'una o d'ambdues parts per part dels professionals i treballadors socials que aborden el conflicte familiar.
 - La distància geogràfica agreuja la sensació de pèrdua d'ambdós progenitors i dificulta la trobada de punts en comú.

3.2. Les situacions en les que es planteja

La mediació familiar amb una dimensió internacional planteja aquests problemes en diferents casos concrets.

- a) Amb caràcter previ a l'inici del procediment judicial.
- En un moment inicial quan encara no hi ha cap resolució judicial, però ja ha sorgit el conflicte i alguna de les parts ja planteja la dificultat de relació amb els fills degut a la distància geogràfica i la voluntat de retorn d'un d'ells al país d'origen.

b) En la fase de compliment de la resolució judicial ja existent.

En un segon moment per les dificultats de compliment de la resolució judicial ja adoptada, que sovint ja han donat lloc alguna denúncia o procediment d'execució judicial.

c) En els casos de desplaçaments de menors.

En els casos on hi ha hagut ja desplaçament del menor cap a un altre estat i ja es planteja una possible demanda de restitució d'aquest menor a l'empara dels mecanismes internacionals vigents.

En tots aquest casos, sovint cal una informació extra dels professionals que intervenen sobre els diferents sistemes legals en joc i també sobre la realitat de les societats d'origen dels subjectes de la mediació, sense fer avaluacions.

Cal poder centrar el tema en les persones i no en les diferents cultures i ser molt més flexible.

Cal també poder comptar amb la presència d'un bon traductor per ajudar als problemes d'idioma.

Cal també que les parts tinguin una àmplia informació legal dels diferents sistemes legals en joc.

Cal ajudar i facilitar la trobada entre les dues parts, amb una flexibilitat dels desplaçaments i la trobada de mecanismes diferents. Co-mediació, trasllat dels mediadors, videoconferència etc.

4. Les respostes en dret comparat i internacional

Davant d'aquestes situacions s'ha implantat arreu diferents sistemes de mediació familiar amb una dimensió internacional, que preveuen possibilitats diverses: mediació directe, «shuttle mediation», Co-mediació o co-peració a distància

Hi ha diferents organismes internacionals que promouen la mediació familiar internacional en els que no ha destacat gaire fins el moment cap organisme espanyol.⁵

En l'àmbit de la conferència de la Haia i en matèria de sostracció internacional de menors s'ha treballat bastant la matèria i s'aposta per trobar mecanismes que ajudin a fomentar aquesta mediació com a mitjà de resolució d'aquests conflictes sense que les parts perdin la seva possibilitat de recórrer en els òrgans jurisdiccionals. En aquest sentit també es de destacar la implicació en el foment de la mediació de diferents autoritats centrals dels estats membres dels diferents convenis de la Haia en matèria de sostracció internacional de menors.⁶

⁵ Veure annex l'estudi de la conferència de la Haia *Feasibility study on cross border mediation in family matters. March 2007.*

⁶ Veure per exemple l'actuació de l'autoritat central Argentina. *Feasibility study on cross border mediation in family matters. March 2007.*

5. Conclusions: propostes per un millor tractament de la mediació familiar d'abast internacional des de Catalunya

5.1. Necessitat de delimitació de l'àmbit d'aplicació de la llei de mediació que estigui vigent a Catalunya

Malgrat que la competència judicial internacional sigui una matèria de competència estatal i no autonòmica, és evident que la introducció d'un procediment de mediació a l'empara de la competència estatutària ja esmentada, cal que estigui en concordança amb la competència dels tribunals espanyols.

No crec que sigui adient admetre una mediació entre dues parts que després no podrà ser ratificada pels tribunals per manca de competència judicial internacional.

Tampoc es pot excloure els ciutadans estrangers de mediació per intentar abaratir costos, donat que una bona part de les mediacions tenen caràcter gratuït.

El benefici del procediment de mediació va més enllà del seu valor legal i malgrat les dificultats exposades en els casos internacionals potser realment un mètode alternatiu de resolució de conflictes. Després aquest acord de mediació assolit caldrà dotar-lo de validesa jurídica i és aquí on les normes de dret internacional privat i les de competència judicial entrarien en joc.

Tot el procediment de mediació i tot el sistema de funcionament del centre de mediació familiar, les normes sobre gratuïtat o no, han de ser d'aplicació a tots els procediments que s'iniciïn a Catalunya.

La proposta concreta seria:

*Mantenint la redacció del article 2.1 h) i j) del projecte de llei de mediació privada en relació a l'objecte de la mediació, caldria afegir en matèria de validesa de l'acord de mediació en el punt 19.1 del projecte: *L'acord de mediació assolit en casos amb dimensió internacional tindrà igualment caràcter de proposta i necessita l'aprovació de l'autoritat judicial que després de comprovar d'ofici la seva competència, haurà de verificar l'adequació d'aquest a la llei aplicable al mateix i a les relacions jurídiques sobre les que es pacta, segons les normes de dret internacional privat vigents.**

5.2. Cooperació amb organismes internacionals

Donat que el projecte de llei de mediació de dret privat ja contempla dintre del seu objecte la cooperació en matèria de requeriments internacionals en matèria de dret de família, caldria que des del centre de mediació de Catalunya s'intentés adherir-se a tots els organismes internacionals existents i fins i tot, amb col·laboració amb els organismes estatals ja existents.

5.3. Propostes pràctiques en l'àmbit de la mediació internacional

Caldrà donar els següents suports als mediadors ja sigui a través del centre de mediació de Catalunya o través dels diferents col·legis professionals amb la corresponent

assignació pressupostària per aquells casos en que les parts tinguin dret a la justícia gratuïta o es determini la gratuïtat de la mediació per qualsevol altre motiu:

- Disponibilitat de traductors
- Possibilitat de utilitzar els serveis de videoconferència per a realitzar mediacions a distància o co-mediacions.
- Costos de desplaçaments si haguessin de produir-se en certs casos.

El cost d'aquests serveis podria ser repercutit en les parts que no tinguessin reconeguda la gratuïtat.

5.4. A nivell d'organització i formació dels mediadors

Caldria que els mediadors que haguessin d'intervenir en procediments de família amb dimensió internacional tinguessin una formació especialitzada i coneixement d'idiomes estrangers i que formessin part d'una llista especialitzada. Aquests mediadors haurien de ser els que intervinguessin en els procediments a requeriment d'organismes internacionals en l'àmbit del dret de família.

Referències

Legislació:

- Llei i reglament de mediació familiar a Catalunya.
- Directiva 2008/52/CE del parlament europeu i del consell de 21 de maig de 2008 sobre certs aspectes de la mediació en afers civils i mercantils.
- Projecte de llei de mediació en l'àmbit de dret privat.

Estudis, projectes, informes:

- Material de les jornades «Practical Issues of Cross-Border Mediation». European Right Academy, Trier. Maig 2009.
- Reglament CE 2201/2003 del Consell de 27 de novembre. DOUE L 338 de 23-12-2003.
- European Parliament: Progress Report of the European Parliament Mediator for international Parental Child Abduction. Evelyne Gebhardt. MEP Març 2007.

Material de la Conferència de la Haia:

- Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of the Hague Convention of 1980. October 2006.
- Feasibility study on cross border mediation in family matters. March 2007.