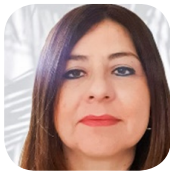


Los niños, niñas y adolescentes en la mediación

Se plantea la posibilidad de introducir en el proceso de mediación familiar la voz de otros integrantes del grupo familiar además de los padres: los hijos, para darles la posibilidad de que se expresen con respecto a una nueva situación. También se analizan las consecuencias de la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación, tanto para ellos como para terceros.



POR BRENDA VIRRUETA

Abogada, Mediadora. Maestranda en Derecho Procesal Civil, por la Universidad de Rosario.
Miembro de la Comisión de Mediación y MARC y del Centro de Mediación del
Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza.

1. Introducción

En el presente trabajo se propone como objetivo analizar la viabilidad de la intervención de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en los procesos de mediación prejudicial. Las cuestiones de familia en Mendoza transitan, previo al inicio de la demanda en sede judicial, en procesos de mediación fuera del ámbito del juzgado en donde es poco frecuente que los NNA sean citados para intervenir en el mismo. No obstante, en el transcurso de un proceso judicial los jueces tienen amplias facultades para citar a los niños y adolescentes a fin de que sean oídos ante la asesora de menores e incapaces respecto de cuestiones que los afectan directa o indirectamente. Sin embargo, todavía no existe una normativa clara para la intervención de niños/as y adolescentes en mediación.

En Mendoza, en el año 1999, se sanciona la ley 6453 de Minoridad y Familia en cuyo artículo 61 instituye la mediación previa extrajudicial obligatoria en cuestiones de familia referentes a lo que antes se denominaba tenencia y régimen de visitas y acciones relativas a la prestación alimentaria.

En el año 2018 entra en vigor el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, cuyo artículo 23 amplía la mediación prejudicial obligatoria en forma previa, ya no solo al cuidado personal, régimen de comunicación, alimentos, sino también a la interposición de las siguientes acciones: I. Derivadas de las uniones convivenciales durante la convivencia y en razón de su cese; II. Derivadas del parentesco; III. Derivadas de la responsabilidad parental; IV. Derivadas de la guarda y de la tutela; V. Resarcitorias derivadas de las relaciones de filiación.

En los antecedentes mencionados nada se dice en forma específica respecto a la participación de los NNA en la mediación, entonces si no están mencionados ¿se puede interpretar que se sigue la postura de que no tienen que intervenir en una mediación? o ¿se da por entendido que pueden participar? ¿Y de qué modo sería para el caso de que la postura armónica sea la pertinencia de los NNA en una mediación? Se debe analizar su conveniencia y, en caso afirmativo, contar con un protocolo o pautas de actuación para la intervención de

NNA en mediación.

2. Derecho a ser oído: marco normativo

Nuestro país incorpora en el año 1994 ocho Tratados Internacionales y dos Declaraciones con jerarquía constitucional a través del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), la cual había sido ratificada por Argentina en 1990 por ley 23849 (27/09/1990). La presente Convención define qué se entiende por niño en el artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Siguiendo una pirámide normativa respecto del derecho del niño a ser oído, ésta es la primera norma en la que se plasma el mismo. Así, se encuentra regulado en el art. 12 da la CDN que reza: “1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de **“expresar su opinión libremente”** en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de 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.” Luego, La Observación General N° 12 dictada por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 51° período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, aclara en la introducción punto 2 que: “El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”. Luego procede a realizar un análisis jurídico del artículo 12 de la CDN según el cual:

“El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de **expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño**. Recae así sobre los Estados parte la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados parte, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente”. **El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados parte deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior”**.

La 11° Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados parte pone de relieve esta condición del niño, que está expresada claramente en el artículo 12”. Análisis literal del artículo 12: a) Párrafo 1 del artículo 12: "Garantizarán": El párrafo 1 del artículo 12 dispone que los Estados parte "garantizarán" el derecho del niño de expresar su opinión libremente. "**Garantizarán**" es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados

parte. Por consiguiente, los Estados parte tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de **tres elementos** destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones: a) "**Que esté en condiciones de formarse un juicio propio**": Los Estados parte deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio".

Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados parte de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados parte no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados parte deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 **no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados parte que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.**

El Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias b) En segundo lugar, **el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente** para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. c) "El derecho de expresar su opinión **libremente**": El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "**Libremente**" **significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión.**

A nivel nacional, a través de la última reforma al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994 y vigente desde el 1° de agosto del 2015, se encuentra consagrado en varios de sus artículos a saber: el artículo 26, relativo al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, establece que ésta "tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona". Este derecho que es consagrado en términos generales para todo proceso judicial se especifica luego en relación con distintos institutos relativos a la Persona Humana (Libro Primero).

Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser

tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art. 707 CCCN).

También se encuentra la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley N° 26061, que en su art 24 establece:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a **todos** los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

Esta ley, a su vez, fue reglamentada por decreto 415/2006 de fecha 17/04/2006, el cual en sus considerandos expone:

“Que, por lo tanto, el Poder Ejecutivo Nacional considera de gran trascendencia reglamentar la Ley N° 26.061 a fin de otorgar una dinámica a la estructura normativa que sirva de elemento de integración conforme reglas orientadoras de acciones, y que integre y delimite la interpretación y preserve su unidad sistemática, a fin de que sea plenamente eficaz en la protección integral que el Estado Nacional debe dar a la Niñez y a la Adolescencia”.

A su vez, y dado que Argentina adopta el sistema federal de gobierno con autonomía de las provincias (conf. arts. 5, 121 y 123 de la Constitución Nacional), cada provincia ha tenido la posibilidad de adherir a la Ley Nacional a través de una ley interna.

Así lo ha hecho la Provincia de Mendoza con la Ley 9139 “Régimen Jurídico de Protección de las personas menores de edad” en cuyo artículo 4 establece: Interés Superior: A los efectos de la presente Ley se entiende por Interés Superior de niños, niñas y adolescentes a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes son irrenunciables, interdependientes e integrales. Debiéndose respetar, entre otros: 1.-Su condición de sujeto de derecho; 2.-Su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; 3.-El pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural; 4.-El equilibrio entre los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común; 5.-Su centro de vida.

La doctrina expresa que:

“La noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que **habrá que verificar en cada caso** el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica como su entendimiento. Es tan negativo impedir su ejercicio cuando está en condiciones como no hacerlo cuando no se encuentra preparado para ello”¹.

¹ Felibert, María Paola: “Los niños en la mediación: ¿tienen la palabra?”, Revista El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia,

3. Los NNA en mediación. Su pertinencia

Podríamos afirmar que la mediación es un método eficaz para restablecer la armonía en las relaciones inter-subjetivas; pero también lo es para evitar que la armonía preexistente se destruya. Las innumerables interferencias que pueden sufrir la comunicación y la comprensión en las relaciones humanas en general y en especial en las familiares, pueden llevar a la eclosión de sentimientos contradictorios que a veces se tornan inmanejables para los mismos protagonistas. Esta realidad desata situaciones de crisis que es necesario abordar a tiempo. Acceder a estos escenarios de crisis y colaborar con sus protagonistas para evitar los daños que puedan producirse a ellos mismos y a sus seres queridos; y ayudarlos a encontrar formas de interacción que les permitan transitar sus conflictos sin caer en enfrentamientos estériles, es el papel de la mediación.

Desde este punto de vista podemos afirmar que la mediación tiene una faz preventiva, aplicable precisamente a los problemas de convivencia que se plantean en el seno de una familia que permanece unida o al menos, cuya desunión pretende evitarse. Pero al mismo tiempo debemos pensar en la mediación como método reparador, en aquellos casos en que se haya producido una inevitable ruptura de los vínculos, pero, aun así, debe enfrentarse una realidad incuestionable, las relaciones parentales continúan, sólo se modifican las circunstancias bajo las cuales se desarrollarán en adelante. La función de la mediación consistirá en colaborar con los protagonistas para que puedan estructurar esas nuevas relaciones en un ámbito de armonía y colaboración, como recurso para hacer menos traumática la separación y el reacomodamiento de los miembros de la familia a las nuevas situaciones. Resulta obvio que en las relaciones familiares está comprometido el hombre mismo, mucho más que en las relaciones meramente patrimoniales².

Dicho esto y siendo conscientes de que en un conflicto familiar en la mayoría de casos hay niños, y habiendo hecho hincapié en la relevancia determinante que ostentan los NNA al derecho a ser oído, en estricta concordancia con el principio del interés superior, **vemos la necesidad de la participación de los niños y niñas en el proceso de mediación**, toda vez que no solo como derecho, sino que como obligación hacia los poderes públicos, opera como garante de la participación que ellos deben tener en los procesos que le afectan, atendidos los alcances que sobre la vida futura, a largo plazo, ostentan las decisiones que los padres tomarán a la hora de la ruptura de la pareja estable o matrimonial³.

La mediación constituye un ámbito apropiado para el niño, limitada, claro está, a sus alcances específicos, al ofrecer un espacio de escucha donde el niño pueda descubrir sus ne-

24/08/2016, año LIV, 2016, Buenos Aires.

2 Aiello de Almeida, Alba, y Almeida, Mario: "Intervención de los menores en la mediación", Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición argentina.

3 Alarcón Cañuta, Miguel: Conveniencia de la Participación de los Niños en el Proceso de Mediación.

cesidades y roles genuinos y hasta encontrar, quizás, su propia voz para obtenerlos⁴.

3. ¿Cuáles serían los parámetros que se deberían seguir?

Llegado entonces a la conclusión de la pertinencia y conveniencia en pos del interés superior de los NNA de que intervengan en una mediación, pero atendiendo a las características propias de los niños, niñas y adolescentes debemos ser cuidadosos al momento de su participación. Por ello, resulta necesario hacerlo teniendo en cuenta posibles parámetros como, por ejemplo:

1- La edad (cronológica y madurativa):

A los efectos de que se le pueda informar que el NNA pueda entender y finalmente ellos decidir libremente si quieren intervenir o no en el proceso de mediación. En este sentido es indispensable que el mediador/a tenga una charla previa a los efectos de constatar este primer parámetro.

2- El deber de informar:

Tomarse el tiempo de explicar a los NNA en que consiste el procedimiento de la mediación y a partir de allí que ellos expresen su voluntad libre de querer participar o no, también conversarlo con los padres previamente atento a que sin la autorización de los mismos sería imposible su intervención a menos que asista con un abogado del niño.

3- De carácter excepcional y que le sean de su incumbencia:

La citación debería ser excepcional como última alternativa. En este caso se lo citaría al NNA sólo si el mediador/a entiende que es necesaria en la resolución del conflicto la intervención del niño, niña o adolescente. Para que este parámetro sea eficaz, el mediador/a debería informe a todos los interesados sobre las opciones disponibles para los NNA en cuanto a su participación y se analicen los costos y beneficios de cada uno con los participantes.

4- Capacitación e intervenciones del mediador/a:

La capacitación y experiencia de los mediadores en mediación con NNA; es fundamental y es necesaria la existencia de conocimientos interdisciplinarios basados en estudios adecuados que permitan configurar un protocolo adecuado que habiliten sus intervenciones en los casos de la participación de los NNA en la mediación⁵.

La primera intervención que debería hacer el mediador/a es informar a las partes la posibi-

⁴ Kremer, Héctor: Revista La Trama “Los Niños Y La Mediación”

⁵ Cillero Bruñol, Miguel: Guía/recomendación/pautas de actuación.

lidad y conveniencia de la presencia en mediación de los NNA, para así ellos puedan habilitar la intervención, para mayor transparencia.

Es importante definir “para qué” se los convocará, en qué momento del proceso, qué información se quiere obtener y qué se hará con la misma. Es por ello que las reglas deben estar claras, para el mediador consigo mismo, entre el mediador con las partes y con los NNA. Se debe cerciorar de que los NNA no vayan obligados o manipulados en esto hay que tener especial cuidado.

En las intervenciones que deban hacer los mediadores deberán hacerlas de manera sutil y cuidadosa en estas mediaciones con los NNA, por eso es necesario planificar las intervenciones antes durante y después de la mediación, las mismas deben ser seguras e inclusivas no solo desde el lenguaje sino en el clima emocional, en las instalaciones y que reamente esa convocatoria tenga pertinencia y relevancia. Asimismo, se debe planificar que intervenciones se van a proponer, comediación, acciones lúdicas, reuniones conjuntas y/o privadas, etc.⁶.

4. Conclusión

Partiendo de la base normativa convencional y de la normativa de Argentina el derecho del NNA a ser oído, la mediación familiar parece un ámbito adecuado para la participación de NNA y como modo de hacer efectivo ese derecho. ¿Qué mejor ámbito que ése? Un ámbito descontracturado, dada su informalidad, Transversal, Confiable, imparcial, confidencial. El/la mediador/a, si bien conductor del proceso, es ante nada, un oyente, un facilitador de la palabra, un puente cuando las partes no se escuchan o cuando lo hacen sin aprehender lo que se ha dicho. La escucha de NNA en un proceso de familia puede contribuir a disolver conflictos, a dilucidar las cosas que no se dicen dentro del seno familiar por motivos varios, muchas veces por la falta de contención, seguridad, confianza que el niño necesita para hacerlo. Como todo cambio de paradigma exige un cambio de perspectiva y atrevernos a ver las posibilidades que brinda escuchar a los niños. Ya no mirarlo sólo como un derecho de ellos sino como una ventana que se abre para que tengamos nuevos puntos de vista. Parecería que, dadas las características de la mediación familiar sería un ambiente propicio para la escucha de NNA. Sin embargo, a la hora de encontrarnos en la realidad en la que vamos a enmarcar estos conceptos la cuestión no parece tan simple, es por ello la necesidad de cumplir con un protocolo de intervención cuyas pautas podrían ser las mencionadas en este ensayo u otras, lo importante es que enmarquemos la participación de los NNA en un ambiente que sea propicio y saludable que lo beneficie •

5. Bibliografía

6 Francezon, Silvia: “Conferencia del III Seminario de las MARCS y Mediación”, abril, 2022.

Aiello de Almeida, Alba, y Almeida, Mario: “Intervención de los menores en la mediación”, Material de la Maestría en Mediación, Asignatura VIII, Mediación Familiar, Universidad de Alcalá de Henares, 2018, edición argentina. <https://acortar.link/xGYE0f>

Alarcón Cañuta, Miguel. Conveniencia de la Participación de los Niños en el Proceso de Mediación. *Ars boni et aequi*. Año 11 N° 2, p. 11-47 <https://acortar.link/PbIoCo>

Felibert, María Paola: “Los niños en la mediación: ¿tienen la palabra?”, *Revista El Derecho*. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, 24/08/2016, año LIV, 2016, Buenos Aires.

Kremer. Héctor: *Revista La Trama* “Los Niños y la Mediación”. <https://acortar.link/kY7Ndl>